

DERECHO PROCESAL GARANTISTA Y CONSTITUCIONAL

PROCESO, GARANTÍA Y LIBERTAD



Derecho Procesal Garantista y Constitucional:

Proceso, garantía y libertad

Gustavo Calvinho

Andrea Muriel Brunetti

Sergio Luiz De Almeida

José Alejandro Duque Villa

Claudio Andrés Palavecino Cáceres

Jovanny Boss Agudelo

Jorge Andrés Mora Méndez

Carlos Alfonso Spin Arias

Jaime Vicente Campaner Muñoz

Adrián Polanco Polanco

Elisban Dante Mamani Laurenti

Joaquín Missiego Del Solar

Dante Ludwig Apolín Meza

Néstor Henry Gutiérrez Miranda

Calvinho, Gustavo

Derecho Procesal Garantista y Constitucional: Proceso Garantía y Libertad/ Calvinho, Gustavo; Muriel Brunetti, Andrea [et al/]. Medellín: Corporación Universitaria Remington.

322 p.

ISBN: 978-958-58070-6-8

1. Garantía constitucional 2. Activismo Judicial 3. Garantismo procesal.

CDD – 342.240850269.

©Corporación Universitaria Remington

ISBN: 978-958-58070-6-8

Primera edición, mayo de 2014.

Directivos Corporación Universitaria Remington (CUR):

Presidente de la sala general: Jorge Eduardo Vásquez Posada

Rector: Pedro Juan González Carvajal

Vicerrector académico: Andrés Mauricio Higueta Palacio

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la CUR:

Decana: Alejandra Muñoz Montoya

Jefe del programa de Derecho: Camilo Arango Gómez

Coordinador académico del evento: Jovanny Boss Agudelo

Coordinadora Centro de Investigaciones Sociojurídicas: Mónica Cecilia Montoya Escobar

Coordinador de publicaciones: Delio David Arango Navarro

Corrector de estilo de los textos: Delio David Arango Navarro

Miembros del Comité Editorial de la Corporación Universitaria Remington:

Pedro Juan González Carvajal, rector

Andrés Mauricio Higueta Palacio, vicerrector académico

Margarita María Zapata Restrepo, directora general de investigación

Héctor Augusto Jiménez Arboleda, coordinador de publicaciones Dicur

Lina María Alvarado Pérez, directora de comunicaciones

Adriana Patricia Bustamante Fernández, jefe de biblioteca

César Augusto Muñoz Restrepo, corrector de estilo institucional

Diseño y diagramación: Víctor Andrés Royo Grandeth

Dirección Fondo Editorial Remington:

Corporación Universitaria Remington

Editora en Jefe: Margarita María Zapata Restrepo

E-mail: mzapata@remington.edu.co

Dirección: Calle 51 No 51-27, Edificio Remington

Telefax: (57) (4) 5111000. Medellín, Colombia

<http://corporacion.remington.edu.co/fondo-editorial/publicaciones>

Reconocimiento del Fondo Editorial Remington ante Colciencias:

Colciencias, mediante la Resolución No. 000094 de 2014, ha reconocido el Fondo Editorial Remington como una de las editoriales nacionales con capacidad para “gestionar, reconocer, producir, catalogar, y distribuir libros de investigación y libros de capítulos que sean resultado de investigación”.

Notas legales:

Esta obra cumple con lo dispuesto por la Ley 44 de 1993, el Decreto 460 de 1995 y la Ley 1379 de 2010, con el fin de “garantizar su conservación e incrementar la memoria cultural del país”.

“Las opiniones expresadas por el autor no constituyen ni comprometen la posición oficial o institucional de la Corporación Universitaria Remington”.

“Está prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin autorización escrita de la Corporación Universitaria Remington”.

Contenido

Pág. 17 Capítulo 1 - La garantía del proceso que emana de los derechos humanos a través de la acción procesal.

Pág. 19 Introducción

Pág. 20 1. Los derechos humanos y el derecho internacional de los derechos humanos

Pág. 24 2. El proceso como garantía humana

Pág. 26 3. La acción procesal, derecho humano con el que accedemos a la garantía del proceso

Pág. 29 4. La garantía del proceso construida desde los derechos humanos es método de debate

Pág. 32 5. Conclusiones

Pág. 33 Bibliografía

Pág. 35 Capítulo 2 - La tutela judicial efectiva de las niñas, niños y adolescentes. El abogado del niño.

Pág. 37 Introducción

Pág. 38 1. La tutela judicial efectiva en el actual paradigma del estado constitucional de derecho: humanización del derecho

Pág. 42 2. La tutela judicial efectiva y el principio de autonomía progresiva

Pág. 47 3. Las niñas, niños y adolescentes en el proceso y el principio rector del interés superior del niño

Pág. 51 4. La tutela judicial efectiva de las niñas, niños y adolescentes en el proyecto de código civil y comercial de la nación

Pág. 52 5. Conclusiones

Pág. 54 Bibliografía

Pág. 57 Capítulo 3 - O devido processo legal e a racionalidade garantista da jurisdição arbitral.

Pág. 59 Introdução

Pág. 59 1. Breves considerações introdutórias sobre o CPC brasileiro

Pág. 62 2. Jurisdição no estado democrático

Pág. 72 3. Conclusão

Pág. 73 Bibliografia

Pág. 75 Capítulo 4 - El prejuicio en el ámbito judicial: su incidencia al momento del fallo y su relación con la imparcialidad.

- Pág. 77 Introducción*
Pág. 79 1. La percepción
Pág. 82 2. El prejuicio
Pág. 87 3. Los prejuicios en relación con la admisión de los medios confirmatorios
Pág. 101 4. El conocimiento privado del juez, las máximas de la experiencia y el prejuicio
Pág. 105 5. Conclusiones
Pág. 107 Bibliografía

Pág. 109 Capítulo 5 - El procedimiento de tutela de derechos fundamentales del trabajador en Chile.

- Pág. 111 Introducción*
Pág. 112 1. Presupuestos de la acción de tutela
Pág. 118 2. Legitimación
Pág. 122 3. La anticipación de la tutela
Pág. 125 4. A manera de conclusión: reflexión final
Pág. 127 Bibliografía

Pág. 129 Capítulo 6 - El proceso judicial, el nuevo proceso civil colombiano y la axiología del derecho procesal: “confusiones que dejan de lado la libertad”.

- Pág. 131 Introducción*
Pág. 132 1. Teoría general del proceso
Pág. 134 2. El proceso civil a partir del código general del proceso colombiano
Pág. 138 3. El carácter axiológico de la ley
Pág. 141 4. Conclusiones
Pág. 142 Bibliografía

Pág. 145 Capítulo 7 - Hacia la aplicación del control difuso de convencionalidad en Colombia.

- Pág. 147 Introducción*
Pág. 148 1. De los presupuestos del control difuso de convencionalidad
Pág. 157 2. De la pretensión y excepción en el proceso judicial
Pág. 161 3. Conclusiones
Pág. 162 Bibliografía

Pág. 165 Capítulo 8 - La independencia judicial y los estándares del derecho internacional de los derechos humanos.

Pág. 167 Introducción

Pág. 172 1. Aproximación al concepto de independencia judicial

Pág. 177 2. Visión de la independencia judicial, desde organismos parte del sistema universal de protección de derechos humanos

Pág. 180 3. La independencia judicial en las sentencias de los principales organismo regionales de protección de derechos humanos

Pág. 185 4. Atribución de la corte constitucional ecuatoriana para ordenar destitución de jueces

Pág. 189 5. Conclusiones

Pág. 190 Bibliografía

Pág. 193 Capítulo 9 - La cultura del mínimo esfuerzo probatorio: reflexiones sobre la heteroincrimación y las garantías constitucionales del proceso penal.

Pág. 195 Introducción

Pág. 199 1. Condiciones de utilizabilidad probatoria (CUP)

Pág. 201 2. Condiciones de suficiencia probatoria (CSP)

Pág. 207 3. La heteroincrimación y las garantías constitucionales del acusado

Pág. 210 4. Conclusión: a modo de propuesta de solución

Pág. 211 Bibliografía

Pág. 213 Capítulo 10 - Prolegómenos del estado actual del derecho probatorio una propuesta sistémica.

Pág. 215 Introducción

Pág. 217 1. Planteamiento del problema

Pág. 218 2. La prueba en el proceso jurisdiccional cognitivo contencioso

Pág. 228 3. Conclusiones

Pág. 230 Bibliografía

Pág. 233 Capítulo 11 - El dinamismo probatorio en la jurisprudencia peruana: crítica desde el garantismo procesal.

Pág. 235 Introducción

Pág. 239 1. Marco conceptual: el proceso

Pág. 241 2. Noción de proceso y sistemas procesales

<i>Pág. 242</i>	<i>3. Función del juez en el proceso</i>
<i>Pág. 243</i>	<i>4. La imparcialidad del juzgador</i>
<i>Pág. 244</i>	<i>5. La carga dinámica de la prueba en el Perú ¿teoría jurídica o simple moda?</i>
<i>Pág. 246</i>	<i>6. La carga de la prueba y dinamismo probatorio: crítica</i>
<i>Pág. 250</i>	<i>7. Conclusiones</i>
<i>Pág. 251</i>	<i>Bibliografía</i>

Pág. 265 Capítulo 12 - Los principios y garantías procesales, aspectos imperativos y esenciales para la existencia de un proceso.

<i>Pág. 267</i>	<i>Introducción</i>
<i>Pág. 267</i>	<i>1. Sobre los principios y garantías del proceso</i>
<i>Pág. 269</i>	<i>2. Aspectos vinculados al respeto de la presunción de inocencia</i>
<i>Pág. 272</i>	<i>3. Consideraciones en torno al rol imparcial del juez</i>
<i>Pág. 273</i>	<i>4. El rol del fiscal como defensor de la legalidad en un proceso con garantías</i>
<i>Pág. 274</i>	<i>5. El principio acusatorio, su reconocimiento constitucional en el Perú y los principales cambios que motiva</i>
<i>Pág. 277</i>	<i>6. Conclusiones</i>
<i>Pág. 277</i>	<i>Bibliografía</i>

Pág. 279 Capítulo 13 - La cosa juzgada implícita y el derecho de defensa.

<i>Pág. 281</i>	<i>Introducción</i>
<i>Pág. 281</i>	<i>1. Cuestiones previas</i>
<i>Pág. 287</i>	<i>2. Planteamiento del problema: la cosa juzgada sobre lo no pretendido y lo no resuelto</i>
<i>Pág. 290</i>	<i>3. Críticas a la teoría de la “cosa juzgada implícita</i>
<i>Pág. 292</i>	<i>4. La vulneración al derecho de defensa</i>
<i>Pág. 293</i>	<i>5. ¿Exhaustividad del juez o de las partes?</i>
<i>Pág. 294</i>	<i>6. Aspectos donde cosa juzgada implícita no afecta el derecho de defensa</i>
<i>Pág. 296</i>	<i>7. Conclusiones</i>
<i>Pág. 296</i>	<i>Bibliografía</i>

Pág. 299 Capítulo 14 - Los dilemas éticos de un juez y su imparcialidad judicial.

Pág. 301 Introducción

Pág. 304 1. Ética y moral del togado

Pág. 307 2. Concepciones básicas sobre imparcialidad, imparcialidad e independencia

Pág. 310 3. El paradigma “proceso” y la imparcialidad del juez frente a las luces del garantismo y activismo judicial

Pág. 314 4. Breves apuntes conflictivos de un juez frente a las pruebas de oficio y su investigación suplementaria

Pág. 319 5. El juez y su deber ser

Pág. 320 6. Conclusiones

Pág. 321 Bibliografía

Prólogo



El Derecho Procesal o mejor el Proceso Judicial, como mecanismo civilizado para la solución del conflicto, ha venido sufriendo grandes transformaciones en los últimos años. Solo basta con observar los países del vecindario (Latinoamérica) y podemos evidenciar que todos sin excepción, han sido objeto de reformas sustanciales, motivados por ese problema que aqueja a nuestras sociedades: “La Jurisdicción no Funciona”, de ahí que surja la necesidad de modificar la norma procesal. El Estado no aguanta con tan altos índices de morosidad judicial, es necesario diseñar un proceso judicial ágil, dinámico y sobre todo eficiente (veloz), no importa cómo. El fin justifica los medios, diría Maquiavelo.

De tal forma, que nuestros códigos procesales se ven impregnados de procedimientos inquisitivos, encaminados a la obtención de sentencias judiciales rápidas, emergiendo el interrogante ¿Dónde queda el derecho a la defensa y la contradicción? Bueno, eso es importante; sin embargo, lo verdaderamente fundamental es terminar lo más rápido posible los procesos judiciales, parecería ser la respuesta del Estado, y sí, hablo por lo que en las últimas décadas se ha presentado en Colombia, pero absolutamente convencido que sucede igual en la mayoría de los países latinoamericanos.

Tal y como lo señala el profesor paraguayo Jorge Rivas Careaga, la desconfianza que hoy se tiene del poder jurisdiccional en Latinoamérica, pareciera no importarle a nuestros legisladores, quienes cada vez se empecinan en otórgales más poderes a nuestros jueces, “El Síndrome de Estocolmo Judicial”; basta con leer nuevos códigos de procedimiento promulgados en esta parte del continente en la última década y todos, sin excepción alguna, no solo facultan sino que obligan al fallador, a realizar actuaciones procesales propias de las partes, como si se tratara de un sistema de investigación, en el cual se obliga al juez a encontrar a cualquier costo la verdad, olvidándose que el proceso judicial solo puede

garantizar la solución del conflicto, debido a que se trata de un método de debate en el que dos partes en posición de horizontalidad se enfrentan en un debate litigioso para resolver su conflicto.

En días pasados tuve la oportunidad de escuchar al profesor italiano MICHELE TARUFFO, en conferencia dictada en una prestigiosa universidad de la ciudad de Medellín, donde manifestó: “no existe un proceso civil ideológicamente neutro, no existe una ideología procesal pura”. Disentimos abiertamente de ésta posición, porque esa es una de las razones por la cual nuestros estatutos procesales se encuentren empañados de figuras propias del “publicismo” que obedecen en igual sentido al inquisitivismo.

Al respecto tenemos que decir, que sí existe una doctrina procesal pura y se trata del Garantismo Procesal, la cual responde a la ideología liberal, que defiende el proceso judicial como método civilizado de solución de conflictos a través del debate dialéctico que se surte entre dos partes facultadas para afirmar, negar y probar ante un tercero imparcial e independiente, encargado de dirigir, valorar y decidir, fundado en el principio procesal de la igualdad de armas y ajustado a los preceptos constitucionales.

Convencidos de que la doctrina del Garantismo Procesal, obedece a las ideas de un Proceso - Garantía, la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Corporación Universitaria Remington, le apostó desde el 2011, a la difusión de ideas garantistas del proceso a partir de diferentes actividades académicas e investigativas.

De ahí, que la presente obra DERECHO PROCESAL GARANTISTA Y CONSTITUCIONAL, se convierta en un gran instrumento, en el que reposan los trabajos de los juristas que desde diferentes latitudes de Iberoamérica, se reúnen en el II Congreso Internacional de Derecho Procesal Garantista: Proceso, Garantía y Libertad, convocados por la Corporación Universitaria Remington (CUR), en asocio con el Centro de Estudios Sociojurídicos Latinoamericanos (Cesjul), garantizando de esta manera su calidad académica y permitiendo al lector ampliar su visión y profundizar en el estudio del Derecho Procesal.

La obra presenta importantes capítulos de doctrina especializada en las diferentes áreas del Derecho Procesal, aportes realizados por un valioso grupo de juristas y académicos de España, México, Chile, Colombia, Ecuador,

Brasil, Paraguay y Argentina, que han enviado sus trabajos, para hacer de esta obra colectiva, un texto de lectura imprescindible para abogados y estudiantes de Derecho del continente hispanoparlante.

En mi calidad de coordinador académico de la obra, es un orgullo presentarle al lector un texto tan valioso, fruto del esfuerzo mancomunado de un equipo de trabajo conformado por: los integrantes del semillero en Derecho Procesal Garantista de la facultad, la coordinación del Centro de Investigaciones Sociojurídicas, la coordinación de publicaciones, la dirección del programa de derecho, y el respaldo absoluto de la doctora Alejandra Muñoz Montoya, decana de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la CUR y el doctor Rubén Darío Acosta, director del Cesjul.

*Jovanny Boss Agudelo
Docente investigador
Coordinador académico
II Congreso Internacional de Derecho Procesal
Garantista y Constitucional*

A large, stylized leaf graphic in shades of gray, positioned on the right side of the page. The leaf is composed of several curved, overlapping segments that create a sense of movement and depth. It originates from the bottom right and extends towards the top left, partially overlapping the text area.

Capítulo 1

LA GARANTÍA DEL PROCESO QUE EMANA
DE LOS DERECHOS HUMANOS A TRAVÉS
DE LA ACCIÓN PROCESAL

La garantía del proceso que emana de los derechos humanos a través de la acción procesal

Gustavo Calvino*

INTRODUCCIÓN

Son variados los discursos que sostienen la importancia de los derechos humanos para el mundo jurídico. Aunque, en gran medida, paradójicamente pregonan esos mismos derechos humanos al margen de toda definición de derecho. Inclusive, parece quedar en evidencia cierta inconsistencia argumental cuando se asimila y limita el derecho a la ley positiva, dejando en penumbras toda explicación que se ensaye en torno a la innegable preexistencia de los derechos humanos respecto al ordenamiento jurídico positivo: aquéllos nacen con y en el hombre, transmiten o proyectan un contenido inmanente de justicia y son inherentes a la persona humana, creadora de un sistema jurídico —que los declara y reconoce— en su propio beneficio.

En la actualidad, se va tomando conciencia de que el desafío mayúsculo en materia de derechos humanos ya no pasa tanto por la faceta abstracta de su reconocimiento y promoción, sino por el aspecto concreto de su efectivización. Y dentro de este reto se encuentra el problema medular que analizaremos en este trabajo: ¿cómo debe construirse, a partir del pleno respeto de los derechos humanos, una herramienta idónea para que el hombre pueda procurar su efectivización?

La hipótesis que intentaremos demostrar es que el instrumento adecuado y necesario para pretender la efectivización de los derechos humanos en el sistema democrático es la garantía del proceso, cuando se la edifica entendiendo al derecho de acción como una de las variantes del derecho de petición. Para ello vamos explicar tres puntos que aquí graficamos con

*Magíster en Derecho Procesal (UNR), profesor adjunto regular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), director del Departamento de Derecho Procesal Civil de la Universidad Austral de Buenos Aires, profesor estable de la Maestría de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario (UNR).

las siguientes afirmaciones: a) el proceso constituye una garantía humana; b) la activación de la herramienta de efectivización de derechos humanos debe permanecer en manos del hombre y no del poder; c) la acción procesal como derivación del derecho de petición es el punto de partida para construir desde los derechos humanos un medio idóneo para su consolidación.

Previamente, creemos conveniente repasar someramente la situación actual trayendo a colación algunas reflexiones vinculadas con los derechos humanos en general.

1. LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

A veces cuesta disimular la dificultad que se presenta desde alguna línea de pensamiento filosófico para acercarse a un Derecho Internacional de los Derechos Humanos que, en los pactos y tratados internacionales que lo integran, decididamente se ha inclinado por vocabulario y orientación iusnaturalista, compatible con un sistema de derechos preocupado por la persona humana y su dignidad. Y que, implícitamente, trae aparejado un núcleo de derechos básicos propio. Igual suerte corren las ideas culturalistas, pues en definitiva no dejan de sostener que los derechos humanos constituyen una creación o producto del propio hombre, desconociendo su carácter de universalidad, esencialidad e inherencia a su ser.

Si se acepta sin cortapisas al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, debe admitirse al menos que tanto el derecho positivo como el derecho natural son parte de un mismo sistema jurídico, dos especies de un mismo género, donde cada uno necesita el otro y —juntos— integran el sistema jurídico total (Santiago, 2010, pág. 55).

Un sector de la doctrina explica que las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se basan en un consenso universal y poseen un positivismo convencional regulado en el contenido de los artículos respectivos en cada instrumento¹, de manera que todas las normas y actos de los poderes

¹*Que tienen, v. gr. en el caso de la Argentina, jerarquía constitucional, si se trata de los instrumentos contenidos en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución nacional —once instrumentos reconocidos en la Convención Constituyente en 1994 y dos posteriormente, por el mecanismo que la propia Ley Eminente determina— o superior a las leyes internas*

del Estado se deben adecuar a estos; de lo contrario una Corte Suprema de Justicia o un Tribunal Constitucional deberá resolver su inconstitucionalidad en ejercicio del control de constitucionalidad y convencionalidad de las leyes y actos de gobierno (Figuroa, 2008, pág. 983).

Existe diversa terminología con la que, en principio, parece hacerse referencia a lo que propiamente son los derechos humanos². Se ha generalizado la idea, por ejemplo, de que la denominación derechos fundamentales responde a la positivización de los derechos naturales, sin olvidarse que ya eran recibidos en constituciones anteriores a los pactos internacionales de derechos humanos, justamente porque son inherentes a la persona humana. De allí que se pueda comprender con facilidad que su génesis no se halla en el consenso, sino en la mismísima naturaleza del hombre: la vida, la salud, la libertad y la dignidad son propios de la esencia humana, no son el fruto de un acuerdo político. El respeto, eliminación o suspensión de estos derechos del hombre no debe quedar a merced de alguna mayoría o de algún consenso que pueda alcanzarse entre grupos de poder.

Quizá —enseña Pérez Luño— en la confusión que se desliza entre los derechos humanos y derechos fundamentales, se apoyan las críticas a su carácter universal. Ambas categorías de derechos no significan lo mismo, por más que exista una profunda interrelación entre ambas. Los derechos humanos poseen una insoslayable dimensión deontológica; se trata de aquellas facultades inherentes a las personas que deben ser reconocidas por el derecho positivo. Cuando se produce ese reconocimiento aparecen los derechos fundamentales, cuyo nombre evoca su función fundamentadora del orden jurídico de los Estados de derecho. El carácter de universalidad —concluye— se postula como condición deontológica de los derechos humanos, pero no de los derechos fundamentales (Pérez Luño, 2002, págs. 42-43).

—artículo 75 inciso 24 Constitución nacional—. Figuroa, Ana María. (2008). *Globalización jurídica, neoconstitucionalismo y crímenes de lesa humanidad*. Revista Jurídica Argentina La Ley, La Ley, Buenos Aires, pág. 983.

²Al hacerse mención a los derechos humanos se hace presente el problema de la multivocidad y equivocidad del lenguaje, pues se presenta una batería enorme de voces —v. gr., derechos del hombre, fundamentales, morales, inherentes a la persona, naturales, esenciales, etcétera— cuyo significado y eventual sinonimia varían según el autor que se examine.

Justamente, la universalidad de los derechos humanos es un sello distintivo que surge de la dignidad humana, comprendiendo rasgos comunes que alcanzan a todos los seres humanos, con prescindencia de que se encuentren reconocidos o no en un orden jurídico determinado. Y, al mismo tiempo, sirve como límite o elemento diferenciador entre lo que es un derecho humano inherente a la propia naturaleza del hombre reconocido positivamente y lo que puede ser consagrado por la ley como un derecho —ya no universal, sino para ciertos grupos— aún adjetivado de fundamental. Por tanto, podemos hallar en el sistema jurídico positivo derechos fundamentales, que no son derechos humanos³.

Pero, a fuerza de ser sinceros, también se encuentra muy arraigada la visión historicista —sobre todo, para intentar alguna explicación desde el juspositivismo— que entiende que los derechos humanos forman parte de un proceso o evolución que se dio con el correr de los siglos. Así, para Bobbio, los derechos del hombre nacen como derechos naturales universales para luego desarrollarse como derechos positivos particulares y realizarse plenamente más adelante como derechos positivos universales (2000, pág. 136). Por ello se tuvo que desembocar necesariamente en un blindaje de los derechos con su incorporación en instrumentos internacionales, obligando a los Estados a su observancia bajo control de la comunidad de naciones.

En la actualidad se va generalizando la protección de los derechos humanos desde un doble plano, integrado por el derecho interno de muchos países

³En apoyo de esta afirmación, basta revisar el texto normativo citado de la Constitución portuguesa vigente desde 1976, que se encuentra en el Capítulo I del Título II de la Parte I (titulada “de los derechos y deberes fundamentales”): “Artículo 40 (De los derechos de antena, de respuesta y de réplica política). 1. Los partidos políticos y las organizaciones sindicales, profesionales y representativas de las actividades económicas, así como otras organizaciones sociales de ámbito nacional, tienen derecho, de acuerdo con su relevancia y representatividad y según criterios objetivos que deben ser definidos por ley, a tiempos de antena en el servicio público de radio y de televisión. 2. Los partidos políticos representados en la Asamblea de la República, y que no formen parte del Gobierno, tienen derecho, en los términos que establezca la ley, a tiempos de antena en el servicio público de radio y televisión, que deberán prorratearse de acuerdo con su representatividad, así como el derecho de respuesta o de réplica política a las declaraciones políticas del Gobierno, de duración y relieve iguales a los de los tiempos de antena y los de las declaraciones del Gobierno, gozando de iguales derechos, en el ámbito de la región respectiva, los partidos representados en las asambleas legislativas regionales. 3. En los períodos electorales, los candidatos tienen derecho a tiempos de antena, regulares y equitativos, en las emisoras de radio y de televisión de ámbito nacional y regional, en los términos que establezca la ley”.

y por pactos internacionales en cuanto a las naciones que alcanzan. Esta situación presenta un reto importante para estos tiempos, donde queda mucho camino para transitar y trabajo por hacer mancomunadamente entre distintas disciplinas, no solo jurídicas.

Mucho se ha avanzado en el sistema internacional de protección de derechos humanos, aunque resta mucho por hacer. Sobre todo, en el modelo interamericano, donde aún se necesita —a diferencia de la mecánica europea— la conformidad de la Comisión tras un procedimiento previo, para poder llevar el caso a la Corte. Dejando de lado este reparo sobre el que volveremos —que para nosotros resulta inexplicable, pues quien pretende defender sus derechos humanos sufre una suerte de confiscación o decomiso del derecho humano de acción procesal—, vale la pena recordar a Bidart Campos y los ocho puntos básicos que caracterizan el sistema de protección:

1. La persona humana ha alcanzado el rango y la calidad de sujeto de derecho internacional.
2. El Estado que se integra a un sistema internacional de derechos humanos conserva su competencia interna para alojar en ella al sistema de derechos pero actúa de manera concurrente con la internacional; en consecuencia, el Estado debe respetar y hacer efectivo el sistema de derechos que —como mínimo— tiene su fuente en el derecho internacional. Puede mejorar o ampliar —en aplicación del principio *pro homine*— la base de derechos, pero no disminuirla o desconocerla.
3. Carece de coherencia con el derecho internacional todo derecho interno que no introduce el principio de primacía de aquél sobre éste, según surge de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados.
4. Los tratados sobre derechos humanos —a diferencia de los tratados clásicos— tienen como finalidad investir de titularidad de derechos a las personas que forman parte de la población de los Estados. Por ende, obligan a dar efectividad a los derechos en el ámbito interno en que tienen que aplicarse y cumplirse.
5. Los tratados sobre derechos humanos originan obligación interna e internacional y generan responsabilidad en el Estado que los viola o incumple.
6. El sistema internacional de derechos humanos necesita de un tribunal competente supraestatal para conocer en las transgresiones

imputables a los Estados parte, cuyas sentencias obliguen a éstos.

7. Un sistema completo de derechos humanos debe nutrirse de una doble fuente, la interna y la internacional, que se retroalimentan a fin de que cada caso se resuelva con la aplicación de la fuente más favorable a la persona y al sistema de derechos.
8. La interpretación de los derechos de fuente interna debe hacerse de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos. (Bidart Campos, 1996, págs. 27-28)

Lo expuesto pone de manifiesto que el derecho de integración comunitaria y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos conducen a una confluencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional. A lo que cabe añadir un relevante e imprescindible aporte del derecho procesal —y su objeto de estudio, el proceso— a la hora de hacer efectivos los derechos humanos. Porque, para nosotros, no caben dudas de que la garantía del proceso es la vía idónea en última instancia para ello. Si la suprimimos, los derechos humanos quedan desprovistos de herramienta de efectivización activable por el ser humano titular de esos derechos. Y de este modo, los derechos humanos serán un espejismo, al convertirse en una simple prebenda otorgada mediante acto de autoridad —ya sea administrador, legislador o juez—.

2. EL PROCESO COMO GARANTÍA HUMANA

Si bien existen diversas definiciones del proceso jurisdiccional brindadas en doctrina, para relacionarlo con la efectivización de los derechos humanos particularmente es necesario examinarlo ya como garantía⁴ para el resguardo de derechos reconocidos explícita o implícitamente, respetando cierta metodología y sistematización. Y podemos hacer mención incluso al sintagma garantía humana, cuando específicamente analizamos el fenómeno desde la perspectiva de los derechos humanos: todo derecho necesita contar en última instancia con la existencia y operatividad de una garantía para hacerse realidad en numerosas ocasiones. Y el proceso, que como género constituye la garantía por excelencia, también se comporta

⁴Cuando hacemos referencia al proceso como garantía, la voz garantía no la utilizamos en su sentido castizo de fianza o cosa que asegura, sino en el significado ya técnico que explicamos en este apartado.

como la ineludible otra cara de la moneda derechos humanos, actuando precisamente como garantía humana.

Se presenta así un detalle que no es menor desde lo conceptual: la diferencia entre derecho y garantía. Este aspecto lo hemos tratado con mayor extensión en alguna obra (Calvinho, 2012, págs. 73-82), pero a los fines de este trabajo basta destacar que la garantía es la herramienta o instrumento que sirve para hacer efectivos los derechos (Badeni, 1997, pág. 637). Y esta plataforma —*per se*— descarta aquellos intentos basados en la fusión o amalgama conceptual entre proceso y procedimiento⁵, pues solo aquel constituye garantía al erigirse como método de debate donde puede desplegarse plenamente el derecho de defensa en juicio.

Lo expuesto nos conduce a la inquietud por conocer cuál es el punto de partida que se ha tomado para la construcción del método de enjuiciamiento, que puede situarse o bien en la jurisdicción o bien en la acción procesal. La primera alternativa hará que prevalezca el interés y protagonismo de la autoridad, imprimiéndole un carácter de tendencia estatista; la segunda, facilitará el desarrollo de un concepto de proceso *pro homine*.

Si la abstracción del concepto logra de alguna manera influir en lo concreto a través de acciones, de conductas, de prácticas, mejorando o explicando cierto aspecto de la vida del hombre, se convertirá en un verdadero aporte. Si trasladamos la noción de proceso como garantía que elegimos allí donde aparece una persona que busca el respeto de su derecho, advertiremos que mediante el ejercicio de la acción procesal transforma el conflicto —hallable en el plano de la realidad social— en litigio —en el plano jurídico— exteriorizándose mediante la presentación de la demanda o la acusación —documentos continentales de la pretensión procesal— ante una autoridad que la proyecta al demandado. Hacen así su aparición tres términos cercanamente relacionados, pero que no deben confundirse: acción procesal, pretensión procesal y demanda o acusación.

Si la demanda o la acusación —que debe necesariamente incluir al menos una pretensión procesal— se bilateraliza o es proyectada por la autoridad,

⁵Nuestro análisis distintivo entre proceso y procedimiento puede verse en CALVINHO, Gustavo, "La procedimentalización posmoderna", *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* N° 39, Bogotá, págs. 11-31.

no solo provoca el fenómeno jurídico de la acción procesal, sino que además da origen a un proceso cuando esa proyección se materializa con su conocimiento por el demandado, pues así puede originarse su objeto, que es el debate.

Bajo este enfoque, la acción procesal se presenta como el botón que activa la garantía del proceso. Nos ocuparemos brevemente de ella.

3. LA ACCIÓN PROCESAL, DERECHO HUMANO CON EL QUE ACCEDEMOS A LA GARANTÍA DEL PROCESO

El antiguo y muy conocido debate que se dio en el seno de la llamada escuela científica alemana en torno de la acción procesal, que registra el remoto antecedente del intercambio entre Bernard Windscheid y Theodor Muther que data de 1856 y al que luego sumaron sus aportes Von Bülow, Dagenkolb, Wach y otros, sin dudas instaló un tema clave que derivó en el ulterior reconocimiento del derecho procesal como rama jurídica autónoma. Porque la acción procesal es un concepto elemental (Briseño Sierra, 1969, pág. 179), pues sin su ejercicio no se conforma el objeto de estudio de la disciplina, que es el proceso. De allí que se lo estudiara desde la antigüedad, cubriendo un arco muy amplio de variantes que iban desde la confusión con el derecho sustantivo hasta su concepto abstracto, pasando por tesis que sostenían la calidad de derecho concreto a una tutela o la índole de condición legal prevista para la aplicación de una norma (Ibid., pág. 178).

La notable influencia de la teoría de Giuseppe Chiovenda (1872-1937) que veía a la acción como un derecho potestativo frente al adversario, fue de alguna manera aprovechada y manipulada por Piero Calamandrei (1889-1956) para explicar el sometimiento de la actividad de las partes a los poderes del juez que primaba en el código procesal civil italiano de 1940-42, y así propagar sostener la idea de que ese cuerpo legal era básicamente chiovendano.

Sin embargo, y sobre todo en la segunda mitad del siglo pasado, algunos autores han puesto en crisis las diversas teorías de la acción conocidas hasta entonces. Y no nos referimos tanto al fallido intento de Jaime Guasp extralimitando el concepto de pretensión, sino a la contribución —no valorada como se merece— de dos autores latinoamericanos: Eduardo J. Couture

(1904-1956) y Humberto Briseño Sierra (1914-2003). Con ellos es posible pensar el proceso desde los derechos humanos, respetando al hombre como punto de partida de un modelo de enjuiciamiento que lo tiene —a su vez— como centro, raíz y fin.

El profesor uruguayo, siguiendo a constitucionalistas británicos de antaño, había percibido en sus últimos tiempos —lo sorprendió la muerte a días de cumplir 52 años— que la acción procesal emanaba del derecho de petición. Esta idea fue recogida por Briseño Sierra a fines de la década del 50 y luego desarrollada.

La originalidad del jurista mexicano se presenta en su idea de instancia, no en su acepción ligada a los distintos grados de conocimiento judicial, sino como una derivación del derecho humano de petitionar a las autoridades —consagrada explícita o implícitamente⁶ en constituciones y tratados internacionales de derechos humanos⁷— y del dinamismo que le reconocemos a la norma procedimental —dado que su estructura no es disyuntiva como en la norma estática, sino que tiene continuidad consecucional pues a partir de una conducta encadena imperativamente una secuencia de conductas— (Alvarado Velloso, 1992, pág. 36).

Desde este ángulo, la instancia es el derecho que tiene una persona de dirigirse a la autoridad para obtener de ella, luego de un procedimiento, una respuesta cuyo contenido no puede precisarse de antemano⁸. Y el notable

⁶*La consagración de los derechos implícitos en los diferentes ordenamientos se fundan en que los derechos humanos son inherentes a la dignidad de la persona y, por lo tanto, son pre-existentes y superiores a toda constitución o instrumento del derecho internacional de los derechos humanos. La inclusión de estos derechos implícitos conforma un sano reconocimiento de que las limitaciones propias del hombre hacen imposible la recepción de manera explícita de todos los derechos humanos, sirviendo por lo tanto de mecanismo para su permanente positivización.*

⁷*La libertad de petición contenida en el primer borrador de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en varias de sus revisiones, no figura en la redacción definitiva por iniciativa de Gran Bretaña (Padilla, Miguel M. (1988). *Cómo nació la Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Revista Jurídica Argentina La Ley, Buenos Aires, pág. 1084).*

⁸*En esta línea, veáse Briseño Sierra, Humberto, op. cit., pág. 169 y 171; también Alvarado Velloso, *Introducción...*, op. cit., pág. 37.*

avance está en que esta noción de instancia no se limita a la petición propiamente dicha, sino que es posible clasificarla en seis tipos: petición, denuncia, querrela, queja, reacertamiento y acción procesal⁹.

La petición es una declaración de voluntad con el fin de obtener un permiso, habilitación o licencia de la autoridad; la denuncia es una simple participación de conocimiento a la autoridad; la querrela es una declaración de voluntad para que se aplique una sanción a un tercero; la queja es la instancia dirigida al superior jerárquico ante la inactividad del inferior para que lo controle y eventualmente sancione; el reacertamiento también se dirige al superior jerárquico pero con el fin de que revoque una resolución del subordinado. Puede advertirse un detalle no menor: que estas cinco clases de instancias presentan una relación dinámica sólo entre dos sujetos, que actúan como peticionante y como autoridad.

La acción procesal, en cambio, es el único tipo de instancia que enlaza a tres sujetos: actor o acusador, demandado o reo y autoridad —juez o árbitro—. Por consiguiente, exclusivamente la acción procesal constituye una instancia proyectiva o necesariamente bilateralizada, presentando una estructura inconfundible con las otras cinco. Se trata de un derecho, no un hecho, que contiene una pretensión de carácter conflictivo —ya que son dos partes las que discuten sobre su concesión— que arranca de su titular, pasa por la jurisdicción y termina en el ámbito jurídico de quien debe reaccionar, aunque no lo haga (Briseño Sierra, pág. 174). Este derecho de acción presenta siempre igual esquema, sin que en absoluto lo modifique la materia pretensional que incluya, nota que reafirma una posición unitaria del derecho procesal.

El reconocimiento del derecho humano de peticionar a las autoridades permite la vida en libertad y el irrestricto respeto de los derechos, pues de lo contrario las personas quedarían a merced de la voluntad del poder y sin

⁹Briseño Sierra, Humberto, *op. cit.*, volumen II, págs. 172-182 y *Compendio de derecho procesal*, Humanitas, México D.F., 1989, p. 173. Por su parte, Alvarado Velloso (*Sistema procesal: garantía de la libertad*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, t. I, págs. 55-65) entiende que son cinco las posibles instancias: petición, reacertamiento, queja, denuncia y acción procesal.

participación alguna. Es una civilizada manera de vincular al hombre con el Estado, de expresarse para ser oído y de obtener una resolución acorde al derecho. De allí que todo sistema jurídico que se precie de democrático contemple esta posibilidad, ya sea —tal como asentamos— explícita o implícitamente. Y anclar el concepto de acción procesal como una de las variantes del derecho humano de petición permite, ni más ni menos, que poner en manos de la persona humana el dispositivo de activación del instrumento de efectivización de sus derechos humanos. Por consiguiente, la llave de acceso a la garantía del proceso permanece en poder del titular de los derechos: el hombre.

4. LA GARANTÍA DEL PROCESO CONSTRUIDA DESDE LOS DERECHOS HUMANOS ES MÉTODO DE DEBATE

Como apuntábamos, el proceso funcionalmente es el medio de debate por excelencia para el resguardo pleno de los derechos, que debe aplicarse siempre que estos se encuentren en litigio —alcanzando igualmente a los derechos de primera, segunda o tercera generación¹⁰—. Es el método que necesariamente se debe respetar a fin de lograr una decisión acorde al derecho. Por ello no nos parece apropiado que se dejen de lado los principios de imparcialidad o igualdad aduciendo casos especiales basados en cierta clase de pretensiones o en la supuesta debilidad de un contendiente frente a otro, porque el único camino que conduce a que una sentencia tenga la aspiración de alcanzar la justicia es el respeto del derecho de defensa en juicio en igualdad jurídica de condiciones de ambos contendientes.

El proceso respetuoso de los derechos humanos solamente se ve reflejado en el sistema dispositivo o acusatorio, único que contiene esta estructura

¹⁰*Más allá de las críticas que podamos hacer a la clasificación generacional de los derechos, luego de la sencilla y poco discutida separación entre derechos de primera generación —emanados de la libertad—, segunda —de la igualdad— y tercera —solidaridad—, asistimos hoy a una carrera entre sectores de la doctrina que pugnan por atribuir la cuarta, quinta y hasta sexta generación a determinadas clases o tipos de derechos. Entre otros, se candidatiza a los previsionales —como un desprendimiento de la segunda generación—, a los derechos de los animales —que incluso cuentan con una Declaración Universal de los Derechos de los Animales, proclamada el 15 de octubre de 1978 y aprobada por la UNESCO y la ONU, pese al despropósito de proclamarlos sujetos de derecho, cuando, en realidad, lo que existen son obligaciones de los seres humanos hacia ellos—, a los derechos humanos en el ciberespacio, a los de la sociedad del conocimiento, a los reproductivos y de la biogénesis, etcétera.*

triangular —actor o acusador, demandado o acusado y autoridad— con un claro reparto de roles y funciones, de manera tal que se respetan los dos principios basales: igualdad de las partes e imparcialidad e independencia del juzgador. El sistema inquisitivo o inquisitorio no responde al modelo diseñado desde que la autoridad tiene poderes para acusar, probar y juzgar, generando una estructura bipolar y meramente procedimental de enjuiciamiento donde nunca cabrá el concepto de proceso como método de debate que garantiza los derechos humanos¹¹.

La idea del proceso como un medio no es compartida por todos. Y es así que se lo ve también como un fin en sí mismo, aunque ello complica la explicación de su comportamiento como garantía de los derechos. No obstante, puede acaparar nuestra atención la disputa entre quienes sostienen que el proceso sirve para alcanzar la justicia y los que ven en él un aporte a la paz social, adquiriendo la primera posición un matiz finalista y apuntando a su razón de ser la segunda. Nótese que ambas cuestiones no se excluyen y bien pueden tratarse a la par y sin fundirlas, justamente como forma de arribar a ese ideal de paz con justicia que mencionaba Carnelutti (2005).

Reconozcamos que se trata de un tema álgido, más en estos tiempos cuando al proceso —pese a que se trata de un método— se lo hace exageradamente responsable de la cuota de justicia o injusticia imperante. Esto debiera escapar en dirección a un debate axiológico de horizontes más amplios cuya puesta en escena incluya como protagonista al derecho frente a un elenco de valores, entre los que se cuentan la justicia y la paz. Esta discusión tiene interés para el procesalismo, aunque una vez más recordamos que su objeto de estudio —el proceso— no pierde su característica de método por más que actúe como uno de los instrumentos que coadyuvan a la realización de algunos valores.

Regresemos al proceso como garantía humana, cerrando la noción brindada: si vemos en él una derivación del derecho de petionar a las autoridades a través de la acción procesal, única instancia proyectiva, lo estamos

¹¹*Descartamos toda idea híbrida que intenta conciliar los sistemas dispositivos e inquisitivos, pues se asemejan a este último desde que comparten su diseño efectuado a partir —y en la medida de la necesidad— de la autoridad. Por otro lado, sus resultados están a la vista: basta cotejar la crisis endémica de los modelos de justicia latinoamericanos, creados al influjo de estos modelos denominados mixtos.*

alineando con los derechos humanos, al fijar su punto de convergencia en el ser humano que convive en una sociedad y que crea al Estado en su beneficio.

Para el cumplimiento de estos pilares en la práctica cotidiana —en la realidad donde está inmerso nuestro hombre de a pie— parece adecuado establecer funcionalmente los parámetros que ayudan a concebir el proceso atendiendo sus notas constitutivas y el marco sistemático democrático desplegado.

Las conductas humanas que efectúan los sujetos del proceso no pueden quedar aisladas o desarticuladas entre sí, porque la proyectividad que lo distingue no tendría cabida. Es necesario conectarlas permitiendo el desarrollo de la serie observando un orden lógico. Estas conexiones, estos contactos entre conductas, se materializan a través del procedimiento. De allí que sea imprescindible para todo proceso contener un procedimiento. Como este opera sobre la conexión de conductas, razones sistemáticas enlazadas con la previsibilidad y seguridad jurídicas imponen establecerlo previamente y en sintonía con los derechos humanos, de donde emanan la orientación del macrosistema y los principios del proceso, que a su vez determinan la logicidad de la serie procesal. Por consiguiente, aparece una primera característica del proceso: que sus reglas sean conocidas previamente por los sujetos que en él interactúan.

La nota distintiva del proceso, que es la proyectividad proveniente del ejercicio del derecho de acción procesal —y que hace tomar intervención a los tres sujetos del proceso enlazando sus conductas y marcándole a la vez los límites del terreno bajo su dominio— produce dos consecuencias de la mayor relevancia. Por un lado, resguarda en iguales condiciones para ambas partes el derecho a ser oído por la autoridad antes de resolver. Por el otro, la autoridad —como sujeto del proceso— no interfiere en el debate, no debe realizar ni suplir actividades propias de los otros sujetos procesales para preservar su imparcialidad. Lo que no implica que sea un simple espectador comparable a quien paga entrada para asistir a un entretenimiento, pues cumple una tarea crucial desentrañando el sentido proyectivo de una conducta para reflejarla hacia el contendiente, mientras posibilita el desarrollo de la serie haciendo cumplir las reglas de procedimiento preestablecidas. En definitiva, derivan de la proyectividad los dos principios del proceso —la igualdad de las partes y la imparcialidad del juzgador— quedando perfectamente alineada nuestra construcción conceptual con los derechos y

garantías inherentes a las personas reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y en los restantes instrumentos que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

5. CONCLUSIONES

Cuando la meta es defender los derechos humanos sin violarlos, respetando el lugar central del hombre en un ordenamiento jurídico erigido desde su dignidad, asoman ideas aportadas desde un sector del derecho procesal que hoy es conocido como garantismo procesal.

El garantismo procesal —que no debe confundirse con el abolicionismo penal, ni con ninguna teoría que predique favores para ciertos sujetos procesales— se preocupa marcadamente por la persona que recurre a la justicia y busca, a partir de ella, edificar un modelo de enjuiciamiento donde el proceso es garantía humana y herramienta de efectivización de derechos humanos. La mirada se posa en el derecho de defensa que las partes ejercen en el proceso ante un juez imparcial e independiente. Esta corriente de pensamiento —hoy encabezada por el jurista argentino Adolfo Alvarado Velloso tras abreviar en las enseñanzas de Humberto Briseño Sierra — viene tomando fuerza en los últimos años, pero necesita ser mejor explicada: el adjetivo garantista tiene frecuente utilización peyorativa —sobre todo en medios de comunicación— para subrayar casos donde los imputados son beneficiados por alguna medida en procesos penales. Sin embargo, el garantismo procesal es algo muy distinto, desde que propone un proceso como método de debate respetuoso de dos principios básicos: igualdad jurídica de las partes e imparcialidad e independencia del juzgador.

En este contexto de ideas, y teniendo como norte la efectivización definitiva de los derechos humanos a través de un medio puesto en manos del hombre y no del poder, observamos que la activación de esta herramienta debe corresponder a su titular. De lo contrario, los derechos humanos pierden su esencia al transformarse en meras aspiraciones para recibir prebendas o dádivas otorgadas desde una voluntad ajena; de allí a que operen como instrumentos políticos de control social hay un trecho muy corto.

Entender a la acción procesal como una de las variantes del derecho de petición, que permite el acceso al proceso como método de debate, es la piedra angular para la consolidación de derechos humanos. Porque, sin

dudas, es posible efectivizar los derechos humanos respetando su identidad como bienes de carácter prepositivo y universal que pertenecen al hombre. Y el derecho procesal tiene bastante para decir en la ardua y noble tarea de hacer realidad el respeto a la dignidad humana. Para que, cuando despertemos, los derechos humanos no hayan sido solo un sueño.

BIBLIOGRAFÍA

Alvarado Velloso, A. (1992). Introducción al estudio del derecho procesal. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

_____. (2009). Sistema procesal: garantía de la libertad. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Badeni, G. (1997). Instituciones de Derecho Constitucional. Buenos Aires: Ad-hoc.

Bidart Campos, G. (1996). El derecho constitucional humanitario. Buenos Aires: Ediar.

Briseño Sierra, H. (1969). Derecho Procesal. Volumen II. México: Cárdenas.

Calvino, G. (2012). El proceso con derechos humanos: método de debate y garantía frente al poder. Bogotá: Universidad del Rosario.

_____. La procedimentalización posmoderna. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, (39), 11-31.

Carnelutti, F. (2005). Cómo se hace un proceso. Rosario: Juris.

Figueroa, A. M. (2008). Globalización jurídica, neoconstitucionalismo y crímenes de lesa humanidad. Revista Jurídica Argentina. Buenos Aires: La Ley.

Padilla, M. M. (1988). Cómo nació la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Revista Jurídica Argentina la Ley, (1998-E).

A large, stylized graphic of a leaf or plant branch, rendered in a light gray color, occupies the right side of the page. It features several pointed, overlapping leaf-like shapes that curve upwards and outwards from the bottom right towards the top left.

Capítulo 2

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LAS
NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.
EL ABOGADO DEL NIÑO

La tutela judicial efectiva de las niñas, niños y adolescentes. El abogado del niño

Andrea Mariel Brunetti¹

INTRODUCCIÓN

El actual paradigma de protección integral de la niñez y adolescencia, vigente desde la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22), en especial la Convención sobre los Derechos del Niño² reconoce a los niños como sujeto pleno de derechos, previendo a tal fin un sistema de garantías jurisdiccionales para el cumplimiento de la tutela efectiva de sus derechos fundamentales, todo lo cual exige necesariamente la adecuación de normas internas, tanto sustantivas como procesales, a los fines de asegurar dicho cumplimiento.

Así, la Convención contempla un nuevo enfoque respecto del niño en el proceso: su derecho a ser oído y su opinión tenida en cuenta conforme su madurez y grado de desarrollo; a participar activamente en los procedimientos que los afecten, contando con adecuada representación y asistencia letrada especializada, exigiéndose por ende, que el niño deba ser tenido como “parte” en el proceso.

En consecuencia, garantizar el acceso a la justicia de las niñas, niños y adolescentes, en cumplimiento de su tutela judicial efectiva, significa la imperiosa necesidad de dotar de mayor amplitud el concepto de legitimación activa de niños y adolescentes, como así también la legitimación del Defensor de niños y adolescentes.

¹Jueza del Tribunal Colegiado de Instancia Única de Familia N° 7 de la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, Argentina. Miembro suplente de la Red Nacional de Jueces Expertos en Restitución Internacional de Menores de la Conferencia de La Haya, designada por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe. Especialista en Derecho Empresario UNR. Especialización en Magistratura UNR. Maestranda de la Maestría en Derecho Procesal de la UNR. Doctorado en Derecho de la UNR. Replicadora del Programa “Hablemos de género” de la Asociación de Mujeres Juezas de la Argentina.

²N. York, 20-11-1989, ratificada por Ley 23.849, incorporada al art. 75 inc. 22 CN, 1994.

Por ende, resulta indispensable una readecuación del significado de “acceso a la justicia” en consonancia con estos derechos, que requieren por otra parte, para su efectivo cumplimiento, de una reformulación del concepto de legitimación procesal en un sentido amplio, acorde a este nuevo paradigma de la doctrina de la protección integral de niñas, niños y adolescentes, de forma tal que se les permita el libre acceso a la justicia, que puedan ejercer su derecho de defensa a través de una asistencia letrada especializada, más allá de sus representantes legales y de la representación promiscua del Ministerio Público reconociendo además la figura del Defensor del Niño como de interés público, en protección de los derechos específicos de determinado grupo de personas entre las que se encuentran los niños, esto es a fin del cumplimiento de la tutela judicial efectiva de niñas, niños y adolescentes.

Una vez más insistimos, que es a través del debido proceso judicial que se logra la concreción de la garantía constitucional de tutela judicial efectiva en tiempo razonable, respetándose la defensa en juicio y el derecho del niño de ser oído, puntal de los derechos humanos y cimera expresión del respeto a la dignidad humana. La verdadera tutela judicial efectiva se brinda en tiempo razonable y maximizando el cumplimiento de las garantías constitucionales del debido proceso judicial, porque precisamente es a través del debido proceso judicial que se garantizan los derechos fundamentales.

1. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL ACTUAL PARADIGMA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO: HUMANIZACIÓN DEL DERECHO

A partir de 1994 la República Argentina, como muchos países de América Latina, incorporó un número de tratados internacionales de derechos humanos, lo que se dio en llamar en doctrina como el “bloque de constitucionalidad federal” o según la terminología de Hart³ “regla de

³Hart, para quien el Derecho es un sistema complejo de reglas, conformado por reglas primarias o imperativas y reglas secundarias: 1- reglas de decisión; 2- reglas de modificación y 3- reglas de reconocimiento: estas establecen los criterios de validez que debe cumplir una regla para poder pertenecer al sistema jurídico. Por su parte, Dworkin parte de Hart y critica su positivismo como muy estrecho, señala que el ordenamiento jurídico está integrado también por principios, cuya pertenencia al mismo no es determinada por la manera en que son creados (esto es, por su pedigree), sino por la adecuación de su contenido a la moral. Véase: Dworkin, Ronald: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1995.

reconocimiento constitucional” (1998, pág.117) como más abarcativo y preciso que legalidad o supremacía constitucional, que constituyen un parámetro de validez de normas secundarias. Y, como ya tiene dicho la Corte Suprema de la Nación al respecto, deben aplicarse tal como vienen dados, sin poder modificarlos o reinterpretarlos⁴.

En este sentido, este bloque de constitucionalidad constituye un conjunto de “principios de derecho fundamental” utilizando la terminología de Alexy⁵, que delimitan el marco de validez y permanencia de una norma infraconstitucional al ordenamiento jurídico argentino, debiéndose adecuar por tanto a la Constitución Nacional y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional⁶.

Bien señala Bidart Campos (1995), respecto de este conjunto de normas, principios y valores, que en el Estado democrático de derecho, “la Constitución tiene fuerza normativa en toda su integridad en todas sus partes en todos sus contenidos y también en sus implicancias”. Es el eje obligatorio e imperativo de todo el ordenamiento jurídico político. Al decir de Dworkin, (1989, 202) la

⁴Caso “Giroldi”; CSJN; 7/4/1995; L.L., 1995-D, 462. Otro: Caso “Bramajo”, CSJN, 12/9/1996; L.L., 1996-E, 409, entre otros. Nuestra Corte Suprema venía sosteniendo con anterioridad a la reforma constitucional en el conocido caso Ekmekdjian (CSJN, 7-7-92; LL, 1992-C-543), la jerarquía superior de los tratados internacionales y con posterioridad, ha tenido una rica evolución al respecto en distintos pronunciamientos paradigmáticos sumamente importantes e interesantes, cuyo tratamiento excede el marco de esta ponencia (véase entre otros: CSJN, “Méndez Valles Fernando c/ .A.M. Pescio SCA s/Ejecución de alquileres” (ED Boletín N° 8976 del 09/04/96), La Corte Suprema en abril de 1998, dentro de los autos “Petric Domagoj c/ Diario Pagina 12” (L.L.1998 - C, 284).

⁵Siguiendo en ello a Alexy, para quien el rasgo crucial para diferenciar reglas y principios se halla en que estos son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. En este sentido, los principios son “mandatos de optimización”, que pueden ser cumplidos en diferente grado y conforme las posibilidades fácticas y jurídicas (principios y reglas opuestos). En cambio, las reglas, son “mandatos definitivos” o concluyentes, normas que pueden ser cumplidas o no, la distinción se funda en que la regla es válida y por tanto debe ser cumplida, o no válida. Los principios siempre son válidos. En definitiva la diferencia entre reglas y principios es cualitativa. Véase: Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

⁶Véase al respecto: Sagües, Néstor P. Los tratados internacionales en la Reforma Constitucional Argentina de 1994, en La Ley del 8/11/94.

Constitución Nacional como límite al poder estatal y al mismo tiempo como protección ciudadana.

Por ende, los jueces debemos aplicar la ley conforme a estos principios fundamentales, universales e inalienables, y así se asegura la democracia⁷. Es el nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho⁸, al que no es ajeno el Derecho de Familia y el Derecho Procesal.

Efectivamente, el reconocimiento de los Derechos Humanos en el ámbito internacional y su incorporación al ordenamiento interno han impactado profundamente en las instituciones familiares existentes, no solo modificándolas sino, en muchos casos, reemplazándolas en aspectos trascendentes.

Esta “constitucionalización del derecho de familia” encarna su evolución misma, dando paso al nuevo paradigma del Derecho Constitucional de Familia, en el que la persona es el eje de protección, la persona en sus relaciones familiares, entendido esto en una acepción amplia del concepto de familia (Gil Domínguez, Famá & Herrera, 2006). Ya no se trata de un derecho privado ajeno al derecho público sino que es Derecho constitucional integrado con las normas propias del derecho de familia, (Lloveras y Salomon, 2009) que demarcan el campo de acción de los operadores jurídicos como así también su tutela jurisdiccional.

En consecuencia, el nuevo paradigma del Derecho Constitucional de Familia se convirtió así en un prisma mediante el cual el juez debe observar todo

⁷Acorde al concepto de democracia sustancial que expresó Ferrajoli, consistente en las normas sustanciales de validez, las cuales vinculan la tutela y el respeto de los derechos fundamentales y los demás principios axiológicos establecidos en ellas. En *Derecho y Razón*, op. cit. pág. 864.

⁸Cabe aclarar, que Estado Constitucional de Derecho y Estado de Derecho no son términos sinónimos como ha señalado Ferrajoli: Un Estado Constitucional implica un Estado de Derecho, pero no todo Estado de Derecho implica necesariamente ser un Estado Constitucional. La legitimidad constitucional del actual modelo de Estado que propone la corriente neoconstitucionalista cuyo eje principal estaría marcado por la primacía, garantía y defensa de los derechos fundamentales. El Estado de Derecho representa el sometimiento del Estado a un conjunto de normas e instituciones jurídicas, el Estado Constitucional específica que es a la Constitución a lo que ante todo y primariamente se somete el Estado. Ferrajoli, Luigi, *Pasado y futuro del Estado de Derecho*, en *Neoconstitucionalismos*, Trotta, Madrid, 2003.

el ordenamiento normativo y efectuar el respectivo control constitucional que señaláramos anteriormente. Y así instrumentar, integrar, en definitiva aplicar y garantizar el fiel cumplimiento de los Derechos Humanos, y en el entendimiento de que el ordenamiento jurídico es un todo. Es en este punto donde se revela la verdadera garantía jurisdiccional y donde los principios propios del Derecho de Familia asumen el principal motor de la tutela.

Ahora bien, el Estado es responsable ante el incumplimiento de las obligaciones asumidas internacionalmente. Es el principal obligado – junto con la familia – a realizar las acciones positivas destinadas a dar satisfacción a los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Entendido el Estado como administrador, sin perjuicio de las obligaciones que tiene el Estado en un sentido amplio, comprensivo de los tres poderes, frente a la efectiva protección de los derechos de la niñez.

En el caso del poder judicial, reviste primordial importancia, pues el juez tiene el deber de aplicar los tratados internacionales de Derechos Humanos, descartar las normas internas incompatibles o contrarias a ellos y suplir los vacíos legales internos garantizando así la debida tutela jurisdiccional.

En el Estado Constitucional de Derecho, el Juez se erige como principal garante de los Derechos Humanos y “necesariamente de una manera muy concreta: por medio del proceso”(Moción de Valencia, 2006) puesto que la herramienta idónea para la efectivización de todos los derechos humanos es precisamente el proceso judicial (Alvarado Velloso, 1992).

Así los Tratados y Convenciones de carácter supralegal refieren un mínimo o estándar de garantías jurisdiccionales que conforman además la garantía del debido proceso legal, que no puede ser soslayado por las normas infraconstitucionales y que constituyen el marco de interpretación de las decisiones judiciales (Gozaini, 2002). Esto es en definitiva, la tutela judicial efectiva.

Precisamente, el Estado asumió el compromiso internacional de adecuar su derecho interno a este nuevo paradigma del derecho, con lo cual, toda evolución del derecho procesal deberá apuntar a los principios republicanos y democráticos, es decir a la Constitución misma, como medio de alcanzar la paz social.

Es indispensable en este contexto, que exige respuestas concretas, sencillas y expeditas en protección de la dignidad humana, prescindir de meros tecnicismos que por el contrario producen el fracaso en la tutela de los derechos. Hoy se exigen nociones amplias y asegurativas de la tutela jurisdiccional de los derechos humanos, especialmente los anejos a la niñez.

En virtud de la doctrina de protección integral que considera a los niños como sujetos de derecho y que, como personas humanas tienen iguales derechos que todas las personas, el acceso a la justicia en defensa de los derechos fundamentales de los niños, requiere una adecuada noción de acceso a la justicia y un amplio concepto de legitimación procesal, a fin de dar cumplimiento a la tutela judicial efectiva de estos derechos. Así lo establece la Ley N° 26.061 en su artículo 1°, en plena vigencia.

2. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROGRESIVA

La tutela judicial efectiva de las niñas, niños y adolescentes, si bien ya prevista con anterioridad en los tratados internacionales de derechos humanos, encuentra su consagración normativa fundamental en la Convención sobre los Derechos del Niño así:

CDN art. 12: 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Esta determinación logra mayor desarrollo y dimensión en la República Argentina a través de las estipulaciones de la Ley 26.061 que reconoce un mínimo de garantías jurisdiccionales que dan lugar a una verdadera defensa material y técnica de los niños y adolescentes.

Efectivamente, la Convención a través de su artículo 12, reconoce el derecho de los niños “que estén en condiciones de formarse un juicio propio” a expresar su opinión, que la misma sea tenida en cuenta en todas las

decisiones que los afecten en función de su edad y madurez y a ser oídos en cualquier instancia en forma directa o a través de representantes o de un órgano apropiado, todo conforme las leyes de procedimiento local (defensa material). En una primera lectura, podía considerarse que tales derechos se encontraban condicionados a una restricción etaria, controversia superada a partir del dictado de la Ley 26.061.

Precisamente, esta ley en su artículo 27 reconoce respecto de los procedimientos judiciales – y administrativos – además de los derechos contemplados en la Constitución Nacional, en la Convención de los Derechos del Niño, Tratados Internacionales ratificados por la República Argentina y demás leyes afines, el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos ante la autoridad competente cada vez que lo soliciten; a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que los afecte; a ser asistidos por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento, en caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que los patrocine; participar activamente en todo el procedimiento y a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que los afecte (defensa técnica).

Todo lo cual en su conjunto, constituye la garantía de tutela judicial efectiva de las niñas, niños y adolescentes, comprensiva del derecho de acceso a la justicia, a obtener una sentencia fundada en derecho y en un plazo razonable, derecho a manifestar y defender la pretensión jurídica en igualdad con las otras partes, derecho a ofrecer pruebas oportunas y admisibles, derecho a interponer recursos, el derecho a la defensa y a la asistencia letrada, en definitiva, a un debido proceso legal.

A tal fin, la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva N° 17 del 28 de agosto de 2002, punto 98 expresó que:

En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías.

Sentado ello, no nos cabe duda al respecto que, a partir de dichas previsiones, no existe restricción alguna en base a edad o capacidad progresiva⁹. Ahora bien, cabe distinguir dos cuestiones fundamentales, por un lado el tema relativo al derecho a ser oído y, por el otro, el derecho a participar activamente en el procedimiento.

En efecto, respecto de la primera cuestión, entendemos que garantizar el acceso a la justicia de los niños implica su derecho a ser oídos ante la autoridad competente cada vez que lo requieran, en opinión personal, sin distinción de edad, y no sujeto a discrecionalidad judicial o administrativa sobre su conveniencia (Ley 26.061, artículo 24 inciso a), este derecho significa dar su propia opinión más allá de la de cualquier adulto. Por otra parte, una vez oído, el niño tiene derecho a que su opinión sea tenida primordialmente en cuenta en cualquier decisión que se tome a su respecto, y esto sí conforme su edad y grado de madurez (principio de capacidad progresiva artículo 24 inciso b)¹⁰ lo que a su vez debe ser interpretado y valorado a la luz del principio rector del interés superior del niño (artículo 3, Ley 26.061)¹¹.

En lo que atañe a la participación activa de los niños en el procedimiento, compartimos el criterio por el cual se considera el “reconocimiento de un

⁹*PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROGRESIVA. CDN art. 5: Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.*

¹⁰*Ley 26.061 art. 24: DERECHO A OPINAR Y A SER OÍDO. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.*

¹¹*Ley 26.061 art. 3: INTERÉS SUPERIOR. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas,*

estatus especial” del niño al respecto, mediante el cual, “en su carácter de parte (procesal), está facultado para actuar en cualquier proceso e instancia” (Domínguez, Famá & Herrera, 2007) y a “contar con una representación legal independiente de la que los padres, tutores o curadores puedan asignarle” (Gozaíni, 2012).

Al respecto ha dicho la Corte Interamericana en la referida opinión consultiva N°17/2002, punto 102 que:

En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.

Sin embargo, nuestro sistema legal sustancial y procesal, no se ha adecuado aún conforme a la doctrina constitucional de la protección integral de la niñez y adolescencia, corriendo grave riesgo la tutela judicial efectiva de los derechos de los niños y adolescentes. Veamos al respecto algunos conceptos.

Partiendo de la noción de que es “parte” aquel “que debe sufrir o gozar de los efectos de la sentencia de mérito en un caso concreto” (Alvarado Velloso, 2009) tenemos que para el Derecho Procesal, se requiere “capacidad procesal” para actuar en el proceso, y en tal sentido distinguimos entonces la “capacidad jurídica para ser parte procesal” que la tiene toda persona física desde el momento de la concepción hasta la declaración o comprobación de su muerte, y las personas jurídicas conforme la regulación legal correspondiente; y la “capacidad procesal” es decir la aptitud que debe tener la parte para actuar personalmente y por sí mismo en un proceso (Alvarado Velloso, 2009, pág. 228).

niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

Conforme a ello y en lo que respecta estrictamente a los niños, y de acuerdo a la regulación establecida en el Código Civil de la Nación, no tendrían dicha capacidad procesal los niños que el Código define como “menores impúberes” (artículo 54) esto es, los menores de catorce (14) años de manera absoluta, y relativa los “menores adultos”, esto es los que fueren de esta edad hasta dieciocho (18) años (artículo 127, Ley 26.579).

Resumiendo, los niños menores de catorce años tendrían capacidad jurídica para ser parte en el proceso, pero no tendrían capacidad procesal para actuar por sí mismos, sino a través de sus representantes legales. Ciertamente esto último se encuentra en franca contradicción con el nuevo sistema jurídico de protección integral de la niñez y adolescencia. Efectivamente, la doctrina y la jurisprudencia se encuentran divididas en cuanto a considerar que a partir del dictado de la Ley 26.061 se han derogado los artículos del Código Civil referentes a la categorización de los “menores” por franja etaria¹².

Si consideramos que tanto la Convención como la Ley de Protección Integral, no realizan categorización por edades específicas, sino que por el contrario han establecido el principio de capacidad progresiva, esto es valorar la opinión de los niños y en su caso la participación de los mismos en el proceso, conforme a su grado de madurez y desarrollo, sin lugar a dudas se debe concluir que tales categorizaciones del Código Civil han devenido inconstitucionales¹³.

Definitivamente, el principio de autonomía progresiva consagrado primeramente por la Convención de los Derechos del Niño, ha venido a

¹²*Criterio de vigencia de la CSJN; de la Sala K de la Cámara Nacional Civil: designación de su abogado solo si el niño ha cumplido los 14 años de edad (arts. 54; 55 y 921 del C.C.) además, la representación legal del menor sumada a la intervención del asesor de menores, torna improcedente la designación de abogado de confianza pues los intereses y derechos del niño se encuentran ampliamente protegidos y garantizados. Criterio de la sala C.*

¹³*No compartimos el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en reciente fallo, por el cual se ha dicho que las normas del Código Civil que establecen la distinción entre menores impúberes y adultos no se encuentra derogadas por la Ley 26.061 y son plenamente vigentes. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) 26/06/2012 “M., G. c. P., C. A. s/recurso de hecho deducido por la defensora oficial de M. S. M.” LA LEY 24/07/2012, 24/07/2012, 7 - LA LEY 08/08/2012, 5, con nota de Osvaldo Alfredo Gozaini; AR/JUR/27892/2012. Tal posición implica sostener que el niño no puede ser parte en el proceso*

reformular todo el sistema de capacidad del Código Civil, teniéndose por tanto que, en función de dicho principio, el niño ya no es un incapaz absoluto para ejercer sus derechos, más allá de la debida representación legal que no se ha visto afectada al respecto (Pérez Manrique, 2006).

3. LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL PROCESO Y EL PRINCIPIO RECTOR DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El Código Civil prevé un sistema de representación legal para los menores (niñas, niños y adolescentes en la terminología de la doctrina de la protección integral) atento la falta de capacidad para realizar actos por sí mismos que referíamos (padres, tutores, curadores). Al mismo tiempo se establece la representación promiscua del Ministerio Público, complementaria o autónoma.¹⁴ Sumado a ello, la ley establece la posibilidad de designarle a los menores, un tutor *ad litem*, como tutela especial para la representación de los menores de edad en un determinado proceso judicial (artículos. 61, 397 C.C.).

Ahora bien, conforme al sistema instaurado a partir de la Convención de los derechos del Niño y la Ley 26.061 de Protección Integral, a este régimen del Código Civil se agrega, la figura del llamado “abogado del niño”, esto es, el debido patrocinio letrado de los niños, a efectos de la defensa técnica de sus derechos en el procedimiento judicial, para lo cual se exige una reformulación del concepto de legitimación procesal para su efectiva incorporación al proceso.

Precisamente, garantizar el acceso a la justicia significa también, que las normas contemplen mayor amplitud en la regulación de la legitimación activa en franca coherencia con el sistema de protección integral de niñas, niños y adolescentes, que es precisamente nuestra propuesta.

Señala Solari que “la intervención del patrocinio letrado, de conformidad con las disposiciones constitucionales y de la ley 26.061, exige que el abogado del niño actúe en condición de parte legítima en el proceso, patrocinando al niño en su carácter de tal. Todo ello, sin perjuicio de la representación legal, necesaria y promiscua” (2006).

¹⁴Complementaria con los padres o el tutor, o de manera autónoma por omisión o defecto en la representación ejercida por los padres o el tutor.

Concretamente, el abogado del niño no cumpliría una función de representación, sino que actuaría como letrado patrocinante del niño y no en lugar del niño. De este modo se asegura la activa participación del niño en el proceso, a través de la defensa técnica de su abogado que patrocina intereses y derechos definidos por el propio niño, sin sustituir su voluntad (Moreno, pág. 56).

Para un criterio restringido, la actuación del abogado del niño no será en todos los procesos, sino exclusivamente en aquellos en los que se presenten conflictos u oposición de intereses de los padres o el tutor con el niño, o de ausencia de representantes necesarios, o ante el pedido mismo del niño en su caso (Ibíd.).

En posición más amplia se sostiene que corresponde designar abogado del niño aún en las hipótesis de falta de conflicto o intereses coincidentes entre los adultos y el niño (Pérez Manrique).

Por su parte, el decreto reglamentario de la Ley 26.061 establece respecto del artículo 27 de la ley, que el niño puede designar un abogado de su confianza sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar. Es clara entonces la diferencia entre uno y otro: el Ministerio Público encarna una visión desde lo adulto respecto del interés superior del niño, mientras que el abogado del niño encarna una visión del niño, de su propio mejor interés.

Ahora bien, ¿puede el niño por sí mismo designar su abogado de confianza? Si analizamos la cuestión desde la óptica de la doctrina de la protección integral, la respuesta es afirmativa sin lugar a dudas. No obstante en doctrina y jurisprudencia se discrepa en cuanto a si se aplica el principio de capacidad progresiva para decidir la designación, conforme Convención¹⁵, o si se aplican las normas del Código Civil¹⁶.

¹⁵Criterio establecido en la Resolución 1234 de la Defensoría General de la Nación y de la sala B de la CNA., esta postura confunde el abogado del niño con el tutor ad litem.

¹⁶La CSJN, ha sostenido recientemente que “las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos no han sido derogadas por la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, es por ello que, de acuerdo con este régimen de fondo, los menores impúberes son incapaces absolutos, y no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos —art. 54 inc. 2 del Código

Señala Gozaíni (2012), que considerando la finalidad de la Ley 26.061 de garantizar la participación del niño en el proceso, a través de un letrado de confianza que lo asista, ejercer su derecho a ser oído y que su opinión sea tomada en cuenta conforme a su madurez y desarrollo, la designación del abogado debe ser suplida por un adulto o persona mayor, pues la ley no exige una edad determinada para el cumplimiento de esta garantía, de lo contrario se le estarían conculcando al niño garantías jurisdiccionales del debido proceso legal (artículo 18, CN), que conforme el principio rector del interés superior del niño (artículo 3, Ley 26.061) y de autonomía progresiva (artículo, 5 CDN), la presunción del artículo 921 del Código Civil que establece la edad para el discernimiento de los actos lícitos, es *juris tantum*, por tanto es viable la elección directa del abogado por el niño menor de catorce años en función de su discernimiento y grado de madurez. Agrega que, formalmente, la designación proviene del juez que advierte la necesidad de una asistencia especializada ante un determinado conflicto entre los adultos y el niño, en función de su interés superior, al mismo tiempo que puede provenir el pedido de designación, de los propios padres o el Ministerio Público.

Por su parte, Solari afirma que “el derecho a tener un abogado en el procedimiento judicial es de todo niño, cualquiera fuese su edad, tanto en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño como en la ley 26.061. Por lo demás, su condición de sujeto de derecho exige tal asistencia técnica”, y continúa: “la imposibilidad de elegir por derecho propio un abogado no significa privarlo de la defensa técnica. En tal situación la elección corresponderá a una tercera persona... la ley le debe garantizar un abogado en todo procedimiento judicial”.

En definitiva, como advierte este autor, subsisten dos sistemas absolutamente contradictorios: el sistema tutelar del Código Civil y el sistema de derechos y garantías de la doctrina de protección integral, “debiendo garantizarse y efectivizarse el sistema introducido por las disposiciones constitucionales” (Ibíd.).

Civil—”. Por su parte se ha expresado en doctrina: “... el derecho a ser oído como el del patrocinio letrado debe ser respetado cualquiera fuera la edad del niño. Lo que cambia, en todo caso, es la consideración subjetiva que va a adoptar el juzgador y no la viabilidad de tales derechos. La asistencia de un letrado especializado no está condicionada a la edad del niño pues constituye una garantía mínima del procedimiento. La capacidad progresiva del sujeto se refiere a la mayor o menor influencia de su voluntad en las cuestiones a resolver y no al derecho a contar con un abogado.” Solari, Nestor. op. cit.

De manera tal que el derecho a la asistencia letrada de los niños en cualquier procedimiento, hace a la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes, por lo que toda norma que limite o impida la incorporación del defensor del niño al proceso contrariando los postulados de la doctrina de protección integral, que establece una noción ampliada de legitimación procesal, deberán ser declaradas inconstitucionales en función del interés superior del niño (artículo 3, CDN)¹⁷.

Sostiene Cillero Bruñol precisamente, que este principio rector que estatuye la Convención es un principio jurídico garantista, la Convención “formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos” (pág. 125).

Concluye el autor que es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática (Cillero Bruñol).

Por su parte Pérez Manrique (2006) expresa que:

El interés superior del niño en el plano de los derechos como lo determina la Convención sobre los Derechos del Niño, constituye así un principio de

¹⁷CDN Artículo 3 1. *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.*

interpretación de la norma que apoya a la dilucidación de conflictos entre los niños y el mundo adulto y de los niños entre sí. Se parte del concepto del interés superior del niño como el pleno respeto de sus derechos.

Es preciso advertir, que en función de asegurar la tutela judicial efectiva de los derechos de los niños, en una amplia noción de acceso a la justicia, la Ley 26.061 concibe a la defensa de los niños como de interés público, reconociendo legitimación procesal a todo ciudadano, “a fin de restaurar el ejercicio y goce de los derechos reconocidos por esta ley y los Tratados Internacionales respectivos, en función del principio de máxima exigibilidad e interés superior del niño. Todo lo cual amerita la adecuación de normas procesales a través de medidas expeditas y eficaces”.

4. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

El proyecto establece como principio general de los procesos de familia entre otros, al de la Tutela Judicial Efectiva (artículo 706). Más allá de considerar que la regulación procesal es ajena a la Nación, por ser materia no delegada por parte de las provincias (artículos 75 y 121, CN), cabe referirse a las previsiones del proyecto de código unificado respecto del tema que nos convoca y, en tal sentido, destacar la notable preocupación del legislador por facilitar el acceso a la justicia por parte de los vulnerables, como son los niños, y así lo prevé expresamente en la norma señalada. Criterio que se comparte y se postula en opinión personal, considerando al respecto, que la amplitud del concepto de legitimación que pretendemos, debe ser reconocido primeramente por la norma sustancial.

Coherente con todo ello, el proyecto prevé la participación en el proceso de las niñas, niños y adolescentes, a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta en los procesos que los afecten directamente (artículo 707), no obstante solo en aquellos que alcancen edad y grado de madurez suficiente para formarse un juicio propio, consideramos, en franca contradicción con la Doctrina de Protección Integral, que no distingue por edades sino en base al principio de autonomía progresiva. Pudiendo participar con asistencia letrada solo en situaciones de conflicto de intereses (artículo 26, segundo párrafo). A pesar de lo establecido en su artículo 26, tercer párrafo, en cuanto a que toda persona menor de edad (esto es 18 años artículo 25) tiene derecho a

ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Al igual que en el régimen actual reconoce la representación legal de los menores de edad por parte de sus padres (artículo 101) y prevé la representación principal y complementaria del ministerio público (artículo 103).

A su turno, establece en la normativa referente a Adopción, como principios generales, el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, conforme su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su “consentimiento” a partir de los diez (10) años de edad (artículo 595, inciso f). Comentario al respecto que se posterga por exceder las pretensiones del presente trabajo. Asimismo se reconoce al niño como “parte” en el procedimiento de declaración judicial de la situación de adoptabilidad, con asistencia letrada, pero de manera limitada a su edad y grado de madurez (artículo 608, inciso a). Reiteramos, esto totalmente opuesto a la Doctrina de Protección Integral, es decir a la propia Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley de Protección Integral N° 26.061.

Por otra parte, es dable destacar que se incorporan expresamente el reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva (artículo 14), entre los que comprendemos a la niñez, en coherencia con las previsiones señaladas del artículo 1° Ley 26.061.

5. CONCLUSIONES

La garantía de tutela judicial efectiva de las niñas, niños y adolescentes, comprende el derecho de acceso a la justicia, a obtener una sentencia fundada en derecho y en un plazo razonable, derecho a manifestar y defender la pretensión jurídica en igualdad con las otras partes, derecho a ofrecer pruebas oportunas y admisibles, derecho a interponer recursos, el derecho a la defensa y a la asistencia letrada, en definitiva, a un debido proceso legal donde la niña, niño o adolescente debe ser considerado “parte”.

El actual paradigma de protección integral de la niñez y adolescencia, vigente desde la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22), en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, reconoce a los niños como sujeto pleno de derechos, previendo a tal fin un sistema de garantías jurisdiccionales para el cumplimiento de la

tutela efectiva de sus derechos fundamentales, sin distingo de edades y capacidades, todo lo cual exige necesariamente la adecuación de normas internas tanto sustantivas como procesales, a los fines de asegurar dicho cumplimiento.

La Convención de los Derechos del Niño (artículos 3, 5, 12) y la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061 (artículos 3, 24, 27), contemplan un nuevo enfoque respecto del niño en el proceso, su derecho a ser oído y su opinión tenida en cuenta conforme a su madurez y grado de desarrollo; a participar activamente en los procedimientos que los afecten, contando con adecuada representación y asistencia letrada especializada, exigen de manera tal, que el niño deba ser tenido como “parte” en el proceso.

Las niñas, niños y adolescentes, considerados como sujetos plenos de derecho tienen derecho a ser asistidos en el proceso a través de un defensor, preferentemente especializado en niñez, sin requerir limitación ni franja etaria alguna conforme la Doctrina de la Protección Integral.

Garantizar el acceso a la justicia de los niños y adolescentes significa dotar de mayor amplitud al concepto de legitimación activa a través del ordenamiento jurídico sustancial y procesal.

La noción de legitimación amplia ha sido plasmada en el artículo 1° de la Ley N° 26.061, concibiendo a la defensa de los niños como de interés público, y reconociendo legitimación procesal a todo ciudadano, “a fin de restaurar el ejercicio y goce de los derechos reconocidos por esta ley y los Tratados Internacionales respectivos, en función del principio de máxima exigibilidad e interés superior del niño. Todo lo cual amerita la adecuación de normas procesales a través de medidas expeditas y eficaces”.

Toda norma que tenga como fundamento el rechazo de la legitimación del defensor del niño, por ende contraria a los postulados de la Doctrina de la Protección integral de la niñez y adolescencia, debe ser considerada inconstitucional en el actual paradigma del Estado Constitucional de Derecho y en función del principio rector del interés superior del niño (artículo 3, CDN). Lo contrario implica la negación de un derecho fundamental en razón de las formas.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexi, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alvarado Velloso, A. (1992). *Introducción al estudio del Derecho Procesal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- _____. (2009). *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Rosario: Juris.
- Bidart Campos, G.J. (1995). *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Ediar.
- Cillero Bruñol, M. (s.f.). *el interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002). *Opinión Consultiva N° 17 del 28 de agosto de 2002*. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>
- Dworkin, R. (1995). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Ferrajoli, L. (2003). *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. Madrid: Trotta.
- Gil Domínguez, A. ; Famá, M. & Herrera, M. (2006). *Derecho constitucional de familia*. Buenos Aires: Ediar.
- Gil Domínguez, A. ; Famá, M. & Herrera, M. (2007). *Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes. Derecho constitucional de familia. Comentada, anotada, concordada*. Buenos Aires: Ediar.
- Gozáíni, O. A. (09, 08, 2012). *El niño y el adolescente en el proceso. La ley*.
- _____. (2002). *El debido proceso constitucional: reglas para el control de los poderes desde la magistratura contitucional. Cuestiones Constitucionales, (7)*. Disponible en <http://www.journals.unam.mx/index.php/cuc/article/view/2061>.
- Hart, H.L. (1998). *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Lloveras, N. & Salomon, M. (2009). El derecho de familia desde la Constitución Nacional. Buenos Aires: Universidad.

Moción de Valencia. (2006). Disponible en <http://www.academiadederecho.org/>.

Moreno, G.D. (s.f.). La participación del niño en los procesos a través del Abogado del Niño. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, (35).

Pérez Manrique, R. C. (2006). Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes. Pponencia presentada en el II Encuentro Regional de Derecho de Familia en el Mercosur, Universidad de Buenos Aires, días 24 y 25 de agosto de 2006. Disponible en "JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO" Número 9 p. 251 UNICEF Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia www.unicef.cl

Sagûes, N. (08, 11, 1994). Los tratados internacionales en la reforma constitucional argentina. La ley.

Solari, N. (2006). El derecho del niño al patrocinio letrado.

A large, stylized graphic of a leaf or plant branch, rendered in shades of gray, occupies the right side of the page. It features several pointed, overlapping leaf-like shapes that curve upwards and outwards from the bottom right towards the top left.

Capítulo 3

O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A
RACIONALIDADE GARANTISTA
DA JURISDIÇÃO ARBITRAL

O devido processo legal e a racionalidade garantista da jurisdição arbitral*

Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro¹

INTRODUÇÃO

O presente ensaio analisa a jurisdição arbitral como sendo o meio de solução de conflitos mais democrático e racional de um Estado Democrático de Direito, racionalidade esta expressada na cláusula do due process of law, que é o meio legitimador desta tutela jurisdicional específica. Outrossim, os ideais do garantismo processual contra a natureza publicista do processo se aperfeiçoam na arbitragem, na medida em que as partes renunciam à jurisdição estatal para eleger um terceiro imparcial que, com as regras escolhidas por elas, soluciona conflitos relativos a direitos disponíveis, valorizando, dessa forma, a referida teoria garantista, assim como o princípio dispositivo, este como desdobramento infraconstitucional do devido processo legal.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O CPC BRASILEIRO

O Código de Processo Civil do Brasil, do ano de 1973, é fruto da sexta fase legislativa do Direito Processual Civil do país e foi concebido sob a égide da fase autonomista ou conceitual², pois, o distingue do direito substancial

**La presente ponencia presenta un sistema de citación y referenciación propio y se procuró respetar esas particularidades del texto.*

¹Mestre em Direito Processual Civil na PUC/SP. Mestrando Direito Processual na Universidad Nacional de Rosario (UNR – Argentina). Especialista em Direito Civil, Direito Contratual Empresarial pela Escola Paulista de Direito (EPD). Professor Substituto da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor Substituto da Faculdade Santa Rita de Cassia. Professor Convidado no curso de Pós Graduação da Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Professor Assistente na PUC/SP. Membro do Instituto Panamericano de Direito Processual (IPDP). Advogado.

²Cássio Scarpinella Bueno ensina que “o que caracteriza o pensamento do processualista civil desta fase é o alto grau de autonomia entre o direito processual civil e as demais normas jurídicas. A separação entre os planos materiais e processual permite que o estudioso do

litigioso³ e dá chancela à natureza publicista do processo.

O anteprojeto do CPC de 1973 foi elaborado em 1964, por Alfredo Buzaid, que, sob influência do modelo criado por Bülow, desenvolveu um código de processo puramente científico, desde os seus conceitos até a precisão técnica nas terminologias nele empregado.

Outrossim, o anteprojeto em comento teve forte influência dos modelos processuais austríaco (Regulamento de Klein), alemão e português; e tinha por escopo ser um instrumento para aplicação da lei no caso concreto sob litígio.

Em face do regime autoritário que reinava na época de elaboração do CPC brasileiro, havia um sentimento de que a Justiça era o fim perseguido por todos e o processo civil servia de instrumento para o Estado administrá-la (a Justiça)⁴.

direito processual civil desta fase consiga ver, com clareza, o que caracteriza e justifica, como tal, o direito processual civil e o que são as normas de direito material que, controvertidas, impõem a atuação do Estado-juiz.”(BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 42)

³*Em 1868, Oskar Bülow publico célebre obra, intitulada Teoria das exceções dilatórias e dos pressupostos processuais, em que distinguiu, com nitidez, o direito material controvertido e o processo, por meio do qual se resolvia aquele. A relação material litigiosa (res in iudicium deducta) era, pois, algo de diferente da relação jurídica processual (iudicium). Esta conceituação foi de extraordinária importância, eis que o processo ficou conhecido como verdadeiro “continente” e a lide (retrato do direito material expressado no processo – arts. 128, 460, caput) como o seu “conteúdo”. A partir desta distinção, passou-se a identificar, na principiologia do processo, a predominância da marca do Direito Público.*

⁴*O processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar a justiça. Não se destina a simples definição de direitos na luta privada entre os contendores; atua, ao contrário, como já observara BETTI, não no interesse de uma ou de outra parte, mas por meio do interesse de ambas. O interesse das partes não é senão um meio, que serve para conseguir a finalidade do processo na medida em que dá lugar àquele impulso destinado a satisfazer o interesse público da atuação da lei na composição dos conflitos. A aspiração de cada uma das partes é a de ter razão; a finalidade do processo é a de dar razão a quem efetivamente a tem. Ora, dar razão a quem a tem é, na realidade, não um interesse privado das partes, mas um interesse público de toda sociedade”(BUZAID, Alfredo. Anteprojeto de Código de Processo Civi: apresentação ao Exmo. Ministro da Justiça e Negócios Interiores, pelo Professor Alfredo Buzaid. Rio de Janeiro, 1964, p. 13)*

Daí surgiu o ideal de que a primazia pela técnica e atribuição de poderes para o juiz era imprescindível para que o processo civil atingisse sua função precípua, de modo que não houvesse qualquer incerteza acerca do manejo das funções processuais previstas no código de processo.

Nesse lanço, a atuação do Estado como administrador da Justiça – entrega da tutela jurisdicional – era medido por meio da segurança jurídica decorrente desta atividade jurisdicional, com alta carga inquisitiva.

Por razões óbvias, o vigente Código de Processo Civil brasileiro carrega forte influência do regime autoritário, de natureza publicista e com algumas vocações inquisitivas (como por exemplo, a produção ex officio de prova pelo magistrado), por ser fruto do sistema político da época.

Com regime democrático implementado nos idos da década de oitenta e com a Constituição Federal de 1988 houve fomento dos ideais garantistas, que provocou uma reflexão acerca da necessidade de se moldar o código de processo aos anseios da sociedade contemporânea, no sentido de obter uma prestação jurisdicional mais democrática, racional, célere e ao mesmo tempo efetiva.

Quer dizer, num processo democrático – fruto da nova ordem jurídica do país -, o juiz não pode ser um protagonista, sob pena de se tornar parte e atuar não em busca dos fatos colacionados pelos demandantes, mas sim buscar sua verdade sobre o processo.

Na atividade jurisdicional de um Estado Democrático de Direito para dirimir conflitos sobre um direito material entre os sujeitos, o magistrado tem que ser apenas um gestor imparcial (não parcial), para conter a autotutela, dirimir conflitos e fazer atuar a vontade concreta da lei, sem ideais metajurídicos de Justiça. O dar a cada um que é seu decorre do devido processo legal, que expressa o fundamento racional da lei a ponto de permitir invasão na liberdade individual das partes para efetivação do direito material a quem dele faz jus.

Ou seja, no Estado Democrático de Direito toda a sistemática da sua atuação jurisdicional deve se amoldar à autenticidade do plano constitucional, refletida no devido processo, que carrega em seu bojo direito fundamental do cidadão.

A garantia do devido processo legal ante o alargamento por que passou na tradição anglo-saxônica e, posteriormente, em grande parte dos ordenamentos jurídicos dos países ocidentais, em muito supera um simples limite procedimental ao poder do governante, como foi originalmente concebido.

Seja genericamente considerado, ou na análise de seus desdobramentos em formal e material, revela-se clara a essencialidade do princípio para os Estados Democráticos de Direito contemporâneo, sendo verdadeiro fundamento desde modelo de estado⁵.

É – portanto – o devido processo legal que confere legitimidade à atividade jurisdicional do Estado Democrático, estabelecendo um regramento mínimo para a imposição racional da vontade concreta da lei, no sentido de assegurar aos indivíduos, condições mínimas e necessárias para a defesa de seus direitos, sendo esta proteção imprescindível, uma vez que o resultado final da atuação jurisdicional (*rectius*: tutela jurisdicional definitiva), pode ter como conseqüência invasão na esfera individual daqueles que serão submetidos à jurisdição estatal.

2. JURISDIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO

Numa visão *stricto sensu*, temos que o direito processual estuda a jurisdição como função e, conseqüentemente, seu funcionamento, ou seja, seus deveres, direitos e faculdades.

O Estado é o órgão fundamental da atuação judicial, pois esta se desenvolve sob as normas que ele edita.

Para Guasp jurisdição tem que ser verificada no âmbito do direito político e do direito processual.

Definida la Jurisdicción como una función estatal de sataisfacción de pretensiones, la fijación de sua naturaleza há de verificar-se em dos distinto ambitos: el de derecho político y El del derecho procesal.(...)

⁵DURÇO, Karol Araújo. *O desenvolvimento histórico do princípio do devido processo legal: uma crescente aproximação entre common law e civil law*. In: ZAGANELLI, Margarth Vetis (coordenadora). *Estudos de história do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 99-116

La especificidad de la Jurisdicción supone, de um lado, que la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado corresponde privativamente a los órganos jurisdiccionales. (...)

Por outra parte, por virtud de los Tratados internacionales suscritos por España, se reconoce la jurisdicción Del Tribunal de Justicia de las comunidades Europeas para garantizar la aplicación Del Derecho Comunitario y la uniformidad de su interpretación (...)⁶.

No âmbito político, portanto, jurisdição seria um dos poderes básicos do Estado para consolidação da sua soberania⁷ frente a outros Estados quanto estabelecimento e aplicação de suas próprias leis.

Destarte, o Judiciário, por se constituir o terceiro poder do Estado, tem como característica independência e soberania em sua esfera de atribuição, o que decorre do sistema político de um Estado soberano.

A especificidade política da jurisdição seria no sentido de reconhecer a aplicação de direitos editados pelo próprio Estado e, é por ela que as pessoas realizam seus direitos substanciais e exerce controle sob alguns desmando da Administração Pública em seus diversos seguimento.

Nesse sentido Bianca Neves Amigo preleciona que “a jurisdição é o local que acolhe a participação ao realizar os direitos fundamentais e fiscalizar o Poder Público. Desse modo, a jurisdição propicia a participação popular e, com isso, promove a efetivação da democracia”⁸.

⁶GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil. Tomo Primeiro: introducción y parte general*. Thomson y Civitas, 7ª edición revisada y puesta al día por Pedro Aragonese: p. 96/97

⁷“Em el derecho de los países latinoamericanos este vocablo tiene, por lo menos, cuatro acepciones: como ámbito territorial; como sinónimo de competencia; como conjunto de poderes o autoridad de cierto órganos del poder público; y su sentido preciso y técnico de función pública de hacer justicia.” (COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*. Montevideo-Buenos Aires. Editorial B de F.2004, p. 23)

⁸AMIGO, Bianca Neves. *A evolução histórica da jurisdição*. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis (coordenadora). *Estudos de história do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 23-37

No âmbito do direito processual, ou poder judicial, jurisdição seria um requisito do processo, o devido processo, que na sua ausência inviabiliza a prática de atos processuais válidos e, portanto, não dotados de legitimidade.

Com efeito, no Estado Democrático de Direito, entende-se que a atividade jurisdicional tem função pública independente para satisfazer pretensões de direito material, daí, pela jurisdição admite-se a especificidade de gerar o poder de julgar e executar administrativamente seus julgados mediante atribuição de competência estabelecida pelo Estado, por meio de lei, em atenção ao devido processo substancial⁹.

É pelo Poder Judiciário que se produz o fenômeno jurídico de transformação do direito material em direito judicial (segundo Goldschmidt)¹⁰, “o sea la subsunción de los hechos particulares cuya existencia se acepta, y las normas concretas del derecho positivo, em una sentencia que resuelva el caso”.

Ramiro Podetti, por outro lado, diz que jurisdição é o poder que exercita o ramo judicial do Estado, que no âmbito civil sofre provocação a pedido das partes, para esclarecer os fatos controvertidos que cercam um direito material, atuando a lei na sentença e fazendo que esta seja cumprida.

⁹A ideia do devido processo legal substantivo surgiu em meados de 1857, quando o escravo Dred Scott, após fugir de seu dono, se socorreu à Suprema Corte Americana para reconhecer sua liberdade, haja vista que ele residia num Estado cuja escravidão era proibida. O pedido do escravo Dred Scott foi rechaçado sob o fundamento de que a perda da propriedade por seu dono se deu sem o devido processo legal. A repercussão deste caso resultou na Emenda XIV e só em 1890, foi que a Suprema Corte Americana passou admitir o devido processo legal substantivo (substantive due process). Deste fato histórico e da importância que o devido processo legal alcançou nas Constituições de diversos países, podemos afirmar, que os valores (vida-liberdade-propriedade) enraizados naquele princípio ampliaram seu campo de incidência e, com isso, possibilitou a máxima proteção possível dos direitos fundamentais do cidadão, razão pela qual, o devido processo legal deixou de ser exclusivamente de cunho processual ou formal, para também atuar no âmbito material ou substancial. Destarte, podemos dizer que o devido processo legal substantivo (substantive due process) atua em relação ao direito material. É dizer, a manifestação do devido processo legal em outros campos do direito se dá em seu aspecto material. Sobre o assunto ler também: NERY JR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 84

¹⁰PODETTI, Ramiro. *Teoria e Técnica do Processo Civil*, pag. 153

A mi juicio, la actividad jurisdiccional em sentido extricto, deber atribuído al Estado por el estatuto fundamental de las naciones modernas, em función privativa de la rama judicial del gobierno, es decir, de los jueces y sus auxiliares.

Do exposto extrai-se que a jurisdição, do ponto de vista de poder judicial, tem como essência o exercício de uma atividade desempenhada por um terceiro imparcial que se coloca entre as partes conflitantes para solucionar o conflito existente entre elas realizando assim o direito e servindo de mecanismo popular de controle de Poder por parte dos cidadãos (função política da jurisdição).

2.1 A crise do judiciário e os meios alternativos de conflito (arbitragem)

Como estudado nos tópicos anteriores, a jurisdição restabelece a ordem jurídica entre duas partes com interesses contrapostos frente a um direito material, por meio de uma sentença chancelada pela coisa julgada material.

Daí, na moderna ótica de direito processual civil faz-se uma releitura da jurisdição, como sendo função realizada por órgãos competentes do Estado, ou por ele estabelecidos, com as formas requeridas pela lei, em virtude da qual, por ato de cognição se determina o direito das partes, com o objetivo de dirimir seus conflitos e controvérsias de relevância jurídica, mediante decisões com autoridade de coisa julgada material, eventualmente factível de execução.

Do conceito acima temos que a sentença transitada em julgado é ilustração concreta do restabelecimento da ordem jurídica cujos efeitos impõem uma obrigação quanto a conduta que as partes tem que ter frente aquele direito material, que reflexamente irá irradiar na sociedade.

Interessa para o Estado eliminar conflitos havido na sociedade e efetivar os direitos subjetivos que a lei reconhece para o cidadão. Em maior grau, busca o Estado colocar em prática as leis que ele mesmo colocou em vigor.

A Administração Pública deve proporcionar meios necessários para que o próprio Estado possa exercer sua função jurisdiccional de satisfazer a pretensão reconhecida na sentença.

Da definição jurisdição aqui adotada extraem-se algumas questões interessantes: jurisdição não é somente um conjunto de poderes, pois nela estarão atrelados alguns deveres a serem cumpridos pelo Poder Público, como por exemplo, entregar a tutela jurisdicional em tempo razoável e, para ser legítima, sempre respeitando as regras democráticas do devido processo legal e seus subprincípios¹¹ correlatos.

Mas a crise que o Poder Judiciário tem enfrentado acaba comprometendo seu dever de entregar a tutela jurisdicional em tempo razoável, razão pela qual, se viu obrigado a estabelecer competência jurisdicional para alguns órgãos (públicos e privados), e romper com alguns dogmas sobre monopólio estatal da jurisdição.

A ausência de distinção entre jurisdição e administração perdura ainda nos dias de hoje, mas em menor escala, principalmente, depois que se constatou que o no Estado Democrático de Direito é falacioso centralizar na mão do Estado a solução de todos conflitos frente alguns direitos.

Quer dizer, a evolução da sociedade, os novos direitos oriundos do regime democrático e que foram positivados na Constituição Federal de 1988 e legislação infraconstitucional complementar, além da facilitação do acesso a justiça às camadas desprovidas de tutela jurisdicional, que provocaram procura considerável ao Poder Judiciário, fazendo com que o absolutismo do monopólio do Estado frente a jurisdição fosse relativizado, no sentido de rechaçar a imagem do Estado centralizador, onipotente.

Segundo dados estatísticos do Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no ano de 2009, 71% dos processos estavam congestionados na justiça comum e/ou especializada. De acordo com o CNJ o número de processos congestionados chegou ao patamar de 80% na Justiça Federal e 90% na Justiça Estadual.

¹¹*Sobre o assunto ver: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. Por que a prova de ofício contraria o devido processo legal? Reflexões na perspectiva do garantismo processual. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. Ativos judicial e garantismo processual. Salvador/BA: JusPodivm, 2013, p. 639/647*

A ineficiência do Poder Judiciário, conforme os dados acima, abriu espaço para que entidades privadas, consideradas de natureza pública, passassem exercer o ofício de dirimir conflitos.

Hodiernamente, o Estado detém o monopólio da jurisdição, para fins políticos de administração e igualdade perante os outros poderes da União. Entretanto, a necessidade de solução de conflitos perante os jurisdicionados frente a crise institucional pela qual o Estado vem passando, o levou a adotar novas técnicas de solução de conflitos descentralizadas forçando-o estabelecer, sob sua chancela, novas jurisdições.

Pensar em Estado é ter a idéia de poder, que é da sua essência, logo, o poder emanado pelo Estado ou por seus órgãos estabelecidos é que se faz presente no exercício de suas funções para cumprir seus objetivos jurídicos, políticos e econômicos.

O poder do Estado é uno e indivisível, mas o exercício de suas funções para obtenção de seus escopos não o é, como no caso da atividade jurisdicional, que, através de lei infraconstitucional estabeleceu à arbitragem função jurisdicional.

O poder jurisdicional da arbitragem decorre da lei editada pelo Estado, com efeito, o Estado detém sim, em termos políticos o monopólio absoluto da jurisdição, para administrar a justiça e coibir a autotutela.

Mas no âmbito jurídico, ou seja, no fazer atuar a vontade concreta da lei o regime democrático relativiza esse monopólio estatal para que sua atividade jurisdicional proporcione um resultado centrado no debate entre as partes e de sua diligência em melhor manejar a atividade estatal (jurisdição), pela clausula do due process.

A nova concepção de processo como procedimento em contraditório quer afastar a compreensão estatalista da jurisdição.

Dentro do processo jurisdicional há uma tensão constante entre a pretensão de legitimidade e o direito positivo, porque a decisão proferida pelo magistrado deve ser correta e consistente. É por meio do contraditório que as partes realizam o procedimento de argumentação e, em razão disso, ele deve harmonizar-se com as restrições impostas pelo direito.

Nessa linha de raciocínio, somente com o contraditório as partes realizam

os discursos jurídicos que propiciam a aceitabilidade racional do processo jurisdicional. Desse modo, o processo é procedimento discursivo e participativo que garante decisão participada.

Portanto, não é o juiz sozinho que aplica a lei ao caso concreto, a função jurisdicional é exercida por ele juntamente com as partes em contraditório¹².

Nesse lanço valoriza-se a arbitragem, pois, como meio de solução de conflitos, as garantias processuais fundamentais se desenvolvem pelo devido processo legal (que tem o contraditório como seu elemento basilar), consoante disposição do art. 21 da sua lei específica (Lei nº 9.307/96)

Essa autonomia de vontade que precede a formação do juízo arbitral, como por exemplo, para escolher o direito a ser aplicado na solução de conflito, não está imune ao dirigismo estatal na questão de compatibilidade com o modelo constitucional brasileiro relacionadas com as garantias do devido processo legal e os princípios intrínsecos a ele (contraditório, ampla defesa, imparcialidade, isonomia, livre convencimento motivado, etc.) sendo, portanto, legítima atividade jurisdicional do arbitro.

Diante desta perspectiva temos que o Estado brasileiro, por lei, estabeleceu jurisdição para o juízo arbitral solucionar conflitos relativos a direitos disponíveis, em termos de cognição, tal como no juízo estatal. Nesse caso, não há que se falar em delegação da jurisdição à justiça privada, nem tampouco, dizer que há um retrocesso, pois à arbitragem, além de ser o meio mais democrático para dirimir controversas frente um direito material disponível, tem sua atuação legitimada pela cláusula do devido processo legal¹³.

Assim, arbitragem é jurisdição estabelecida pelo Estado, que lhe atribui competência para solucionar conflitos relativos a direitos disponíveis, mediante sentença, com força de fazer coisa julgada material entre as partes.

¹²AMIGO, Bianca Neves. *A evolução histórica da jurisdição*. In: ZAGANELLI, Margareth Vetus (coordenadora). *Estudos de história do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 23-37

¹³Candido Rangel Dinamarco preleciona que “o modelo institucional do processo arbitral é pois representado pelo conjunto de características emergentes das garantias constitucionais, das normas gerais de processo que a ele se aplicam e, finalmente, dos preceitos aderentes às suas peculiaridades.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem; teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 25)

A jurisdição arbitral foi estabelecida pelo legislador infraconstitucional adequando-se a técnica de solução de conflito a realidade hodierna e, também para mitigar os efeitos da crise que o Poder Judiciário vem enfrentando ao longo dos anos.

Na verdade, a estreita proximidade do juiz arbitral com os litigantes fez com que a arbitragem se constituísse num modelo ideal de solução democrática de conflitos, por prestigiar a autonomia de vontade, o princípio dispositivo, colocando o arbitro não como protagonista, nem tampouco um espectador, mas um ente imparcial e não parcial, que tem liberdade de gerenciamento do processo com ampla participação das partes.

Destarte, por disposição legal, dentro do amplo conceito de jurisdição – como atividade judicial não política – o juízo arbitral está legalmente investido do poder de julgar, podendo-se dizer que a arbitragem integra o Poder Judiciário e, embora seja entidade privada, tem natureza pública, ante seu múnos de julgar.

Conclui-se então, do amplo conceito de Jurisdição, que a arbitragem é um órgão privado, de natureza pública, legalmente investida no poder de julgar, porquanto, é parte integrante do Poder Judiciário.

2.2 Ideais garantistas expressos na arbitragem

Num outro ensaio, o garantismo processual foi definido como sendo “uma visão ideológica do processo, que prestigia a imparcialidade do juiz e o sistema acusatório, em detrimento do sistema inquisitivo, tendo como fundamento a Constituição Federal, assegurando às partes, por meio do devido processo legal, ampla participação na atividade jurisdicional para defesa de seus interesses, e mitigando ao máximo os poderes dos juízes”¹⁴.

O poder jurisdicional da arbitragem decorre de lei infraconstitucional e nela se preserva, e se externa os ideais do processo democrático senão vejamos: sob consenso legal do Estado, às partes, pela convenção arbitral,

¹⁴RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. *Por que a prova de ofício contraria o devido processo legal? Reflexões na perspectiva do garantismo processual*. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. *Ativos judicial e garantismo processual*. Salvador/BA: JusPodivm, 2013, p. 639/647

renunciam à jurisdição estatal e recorrem à arbitragem, que nada mais é que a representação privada do Poder Judiciário.

Quer dizer, a arbitragem, segundo Carmona, possibilita às partes maior liberdade para dirimir conflitos relativos a direitos disponíveis mediante escolha do(s) árbitro(s) e da legislação (material e processual) que elegem como sendo a melhor para a relação jurídica havida entre elas.

Denota-se daí, que a arbitragem é uma forma de organização com base na isonomia das partes com capacidade de decidir em comum acordo e em contraditório, os rumos a serem tomados sobre a solução de eventual conflito que venha incidir sobre um direito material disponível.

Se, no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo, a democracia é vista como instituto que permite a participação efetiva dos cidadãos na tomada das decisões políticas (mesmo por meio de representatividade), no processo arbitral, o espírito democrático surge a começar pela escolha do meio para dirimir o conflito, até o provimento jurisdicional definitivo (sentença final), que é construído pela presença marcante do contraditório, no sentido de assegurar às partes o direito de influenciar na formação da convicção do árbitro.

A manifestação de poder do Estado, exercido em nome do povo, que se projeta no pronunciamento jurisdicional (e, também, no pronunciamento legislativo) tem de ser realizada sob rigorosa disciplina constitucional principiológica, qualificada como devido processo constitucional. O Estado só pode agir, se e quando chamado a exercer a função jurisdicional, dentro de uma estrutura metodológica construída normativamente (devido processo legal), de modo a garantir adequada participação dos destinatários na formação do seu ato decisório imperativo¹⁵.

Na arbitragem se desenvolve um sistema de garantias processuais democrático, tendo como ponto nevrálgico o fato das partes serem profundas conhecedoras das condições e das exigências do caso concreto e, por essa razão peculiar, podem escolher o órgão arbitral (não sendo esse órgão composto por um juiz togado, mas por outra pessoa com melhor aptidão

¹⁵DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte/MG: Del Rey Editora, 2012, p. 35/36

técnica), que melhor tenha condições de solucionar seus conflitos, sem a preocupação metajurídica de busca da verdade real.

Na verdade, o profundo conhecimento técnico que o árbitro tem sobre o caso que lhe é colocado para ser julgado, faz com que o mesmo tenha melhor visão do problema, sem criar ou modificar as regras do processo, estas, incumbida às partes.

Pode-se dizer que a convenção de arbitragem, no tocante à escolha de quem irá dirimir o conflito, incuti nas partes maior liberdade de trazer para o processo os fatos que realmente lhes interessam para a solução do conflito, sem com isso sentirem-se invadidas na sua liberdade individual, o que acontece no modelo inquisitivo ou misto adotado pelo CPC e aplicado na jurisdição estatal.

Por outro lado, na jurisdição estatal, o magistrado é um clínico geral, que na configuração do atual Código de Processo Civil, está dotado de poderes inquisitivos, que muitas vezes, faz com que ele, inconscientemente, se desvie da função precípua de julgar, para buscar uma verdade real, esquecendo-se que cada uma das partes tem um entendimento próprio sobre o que seja a sua verdade real, e somente elas serão capazes de reconstruir os fatos como eles realmente aconteceram.

Assim, se a lei infraconstitucional autoriza as partes escolherem a arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos disponíveis, por ser mais eficiente e célere, tendo natureza jurisdicional, respeitando o devido processo legal e suas garantias, é um meio legítimo para que a jurisdição possa intervir entre os indivíduos, sem ferir seus direitos fundamentais.

É o devido processo legal o fundamento do Estado Democrático de Direito, e a arbitragem a essência democrática de solução de conflitos e, portanto, o fundamento dos ideais garantistas, pois, não se discute na arbitragem se o direito que deflue das decisões judiciais é correspondente ao ideal de justiça das partes, pois elas escolheram na convenção arbitral o direito a ser aplicado ao conflito, estando a atuação do árbitro legitimada pela cláusula do *due process of law*¹⁶.

Tanto na arbitragem como no garantismo processual o campo das discussões relativo ao direito controvertido se restringe tão somente às partes, ou seja,

no plano horizontal. Assim, as partes têm maior liberdade para exporem e demonstrarem seus argumentos, assumindo os riscos inerentes a sua atuação.

Sob a égide do processo civil democrático e efetivo não há mais espaço para o sistema inquisitivo, tampouco, para perseguição de resultados substancialmente justos, quer dizer, o processo tem que se amoldar às exigências contemporâneas da sociedade e romper com a visão dogmática de que o Estado é onipotente e onipresente.

Os ideais metajurídicos são absorvidos nos direitos fundamentais assegurados e reunidos no devido processo legal, que carregam em seu bojo mecanismos de limitação do poder estatal para impor maior racionalidade em torno das decisões judiciais, por assegurar as partes mecanismos para atuarem em igualdade de condições e com ampla oportunidade de participação na construção da sentença.

3. CONCLUSÃO

O Direito é um sistema neutro atuante sobre a realidade para se tornar útil e desejável por todos.

O agir do Estado dentro do modelo constitucional e da concepção moderna dos institutos de Direito Processual Civil deve-se pautar na racionalidade em detrimento da força. Quer dizer, a tutela jurisdicional é construída e efetivada mediante as garantias fundamentais de cunho processual insculpidas na clausula due process of law, que dá legitimidade ao poder estatal para intervir perante os sujeitos conflitantes e impor a vontade concreta da lei.

Pois bem, o Estado reconhece suas mazelas na entrega da prestação jurisdicional em tempo razoável e de modo eficiente e, para suprir essa carência, buscou meios alternativos de solução de conflito, no caso específico, a arbitragem, para compartilhar a função jurisdicional.

A tutela jurisdicional é o fim perseguido pela jurisdição, mesmo que para isso seja empregada técnica de adequação procedimental e/ou processual, conforme o objetivo do direito perseguido.

A concepção para obtenção da tutela jurisdicional por meio de um processo devido sofreu algumas transformações, na medida em que a efetivação tempestiva da tutela jurisdicional passou ser necessária em função do desenvolvimento econômico da sociedade, que influenciou o próprio direito e forçou o Estado rever seus conceitos sobre centralização e monopólio da função jurisdicional, a ponto de estabelecer tais funções a entes privados de natureza pública e permitir que haja maior participação das partes.

Desta concepção verificou-se que efetividade e segurança jurídica são conceitos antagônicos, mas que podem conviver por meio da racionalidade contida na cláusula do *due process of law*, afinal, é o conjunto de garantias por meio das quais se expressa direitos fundamentais das partes.

A racionalidade garantista no juízo arbitral centra-se na idéia da coexistência das liberdades externas, ou seja, é uma consequência do Estado Democrático de Direito para inibir condutas autoritárias contidas do modelo inquisitivo presente no atual Código de Processo Civil brasileiro, utilizando, para tanto, um discurso racional que preza pela observância ao procedimento uniforme aplicado sem distinção, configurado no princípio de fazer com que cada um possa usufruir da liberdade que o processo pode lhe proporcionar até a obtenção da tutela jurisdicional.

BIBLIOGRAFIA

Amigo, Bianca Neves. A evolução histórica da jurisdição. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis (coordenadora). Estudos de história do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 23-37.

Bueno, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

Buzaid, Alfredo. Anteporjeto de Código de Processo Civi: apresentação ao Exmo. Ministro da Justiça e Negócios Interiores, pelo Professor Alfredo Buzaid. Rio de Janeiro, 1964.

Couture, Eduardo J. Fundamentos Del Derecho Procesal Civil. Montevideo-Buenos Aires. Editorial B de F. 2004.

Dias, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte/MG: Del Rey Editora, 2012.

Dinamarco, Cândido Rangel. *A arbitragem; teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

Guasp, Jaime. *Derecho Procesal Civil. Tomo Primeiro: introducción y parte general*. Thomson y Civitas, 7ª edición revisada y puesta al día por Pedro Aragoneses.

Nery Jr, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

Ribeiro, Sérgio Luiz de Almeida. *Por que a prova de ofício contraria o devido processo legal? Reflexões na perspectiva do garantismo processual*. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. *Ativos judicial e garantismo processual*. Salvador/BA: JusPodivm, 2013, p. 639/647.

Santos, Leide Maria Gonçalves. *O devido processo legal e suas repercussões no âmbito do processo administrativo*. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis (Coordenadora). *Estudos de história do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

A large, stylized graphic of a leaf or plant branch, rendered in shades of gray, occupies the right side of the page. It features several pointed, overlapping leaf-like shapes that curve upwards and outwards from the bottom right towards the top left.

Capítulo 4

EL PREJUCIO EN EL ÁMBITO JUDICIAL:
SU INCIDENCIA AL MOMENTO DEL FALLO
Y SU RELACIÓN CON LA IMPARCIALIDAD

El prejuicio en el ámbito judicial: su incidencia al momento del fallo y su relación con la imparcialidad

José Alejandro Duque Villa *

INTRODUCCIÓN

En una de aquellas clases impartidas por un gran maestro del Derecho, este contaba sobre las palabras que le refirió un juez supremo de la República de Chile. Hurgando en la memoria las expresiones fueron las siguientes: “a los jueces nos preparan para todo, para ser independientes, para ser imparciales, ¿pero quién nos prepara para el prejuicio?”

Es evidente que esta palabra, tanto en la cotidianidad como específicamente en el derecho, tiene una carga negativa, resultando casi vedada del léxico forense, salvo cuando alguno cree haberlo descubierto en el otro y sin demora se prepara y activa el altavoz para vociferar el yerro ajeno.

Imaginemos aquello como fundamento de lo resuelto por el juez. ¿Qué se vería afectado?, ¿qué principios se vulnerarían?, ¿cómo se puede evitar?, ¿se puede evitar?

Las relaciones sociales, ese entramado de vínculos entre los seres humanos, que de poder consignarse en un lenguaje de líneas nos permitiría observar un sinnúmero de figuras que relacionan a diversos sujetos, en

*Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Valparaíso. Ha cursado Post-Títulos en la Universidad de Valparaíso (Nuevo Proceso Penal), en la Universidad Alberto Hurtado (Proceso Penal y Litigación Oral) y en la Universidad Andrés Bello (Proceso Civil y Litigación Oral). Actualmente es egresado de la Maestría de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina y del Doctorado de la misma casa de estudios. Ha participado en una serie de talleres, seminarios y cursos en materias relativas a familia, proceso civil, proceso penal y litigación oral. Actualmente es abogado de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región de Valparaíso, Unidad de Familia de la Oficina de la ciudad de Quillota y miembro del Comité de Apoyo Jurisprudencial de dicha institución, además de relator de diversas clínicas jurídicas de la institución.

diversas ocasiones y por los más diversos motivos, siempre son objeto de la interpretación humana.

Esa lectura que damos de nuestros propios actos, y en especial, la de los demás, implica una búsqueda de explicaciones al actuar (estos son los denominados procesos de atribución intrapersonal o interpersonal respectivamente). En estos procesos, y a pesar de las múltiples, variadas e interrelacionadas razones o explicaciones de los acontecimientos, el ser humano tiende a percibir el mundo social como predecible, y por ende, controlable.

La atribución en general ha sido definida como “el proceso interno de naturaleza cognitiva a través del cual las personas establecen el origen de un hecho, un fenómeno o un comportamiento” (Alcocer de la Hera, 2004, pág.77). Se responden así diversos interrogantes:

- por qué hacemos o se hacen determinadas cosas;
- por qué ocurren, a nosotros o a los demás, determinados acontecimientos;
- por qué para nosotros o para los demás, ciertas decisiones producen determinadas consecuencias.

El control nos mueve. Como seres razonables que somos buscamos predecir los hechos para poder encausarnos y encausarlos y esto a pesar de la multiplicidad de variables originadas por las acciones individuales y colectivas.

De todo esto surge un gran problema: como conocer directamente lo que pasa en el fuero interno del que atribuye y cuando atribuye. Al no poder hacerlo, se hace indispensable inferir desde lo comunicado por el sujeto, sea esto verbal o conductual.

No es nuestro trabajo ingresar a explicar los diversos mecanismos que regulan la percepción social, pero sí, de uno de los principales embarazos o dificultades que influyen en la percepción, el prejuicio, y cómo este puede afectar de manera especial la resolución jurisdiccional y qué remedios se pueden generar para evitar sus perniciosas consecuencias.

1. LA PERCEPCIÓN

El proceso de interacción diario del ser humano implica la construcción de impresiones, de percepciones respecto de otros, de sus conductas y sus comportamientos y, también, de conocimiento que sirve de sustrato para predecir conductas futuras. Siguiendo el enfoque de Jerome Bruner, la percepción, en general comprende dos procesos:

- El primero, de selección. El material que percibimos es innumerable, extremadamente complejo y de difícil interpretación, por lo que lo simplificamos, almacenamos y categorizamos¹, para tenerlo disponible de la manera más rápida y sencilla posible en caso de necesitarlo.
- El segundo, de inferencia. A pesar de ser abundante la información que se percibe, necesitamos siempre ir más allá dada la complejidad social, para que, a través de diversos procesos inferenciales logremos predecir, y de esa manera, minimizar el riesgo o peligro, reduciendo la incertidumbre.

1.1 Contexto

Avancemos un poco más. La información que se percibe depende de un contexto, y así se pueden distinguir tres situaciones en las que este influye decisivamente para que dicha percepción pueda verse distorsionada por ciertos elementos:

- Uno de los elementos conocidos, influye o tinte todo lo demás que se percibe. Este sesgo cognitivo es el que Edgard L. Thorndike llamó “efecto halo”. Así, se realiza una generalización a partir de una particular y determinada característica o cualidad de un individuo, sea persona o cosa².

¹*Dentro de las categorizaciones que señalamos en el primer punto, se han visualizado o descrito por la psicología las apariencias, las conductas, las emociones, los roles desempeñados, características o rasgos de personalidad, etcétera.*

²*En la literatura psicológica se describe una serie de ejemplos, como la generalización positiva que se hace de un individuo bello o atractivo, o la negativa en el caso contrario. Baste recordar la cara de los jurados del programa de talentos británico, cuando Susan Boyle se presentó ante ellos por primera vez.*

- El efecto dilución o diluido. Uno de los elementos entrega información no pertinente o relevante, la que resta al efecto de aquella que aporta lo que sí es relevante. Por ejemplo, un político caído en descrédito por actuaciones corruptas, se encarga de entregar información de su infancia y cotidianeidad, o de aquel imputado respecto del que el acusador se encarga de entregar informaciones pretéritas y no relativas al hecho encausado;
- La forma o modo como se entrega la información es decisiva. Se seleccionan en definitiva aquellos aspectos que son potenciados o favorecidos por el contexto en que se entregan.

Estas formas, ya sea por el conocimiento experto de algunos juristas o por la simple intuición de otros, son utilizadas comúnmente al momento de preparar la estrategia probatoria. La etapa de prueba del proceso no se basta con aportar aleatoriamente, o siguiendo un patrón normado, cada medio de prueba. La forma, el lugar que ocupa, la interrelación, son variables que el jurista debe manejar, digámoslo, para entregar de mejor manera su teoría del caso, influyendo decisivamente en la voluntad del juzgador. Es evidente que la parte buscará que esa influencia le permita obtener en la decisión del juicio, y ante ello, el sentenciador deberá extraer del material confirmatorio aportado, los elementos objetivos que le permitan una decisión lógica, racional, de sentido común.

1.2 Temporalidad

Además del contexto, también tenemos que el momento o temporalidad en que la información es desplegada resulta relevante en las percepciones:

- Prima por sobre el fondo la primera información que se recibe, la que antecede y tiñe todo lo demás.
- También, y de manera contraria, la última información que se recibe o la que concluye, quizás, hasta por una cuestión temporal y de memoria, es la que más recordamos e influencia las percepciones.

1.3 Expectativas

En tercer lugar, las teorías de la atribución también señalan que un elemento informativo puede destacar en función de su contexto inmediato o de las expectativas. Respecto al contexto inmediato, el elemento sobresale si lo

destacado es único, especial, exclusivo, así como la intervención en un proceso del máximo exponente de una disciplina que es citado a elaborar informes respecto de su ciencia o técnica. En cuanto a las expectativas, la información que prominentemente aparece, lo hace porque se presenta de manera inusual a lo que normalmente acontece o a como actúa un grupo específico o determinado, o a como lo hace la generalidad. En este último caso podríamos advertir la declaración de una madre en contra de su hijo. Las expectativas están dadas por una declaración benévola o abiertamente favorable, mas una declaración culpatoria excede lo esperable en este caso, y ese solo hecho resalta por sobre el fondo de lo declarado.

Es hora de empezar a pensar en nuestro juez, enfrentado a lo que todos nos enfrentamos, pero en una situación particular, la de serle exigible socialmente que abandone esas estructuras y categorías.

Nos hemos referido a esos elementos contextuales. La percepción del juez puede verse influida por uno o más de aquellos que tiñen toda la prueba adicional. Si se conjugan en la mente del sentenciador ciertas ideas previas, anteriores al proceso, con elementos que derivan de él y que son congruentes con aquellas, se configuraría en el proceso un escenario complejo.

En otras circunstancias se le presentan al juez elementos relevantes junto a otros que no lo son, o que no están dirigidos al núcleo del asunto controvertido. Este es el caso de los testigos de contexto. Difícil tarea jurisdiccional evitar dejarse influir por estos factores, sobre todo cuando la línea entre la condena o absolución es muy delgada.

Al juez le pedimos que falle, que resuelva sobre la base solo de los elementos objetivos y que sus niveles de percepción hayan eliminado esas interferencias contextuales a las que ya nos hemos referido. En definitiva, se le señala que los prejuicios le son vedados, que es una forma de perder la imparcialidad esencial en el proceso. Pero estos contextos influyen. Nuestro juez vive a diario en esta situación. Por una parte, su vida, sus circunstancias, están influidas por una serie de conceptos o categorías que podremos definir como prejuiciosas, es decir, que no obedecen a la conclusión obtenida luego de un procedimiento racional y digno de crédito general, pero que sí son un mecanismo adecuado de ayuda en la simplificación de la realidad social.

2. EL PREJUICIO

El psicólogo de la Universidad de Harvard, Gordon Allport, definió el prejuicio, en su trabajo clásico *The Nature of Prejudice*, como “una actitud suspicaz u hostil hacia una persona que pertenece a un grupo, por el simple hecho de pertenecer a dicho grupo, y a la que, a partir de esta pertenencia, se le presumen las mismas cualidades negativas que se adscriben a todo el grupo” (1979, pág. 7).

Por su parte, a través del concepto de Ashmore se pueden observar cuatro elementos que configurarían el prejuicio: “a) el prejuicio es un fenómeno intergrupar; b) tiene una clara connotación negativa; c) padece de generalizaciones excesivas; y d) se exterioriza”.

La Real Academia Española define la palabra «prejuicio» como “1. m. Acción y efecto de prejuzgar. 2. m. Opinión previa y tenaz, por lo general desfavorable, acerca de algo que se conoce mal”; y «prejuzgar» como “Juzgar de las cosas antes del tiempo oportuno o sin tener de ellas cabal conocimiento”.

Estas definiciones nos presentan la idea que los prejuicios en general son negativos, y que su defecto puede derivar de la precipitación (antes del tiempo oportuno) o del conocimiento insuficiente (sin cabal conocimiento).

Para Light, Keller & Calhoun “el prejuicio es una predisposición categórica para aceptar o rechazar a las personas por sus características sociales reales o imaginarias” (1991, pág. 356). Este concepto, al igual que muchos otros aborda el tema desde las relaciones sociales.

Desde la perspectiva penal, según Héctor Hernández Basualto, es “un sesgo o predisposición grave contra el acusado que puede debilitar de un modo significativo la racionalidad de la decisión, favoreciendo una condena injustificada” (2010, pág.21).

2.1 Características comunes de los diversos conceptos de prejuicio

- **El prejuicio como actitud:** los diversos estímulos sociales generan reacciones, constituyendo el prejuicio una forma de actuar frente a aquellos. El ser humano tiene una postura previa sobre las situaciones

que le acaecen, aún cuando no las conozca en su profundidad. Puede entonces recurrir a aquellos y actuar en su conformidad, logrando con ellos una economía de tiempo en las reacciones.

- **Es una actitud aprendida:** el ser humano tiene vivencias que lo marcan, especialmente en su más tierna infancia. Aparecemos aprendiendo de los hechos del mundo lo que otros ya conocen de ellos, para posteriormente, y en un devenir interminable, vamos conociéndolos uno a uno. Esto se contrapone a anteriores teorías biologistas que explicaban el prejuicio como una condición innata:

Si se trata de una idea formada antes de un juicio, será, necesariamente, una idea asumida. Asumida, en este contexto, significa adquirida de otras personas, que no ha sido construida a partir de una experiencia personal, seleccionando (o juzgando) lo que a uno le ha resultado más relevante. Cabría preguntarse entonces cuándo y por qué asumimos este tipo de ideas (Del Olmo, p. 2009, págs.14-15).

Sin lugar a dudas, y más allá de la correcta valoración que hagamos de los prejuicios en definitiva, estos tiñen nuestras percepciones sobre los otros “influyendo en los juicios que nos formamos acerca de ellos y en las atribuciones que realizamos a propósito de sus comportamientos o de sus acciones” (Alcocer de la Hera, 2004, pág. 85).

- **Historia del concepto:** durante un tiempo, las ciencias sociales entendieron el prejuicio a través del etnocentrismo, explicando la tendencia a considerar por sobre los otros, al grupo de pertenencia.

En los años 30 y 40 del siglo XX, surge una posición distinta pero vinculada a la postura anterior. Señala que el prejuicio era una patología vinculada a la personalidad, y en específico, a la personalidad autoritaria. También se ha erigido la denominada teoría de la frustración, la que considera el componente personal. El prejuicio sería el resultado de frustraciones del grupo, volcando sus temores hacia otros.

Los conflictos de intereses también han sido considerados por algunos como fuente de los prejuicios. Estos permitirían una preferencia en el acceso a oportunidades, primando el grupo propio antes que los otros.

Más modernamente se ha recurrido a los orígenes del prejuicio, a la necesidad de diferenciarse del otro. Ya con la conciencia de que existen personas distintas a uno y grupos distintos al propio, se inicia el proceso de diferenciación.

También se ha señalado que la raíz del prejuicio está en la categorización. El ser humano ordena su medio de manera básica, diferenciando los elementos por sus características esenciales, por similitudes y diferencias. Agrupamos las ideas u objetos por ciertos rasgos similares, y dejamos de lado las otras, que no identificamos dentro de esas categorías.

- **Aspectos positivos y negativos de los prejuicios:** las conceptualizaciones y delimitaciones que se hace del prejuicio nos alejan de lo más básico, una idea que se forma antes del juicio. Aquello, como veremos, tiene una faz positiva y una negativa, dependiendo de la intensidad que demos a esas percepciones y a la forma como utilicemos la herramienta.

La existencia de estos postulados que, fuera del proceso racional o de análisis, se transforman en verdades de nuestra existencia, no pueden ser catalogados, pura y simplemente, intempestivamente, como negativos siempre y absolutamente.

- **Ventajas de los prejuicios**
 - **Afianzamientos de lazos.** La natural existencia de sentimientos de apego, familiares o institucionales, son causa de la identidad de grupo y fuente de muchos prejuicios. Aquello no puede catalogarse de negativo, ayuda a afianzar lazos, a sostener estructuras y a aliviar trabajos. Esta tarea pasa muchas veces por el desprestigio del otro, su subvaloración o simplemente pasa por ignorarlo, pero aquello es solo un mecanismo para estrechar y fortalecer la unión del grupo.

- **El prejuicio resulta muy útil:** los prejuicios son muy operativos. Muchos de los que nos acompañan, lo hacen desde la infancia o juventud, ni siquiera sabemos cómo hemos adquirido alguno de ellos, pero por la enorme utilidad que nos otorgan los mantenemos. El recurso al prejuicio resulta muy útil en la simplificación de problemas y en la celeridad de la búsqueda de soluciones.
- **Simplificación:** los prejuicios representan una forma de economía en los procesos cognitivos. Se simplifica la realidad en un número determinado de categorías, lo que facilita su comprensión. El sinfín de posibilidades de hechos, situaciones y circunstancias de la vida social exigiría del ser humano una labor de análisis interminable para cada uno de ellos considerado aislada y específicamente.
- **Desventajas de los prejuicios:** para algunos autores (Light, Keller & Calhoun, por ejemplo), el prejuicio puede tener una connotación negativa (de rechazo) o positiva (de aceptación). Sin embargo, para la mayor parte de los autores revisados, el prejuicio en sí mismo tiene una connotación negativa. Estas actitudes hacia un grupo implican sentimientos o creencias de desvalorización hacia el mismo, expresando un desacuerdo evidente, e incluso desprecio, hacia condiciones o características del otro.
- **El prejuicio empobrece la realidad:** es cierto que hemos señalado que la simplificación que produce el prejuicio resulta de enorme ayuda en la generalidad de las situaciones, pero, junto a ello, empobrece la realidad, la trata sin matices, sin diversidad, sin diferencias y se comienza a definir aquella por promedios³, por estereotipos, que pueden no obedecer a ninguna de las especies del objeto de estudio.
- **El prejuicio resiste su cambio:** también hemos dicho que los prejuicios son muy operativos, son fáciles de adquirir, simples,

³Recuerdo la frase del Antipoeta Nicanor Parra, que con su genialidad nos presenta patente esta posibilidad de promedios que no representan ninguna realidad individual: "Hay dos panes. Usted se come dos. Yo ninguno. Consumo promedio: un pan por persona".

útiles y cómodos. Estas características los hacen resistentes al cambio. Resultan de tanta utilidad que eliminarlos o superarlos implica un ejercicio, no solo intelectual, al cual no siempre estamos dispuestos. De esta manera nuestros pensamientos se anquilosan, nuestras ideas se fijan y el trabajo de síntesis se anula, permitiendo que sean aquellos prejuicios, dominantes en la mente somnolienta, los que suplanten el verdadero raciocinio esperable, ya sea de un individuo promedio en la cotidianidad o en la labor específica de aquellos hombres de derecho que deben hacer del trabajo inferencial su herramienta necesaria.

- **El prejuicio como un instrumento de justificación de errores o convicciones propia:** el prejuicio puede resultar una herramienta muy útil para que, a través de la degradación del otro, se justifiquen yerros o convicciones propias. “El prejuicio, pues, constituye un mecanismo de cobertura de los intereses de quien prejuzga, que consiste en proyectar sobre el otro rasgos inmodificables inhumanos. Una vez deshumanizado el otro, la aparente injusticia o crueldad propia se transmuta en justicia imperiosa. La legitimación de los privilegios es lo que, en realidad, alimenta la obstinación del prejuicio; o quien dice legitimación de privilegios puede decir también aspiración a ellos: que de ambas cosas se nutre el prejuicio humano” (Pinillos, 1982, pág.6).

El prejuicio no se nos debe presentar con una esencia negativa. Observarlo como un punto de partida, una herramienta de inicio, a través de la que podemos obtener conocimiento de la experiencia ajena, e incluso la propia, para así simplificar la existencia, almacenando ciertas ideas que nos permiten recurrir a ellas en los momentos oportunos y adecuados, obteniendo respuestas más rápidas a los desafíos que se nos presentan. Así, el prejuicio nada tiene de nefasto.

El juez, un ser humano como cualquiera, sin atributos morales específicos que lo hagan diferente al resto de sus congéneres, es también un depositario de prejuicios. Desde su infancia, como cualquier individuo, se nutre de su experiencia y de las ajenas, familiares y del medio, para así, simplificar una vida, que de lo

contrario exigiría analizar cada experiencia de la vida como única e irrepetible.

Además, dada su particular función, puede verse compelido a recibir un sinnúmero de información, de la que denominaremos como generadora de prejuicios, que no refiere específicamente a la esencia del debate, al tema del juicio, al objeto de las pretensiones y resistencias, sino a elementos siquiera accesorios pero que buscan configurar una predisposición de ánimo en el sentenciador.

3. LOS PREJUICIOS EN RELACION CON LA ADMISIÓN DE LOS MEDIOS CONFIRMATORIOS

¿Qué necesita un juzgador para dar una respuesta satisfactoria a los justiciables?, ¿con más antecedentes nos aseguramos que se minimice el riesgo de que la decisión se funde en prejuicios más que en los hechos afirmados y confirmados?, ¿nos aseguramos obtener una mejor decisión, aumentando el caudal informativo, restringiéndolo o depurándolo?, ¿esa mayor cantidad de antecedentes se puede obtener a riesgo de introducir información generadora de prejuicios?

Para que el juez llegue al convencimiento debe valerse, aprovisionarse, de datos, de hechos, principales y secundarios, utilizando medios directos e indirectos.

En este trabajo jurisdiccional los prejuicios aparecen como una herramienta, pero también como un defecto. Esos prejuicios pueden venir desde la propia experiencia del juzgador o ser introducidos a través de medios generadores de aquellos. Utilizarlos como punto de partida puede ayudar en el trabajo de recomposición de los hechos, pero, si por deficiencia en el trabajo o ignorancia, aquellos se erigen como conclusiones, todo el trabajo de fundamentación puede desvirtuarse.

Relevante resulta determinar de qué manera ayudamos a ese juez a contar con el material confirmatorio suficiente para arribar al resultado. ¿Debemos disponernos a cegar el derecho procesal, en los términos benthamianos y otorgar sendas puertas abiertas para introducir en el proceso toda la información, todos los datos, todos los documentos disponibles para llegar a

la verdad de los hechos, aunque alguno de ellos apunten más a la generación de prejuicios?⁴

3.1 ¿Cuál es la finalidad de la prueba en el proceso judicial?

En este aspecto surge la monumental figura de Jeremías Bentham, quien en su Tratado de las Pruebas Judiciales nos muestra aquello que Ferrer y otros han denominado como la teoría prescriptiva del derecho de la prueba, y que, como bien lo resume el jurista español, reconoce como fin de la prueba la averiguación de la verdad de lo ocurrido.

Bentham, metodológicamente hablando, busca alcanzar ese fin recurriendo a un sistema natural de conocimiento, lo que sería propio de la epistemología general. Aquí el autor inglés nos expresa su disgusto por el derecho probatorio, reclamando que en esta rama los siglos precedentes aventajaban al actual⁵, por la sencillez, basado en lo que él denominaba la sabiduría de la ignorancia. Nos muestra su profunda cercanía con una justicia simple:

El modelo de un buen procedimiento está más cerca de nosotros, al alcance de todo el mundo y es inalterable. Un buen padre de familia en medio de los suyos, y arreglando sus desavenencias, es la imagen de un buen juez. El tribunal doméstico es el verdadero tipo del tribunal político. Las familias han existido antes de los estados, y existen dentro de los estados mismos. Tienen un gobierno, leyes que hacer cumplir y disputas que decidir. Tienen un método para llegar al conocimiento de los hechos, y este método no se encuentra en los libros,

⁴Estos hechos, así entendidos, y que configuran el caudal informativo que, en la medida que determinemos, más amplia o restringida, le sirve al juez para resolver, lo obligan a cumplir una tarea, no solo perceptiva, sino reflexiva. Rivera Morales ha resumido aquello, diciendo "En general, en el mundo de la ciencia, por el solo hecho del carácter indirecto de las determinaciones de la realidad científica debe aceptarse que existe un nuevo reino epistemológico. Estamos en presencia de una nueva epistemología, que se llama la epistemología discursiva racional. Se trata nada menos que de la primacía de la reflexión sobre la percepción." Rivera Morales, Rodrigo. *Epistemología y prueba judicial*. <http://www.iprocesalcolombovenezolano.org/doctrina/Epistemologia.doc.>, pág. 3.

⁵"Sin embargo, hay un ramo de la legislación en que me parece que nos han aventajado los siglos primitivos; y este ramo es el de los procedimientos. Sin que sea necesario llegar al orden de enjuiciar entre los antiguos griegos y romanos, en Inglaterra misma, donde hoy es tan complicado, comenzó sin embargo siendo sencillo". (Bentham, 1835, pág. 14)

pues el legislador primitivo, y el sentido común le enseñó al padre primitivo, y lo enseña todavía a todos sus sucesores. No obstante, la manifestación de este sistema de procedimiento, siempre seguido y siempre desconocido, es en legislación un verdadero descubrimiento. (1835, págs. 19-20).

De las palabras de Bentham se advierte el elogio del jurista a ese sistema histórico de procedimiento, a aquel que encuentra su mejor y tradicional expresión en el tribunal doméstico dirigido por el *pater familia*. En particular, su expresión “sentido común” nos muestra cómo aquellas percepciones históricas, esa experiencia, son para él la base del conocimiento.

Bentham desestructura este procedimiento y nos muestra sus rasgos más relevantes: Citación de las partes por el *pater*, respecto del cual, sus conocimientos privados, su experiencia, su sentido común se ven como un recurso aceptable, admite todos los testimonios y pruebas, sin preocuparse si pueden o no generar prejuicios, exige respuesta inmediata a sus preguntas, deja que las partes realicen su relato, el silencio implica confesión, procura una decisión pronta.

Bentham hace un llamado a sustituir aquello que se ha llamado principio de exclusión por uno nuevo, congruente con su teoría general, el principio de la suspicacia ante las pruebas disponibles. En definitiva, entendemos que el jurista puede extraer siempre de los datos algo provechoso⁶. Desde este prisma, lo relevante está dado por la inclusión. No por un riesgo dejaremos de incorporar antecedentes al proceso y así, alejarnos de la posibilidad de descubrir, en términos de estos autores, la verdad. Siempre esta ha resguardo, según aquellos, todo el sistema a través de la necesidad que el juez deba fundamentar sus decisiones. Así, no debe anticiparse el estándar, expresan, sino que debe dejarse todo aquello relativo a prueba poco confiable por ser generadora de prejuicios, por ser incompleta, por presentar defectos, por no ser evidente directamente su relevancia, por riesgo de sobre valoración, para el momento del control de la motivación o de fundamentación de la sentencia.

⁶*Pero Bentham va más allá, tal como lo describe Ferrer, el derecho también debe prescindir de inmiscuirse en la regulación de la valoración de la prueba. La ley no debe prescribir aquí, solo orientar, dejando en manos del juez todas aquellas facultades que le fueren necesarias para tomar la decisión del caso.*

Intuitivamente ya se levantarán suspicacias ante el empleo de pruebas que portan un claro sesgo o riesgo de prejuicio. No resulta baladí que esos medios de confirmación procesal puedan ser un antecedente relevante para la obtención de sentencias condenatorias injustificadas.

El legislador ya ha tomado resguardos. Ha generado una serie de normas que precaven que no cualquier medio confirmatorio ofrecido sea admitido y se produzca. Por un lado a través de criterios lógicos, excluyendo lo inútil, y por otro, institucionales o jurídicos, que son los que dan cuenta de las reglas de admisibilidad de los medios probatorios. Así, prueba relevante, conducente, pertinente, útil, debe desecharse, a riesgo de alejarnos del fin, ya que en su obtención, incorporación o valoración se vulneran derechos o garantías que le resultan más caras que la menor cantidad de antecedentes al momento de fallar.

3.2 Exclusión de prueba generadora de prejuicios por irrelevancia

La pregunta a responder ahora es si se puede excluir esa prueba generadora de prejuicios por irrelevante. Investiguemos la posibilidad de justificar una regla de exclusión de prueba que genere prejuicios en razón de su irrelevancia o impertinencia.

Estimamos que la pertinencia puede ser vista desde dos puntos, a saber: el primero, entendida como adecuación entre la información que entrega el medio y los hechos sobre que versa el tema de la prueba y, el segundo, como el vínculo entre los hechos que se intentan confirmar con el medio y el tema del juicio⁷.

Hernández Basualto refiere específicamente a una de las fuentes de prejuicios más importante a tener en cuenta, los denominados testigos de contexto. Una conducta pretérita del imputado nada dirá directamente sobre la conducta típica que se le atribuye, mas, secundariamente permite extraer

⁷*Consideramos que una correcta y clara definición de objeto del juicio es todo aquello susceptible de confirmarse y tema del juicio lo constituye las diversas afirmaciones o proposiciones sobre hechos, las que al no ser admitidas deben ser probadas al juez. Respecto al tema del juicio, las partes hacen afirmaciones de hechos ocurridos en el plano de la realidad social, y son aquellas, más las resistencias del demandado y los hechos de demostración necesaria, de lo que versará el juicio.*

ciertas conclusiones respecto a aquellas⁸. La posibilidad técnica de cometer ciertos actos o estar impedido de aquellos, la demostración de que se está en condiciones de ejecutar el acto porque ya se ejecutó en el pasado, son antecedentes que se pueden introducir en el proceso a través de este tipo especial de testigos, aportando datos, los cuales deben indagarse en su relevancia o pertinencia, pero también en su capacidad para generar prejuicios en el juzgador.

Ante aquella prueba que puede ser generadora de prejuicios, surgen algunas dudas: la oportunidad en la que el juez puede excluirla, si rechazarla no generaría un perjuicio mayor a las partes al no contar con medios indiciarios o qué principios pudiesen ser vulnerados al rechazar *in limine* toda prueba que pueda encontrarse en aquella hipótesis.

Primero, respecto al momento adecuado para excluir estas pruebas generadoras de prejuicios por irrelevancia, podemos señalar que sostenemos que la oportunidad procesal para excluir la prueba por irrelevancia está dada por el análisis que el juez hace luego de que la prueba ha sido rendida y antes de fallar⁹. El juez debe realizar un examen de pertinencia o relevancia de la prueba antes de resolver el litigio, es parte de sus atribuciones jurisdiccionales, pero estas no deben conculcar garantías constitucionales de los justiciables.

Si el juez llega a la conclusión que el medio no es pertinente, y, todavía más, resulta generador de prejuicios, en su fallo debe señalarlo, pero la prueba ha debido rendirse igual. Con esto tendremos a un juzgador que se hace cargo de toda la prueba y que señala cuál puede generarle prejuicios, la que excluirla, develando las razones que le llevaron a resolver la litis en uno u otro sentido.

⁸Por su repercusión social recordamos un caso emblemático del inicio de la reforma procesal penal chilena, la acusación al Senador de la República Jorge Lavandero, quien debió soportar no solo el revuelo mediático de su caso sino la inclusión en su proceso de testigos de contexto, los que en palabras de la fiscalía, buscaban demostrar “el patrón de conducta abusivo” del imputado.

⁹Al respecto véase nuestro trabajo *Libertad Probatoria y Declaración de Impertinencia, en Derecho Procesal Garantista y Constitucional del Centro de Estudios Socio Jurídicos Latinoamericanos*, ediciones Nueva Jurídica, Bogotá 2013, página 305 y siguientes.

La pretensión de que la declaración de irrelevancia o impertinencia de la prueba, y por ende, su exclusión, se realice en la audiencia preliminar, vulneraría un principio y garantía fundamental en el proceso, contar con un juez imparcial, ya que lo obligaríamos a valorar la prueba y entrar en su estudio profundo mucho antes del momento procesal en el que se exige hacerlo, y en aquella oportunidad que le está vedada a riesgo de ser recusado.

Segundo, de sostenerse que la prueba generadora de prejuicios pueda excluirse por irrelevancia, podríamos estar poniendo una lápida a la prueba indiciaria^{10 11}.

El maestro de Pavía, Michelle Taruffo, ha destacado la importancia de esta prueba con una completa revisión de los conceptos de prueba directa e indirecta. Sitúa la diferencia no en razones ontológicas de la prueba sino en un aspecto relacional, un vínculo entre la prueba y el hecho que debe ser probado:

En este supuesto se dispone de una prueba que demuestra la existencia de un hecho diverso de aquel que es afirmado en la hipótesis; sin embargo, a partir de la proposición que describe ese otro hecho, que los juristas denominan secundario, es posible extraer inferencias que afectan a la fundamentación de la hipótesis en cuestión. (2009, pág. 265-266)

De aceptar la irrelevancia de la prueba generadora de prejuicios estaríamos sepultando a los indicios como herramienta inferencial, y con ello, segundo parte importante del arsenal disponible para que el juez resuelva el litigio. Hernández Basualto confirma aquello cuando expresa que:

¹⁰Alvarado Velloso ha definido indicio como: “Un hecho conocido (el indiciario o indicador) a partir del cual se razona, por inducción, por deducción o por abducción crítica, la existencia de un hecho desconocido (el indicado)”.

¹¹Así como en la antigüedad la prueba podía obtenerse por medios mágicos o místicos, como lo fue con las ordalías o juicios de Dios, o por la propia confesión, provocada claro está por los efectos de la tortura, hoy, y gracias al avance de las sociedades y la cultura jurídica, la prueba indiciaria se nos presenta como la verdadera prueba, ya que implica el análisis de elementos de la vida y la realización de inferencias que nos permiten obtener un resultado. El devenir de la modernidad nos ejemplifica día a día la dificultad en la obtención de pruebas directas y en la necesidad de recurrir a la indiciaria.

Porque no sólo de informaciones referidas directamente a un hecho se pueden obtener inferencias válidas sobre el mismo, como manifiestamente se reconoce cuando se acepta sin discusión la existencia y relevancia de la prueba indirecta o indiciaria. (2010, pág. 23)

Concordamos con que resulta manifiestamente perjudicial eliminar, sin más, toda prueba que tenga un sesgo generador de prejuicios, como impertinente o irrelevante, ya que de esta manera segaríamos la posibilidad del trabajo inductivo del sentenciador.

3.3 Exclusión de prueba generadora de prejuicios por violar garantías constitucionales

Haber advertido que la prueba generadora de prejuicios no puede ser excluida por considerarla intrínsecamente impertinente no significa que aquella deba ser tolerada, sino que, el ejercicio respectivo debe hacerse en un estadio distinto a la pertinencia.

Como ya hemos señalado, es posible que prueba una útil sea excluida en razón de garantías que resultan más relevantes al legislador que la obtención de la verdad de los hechos. Nos referimos aquí al estudio de la admisibilidad de los medios confirmatorios. En este punto se hace imprescindible conocer las palabras de Michelle Taruffo, quien al analizar la regulación jurídica de la prueba expresa que “como ya se ha mencionado, el primer momento en que entra en juego la regulación jurídica de la prueba es aquel en el que se trata de decidir qué elementos de prueba pueden ser empleados en el proceso” (2009, pág. 364).

La solución a este tema se encuentra en la aplicación combinada de dos criterios, uno lógico y el otro jurídico. El primero de ellos es el de la relevancia de los medios confirmatorios y el segundo, el de admisibilidad de aquellos (Taruffo, 2009, pág. 364).

El segundo de los criterios, el de admisibilidad, se relaciona con aspectos o razones que se han llamado institucionales (jurídicas) sobre la legitimidad o sobre la conveniencia de contar con un material confirmatorio relevante, como ocurre, por ejemplo, con la inadmisión de prueba ofrecida extemporáneamente, con la exclusión de prueba obtenida con infracción de garantías constitucionales, etcétera.

Pero, ¿es posible considerar inadmisibles pruebas generadoras de prejuicios por infracción de garantías? Recordemos que la prueba o el medio confirmatorio puede excluirse en razón de garantías vulneradas, por dos razones: i) porque la prueba ha sido obtenida con violación de dichas garantías, ii) porque la prueba, al ser incorporada al proceso, produciría dicha inobservancia constitucional.

Sostenemos que también debería serlo por una tercera razón, los efectos indebidos que al momento de la valoración de la prueba pueda existir en razón del prejuicio. Al respecto digamos: ¿cuál es la razón para que se sostenga tan denodadamente por algunos juristas la necesidad de contar con esta prueba generadora de prejuicios? Parece difícil contestar con simpleza e ingenuidad la interrogante anterior. Si se nos señala que esa prueba no es decisiva, que no es aquella que fundamenta la solución en uno u otro sentido, ¿para qué incorporarla entonces, obviando el evidente riesgo que se transforme en la prueba definitiva o aquel hunch tan estudiado en medios anglosajones? “Un mero antecedente ‘a mayor abundamiento’ no justifica tanto esfuerzo de argumentación. Todo indica que si se hace ese esfuerzo no es por amor de pureza epistemológica, sino sólo porque se sabe que en los casos difíciles en que predomina el gris puede tratarse de la prueba decisiva que rompa el equilibrio” (Hernández Basualto, 2010, pág. 31).

3.4 ¿Cual garantía viola la incorporación de prueba generadora de prejuicios?

Como hemos señalado, el tema de exclusión de prueba en comento no es un problema de utilidad, relevancia o pertinencia, sino de advertir si el uso de esa prueba o de la información que dicho medio aporta para confirmar las hipótesis postuladas por la parte, tiene o presenta riesgos de prejuicios aceptables para el sistema judicial o, por el contrario, esos riesgos se presentan como intolerables debido a las garantías que se vulneran con su valoración.

3.4.1 Garantía del juzgamiento por juez imparcial. Recordemos que en los procesos inquisitivos en los que existe un juez que puede iniciar un proceso, que investiga, que acusa y que resuelve, existe una violación grave, grosera e insoportable a la garantía de un debido proceso, ya que se afecta un principio procesal, la necesidad de un juez imparcial.

Esta situación se mantiene si la resolución jurisdiccional queda sujeta a razones, o ausencia de ellas, que sobrepasan las reglas que ha establecido el legislador para la fundamentación de las sentencias. Es evidente que quien falla conforme a las reglas de la sana crítica, no puede sustentar sus conclusiones en sus prejuicios, previos o adquiridos en el proceso.

Cuando hablamos de imparcialidad nos referimos, en palabras del jurista rosarino Alvarado Velloso, a aquel juez que “debe carecer de todo interés subjetivo, inmediato o mediato, en la solución del litigio”. Ese interés puede venir de la particular relación de cercanía que el juez tenga con algunas de las partes que discuten ante él o cercanía con el tema del juicio, el que puede serle muy próximo al sentenciador. Esta última puede ser interna, cuando el juez ha resuelto materias relacionados, o externa, cuando el juez resuelve asuntos que en su definición, le conciernen.

Modernamente, y a raíz del trabajo de Cortes Internacionales, se ha unido al concepto de imparcialidad, la necesaria legitimación social del trabajo jurisdiccional. Así, lo subjetivo dice relación con la cuestión interna del juez, con su disposición moral hacia alguna de las partes o hacia el asunto. Lo objetivo dice relación con aquellas circunstancias extrínsecas al fallo mismo, pero relativas a aquello que rodea el pronunciamiento judicial

Normas internacionales y la jurisprudencia de tribunales supranacionales han permitido generar una clara, nueva y más profunda concepción de la imparcialidad del juzgador, en especial, la relativa a la imparcialidad objetiva. El artículo 6.1 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos prescribe lo siguiente:

Derecho a un proceso equitativo: 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley.

Al respecto ha surgido variada jurisprudencia, a saber, *Alony Kate vs. España*, sentencia de 17 de enero de 2012 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), *Pullar vs. Reino Unido*, sentencia de 10 de junio de 1996, párrafo 32 y en especial *Piersack vs. Bélgica*, sentencia de 1 de octubre de 1982. Esta última señala que:

Sin embargo, no es posible reducirse a una apreciación puramente subjetiva. En esta materia incluso las apariencias pueden revestir una cierta importancia (Sentencia Delcourt de 17 enero 1970 (TEDH 1970, 1), serie A núm. 11, pág. 17, ap. 31). Como observó el Tribunal de casación belga en su Sentencia de 21 febrero 1979 (apartado 17, supra), todo juez en relación con el cual pueda haber razones legítimas para dudar de su imparcialidad debe abstenerse de conocer ese caso. Lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática.

El ordenamiento jurídico internacional americano también ha recibido estas nuevas concepciones de la imparcialidad, ampliándola a aquellas circunstancias objetivas y hasta formalidades necesarias para que la resolución judicial no solo sea intrínsecamente óptima, sino que también aparente serlo.

Bajo esta concepción está el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de julio de 2004 "Herrera vs. Costa Rica". En lo pertinente la sentencia señala:

Respecto al contenido y al alcance del derecho a ser juzgado con imparcialidad consagrado en el artículo 8.1 de Convención Americana, éste supone que el mismo juez que ha revisado una sentencia absolutoria sobre una persona y la ha anulado no pueda revisar la nueva sentencia condenatoria contra la misma...

137.3) Respecto del derecho a ser oído por un juez o tribunal imparcial (artículo 8.1 de la Convención), los representantes alegaron que:

c) la imparcialidad de los jueces implica que deben estar libres de prejuicios y, por lo cual, los magistrados que habían anulado el primer fallo condenatorio no podían nuevamente, ser los jueces que conocieran del recurso de casación.

170. La Corte Europea ha señalado que la imparcialidad tiene aspectos tanto subjetivos como objetivos, a saber:

Primero, el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas

respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia.

Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática y, sobre todo, en las partes del caso 171. La Corte considera que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez, que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática.

De la lectura integrada de los fallos europeos y americanos es posible advertir que se ha ampliado la garantía a contar con un juez imparcial, superándose la vieja consigna del interés directo o indirecto en el resultado del juicio, por aquella que exige, no solo la necesidad de prescindencia de sesgos en el ánimo jurisdiccional, sino que el imperativo implica excluir las sospechas de prejuicio, adoptándose las decisiones bajo ciertas y determinadas condiciones que lo excluyan.

3.4.2 Garantía a la presunción de inocencia. Si bien es cierto que nuestras palabras no se han circunscrito al aspecto penal, hay un caso paradigmático relativo al uso y abuso del prejuicio y que está dado por aquella prueba que se intenta introducir al juicio, no porque busque acreditar alguno de los hechos que forman parte del tema del juicio, sino que obedece a cuestiones indirectas, secundarias o relativas al hecho principal, y que padecen de una seria deficiencia: ser generadora de prejuicios. La introducción de elementos al juicio, como los denominados testigos de contexto o los antecedentes penales pretéritos del encausado, no aportan sobre los hechos objeto de la acusación, sino sobre conductas pasadas, las que se pretenden hacer coincidir con aquellas por las que actualmente se imputa.

Sin mayor esfuerzo intelectual, más si intuitivo, con estos medios de confirmación procesal se eleva abiertamente el riesgo de prejuicios, los que pueden dar origen a condenas arbitrarias.

Sostenemos que estas pruebas generadoras de prejuicios, en lo penal, atentan abiertamente contra la presunción de inocencia, estado en el que el

imputado se encuentra al iniciarse cualquier acto de investigación del órgano persecutor y hasta la dictación de sentencia tras un debido proceso.

Para confirmar lo señalado, baste advertir cómo, con esa prueba aportada, se estaría, en los hechos, invirtiendo la carga de la prueba:

Pues bien, la incorporación de prueba con un potencial relevante de generación de prejuicio produce una sutil pero no menos efectiva inversión de la carga de la prueba, en la medida en que altera la situación de partida del razonamiento probatorio. Formalmente sigue en pie la obligación de la acusación de acreditar más allá de toda duda razonable los hechos imputados al acusado, aunque no por la calidad de la prueba inculpatoria, sino sólo por la fuerza del prejuicio. (Hernández Basualto, 2010, pág. 29)

Hay casos en los que la decisión jurisdiccional no es fácil, donde luego de rendirse la prueba se ronda aquella certeza que exige la ausencia de dudas razonables. El juez se enfrenta ante los hechos y la posibilidad de condenar está cerca. Es ahí donde la prueba generadora de prejuicios, en el caso, los testigos de contexto, pueden resultar definitorios a la hora de la decisión.

Los realistas norteamericanos han hecho del estudio del hunch toda una disciplina, con enormes repercusiones prácticas, por las que se demuestra que en la resolución del conflicto hay un elemento volitivo más allá que el aparente.

El magistrado mexicano Jaime Manuel Marroquín Zuleta explica, desde el movimiento jurídico norteamericano, que la sentencia no es un silogismo ni desde el punto de vista psicológico, ni como complejo de ideas. Y lo justifica así:

Hace tiempo, se llevó a cabo una encuesta de alcance mundial entre jueces de todos los niveles pidiéndoles que expusieran el modo como funcionaba su mente al impartir justicia. Las contestaciones fueron muy parecidas. Al enfrentarse con el proceso, se sentían como en un mar de tinieblas. Examinaban el asunto en todas sus fases. Súbitamente se hacía claridad y el juez sabía cómo sentenciar: aparecía el fallo en esbozo. En este boceto se contenía la decisión, los hechos probados debidamente calificados y la consideración de los mismos a la luz de la norma jurídica pertinente: primero no había nada y luego un triángulo ya constituido y no formado por adhesión sucesiva de sus tres lados. Jerome Frank

(realista norteamericano), denominó a este acto mental hunch, que equivale a 'corazonada, premonición, presentimiento o latido'. En realidad se trata de una clara intuición intelectual. Como se ve, los anteriores argumentos tienden a demostrar, que la sentencia es un acto predominante volitivo, en la que el juzgador se ve obligado a hacer una serie de juicios axiológicos. Además, la parte esencial de la sentencia que es la decisión jurisdiccional, está determinada básicamente por un juicio de carácter intuitivo. (2008, pág. 63)

En este orden de cosas, y con la noción de impulso o hunch presente, ¿resulta plausible que aquel "latido" se haga sentir por la fuerza de aquella prueba generadora de prejuicios? Analicemos esta situación para advertir lo grave de desarrollar estas pruebas dentro del proceso.

- Los testigos de contexto se pueden referir a actuaciones pretéritas del imputado, las que a veces ni siquiera pueden ser típicas, o si lo eran, no dieron lugar al proceso penal respectivo.
- Las actuaciones pretéritas del imputado podrían ser típicas, pero encontrarse prescritas, y en algunas legislaciones, aquello podría configurar el delito de calumnia.
- Al no ser el objeto de imputación el material aportado por el medio confirmatorio que genera prejuicio, en este caso, las actuaciones delictivas pretéritas del encartado, no es exigible que quien las aporte lo haga acreditando su certeza más allá de toda duda razonable.
- Coloca a la defensa en una difícil situación, ampararse en el estado de inocencia, ya que quien debe acreditar con el estándar exigido es el acusador o fiscal, o asume que esta prueba contextual puede ser el antecedente que haga inclinar la balanza en el momento de la decisión.

Compartimos con Hernández Basualto la gravedad de la situación: "lo dramático de todo esto es que, como se podrá apreciar, ante una prueba que no prueba nada, sino que sólo genera prejuicio, prácticamente no hay remedio" (2010, pág. 30).

La defensa se encontrará con una suprema dificultad, ya que posiblemente deba optar por impugnar la credibilidad de una prueba que no es parte del encausamiento, una prueba que no forma parte de los hechos que generan la acusación, una prueba que no dice relación con el tema del juicio, asumiendo así la carga de probar la falsedad o no integridad de esa prueba contextual.

Por otro lado se argumenta que estos elementos aportados por la prueba de contexto jamás servirían para decidir la condenada de nadie. Ante ello cabría preguntarse ¿si es así, no sería preferible prescindir de esta prueba para evitar la posibilidad de una condena injustificada o arbitraria? Es evidente que el efecto adverso o no deseado es infinitamente más grave que el beneficio que reportaría el aporte de la prueba; además ¿si es así, por qué tan denodados esfuerzos por incorporar esa prueba tan insignificante?

3.4.3 Exclusión de prueba generadora de prejuicios por estrictas razones epistemológicas ¿Es posible concluir que la prueba generadora de prejuicios debe ser excluida por razones epistemológicas, ya que influiría negativamente en la obtención de la verdad de los hechos?

La respuesta afirmativa se basa en la estricta relación que se produce entre el medio confirmatorio que aporta antecedentes generadores de prejuicios, con el razonamiento que el juez debe hacer al momento de ponderar la prueba. Es ahí donde la introducción de este material probatorio puede afectar la correcta inferencia del juez para decidir correctamente, apegado a estrictas reglas de conocimiento o epistemológicas.

Existe mucha doctrina que combate la intuitiva, y por ende, generalizada idea de que más información permite más exactitud. Probablemente esa primera información, la más simple, permitirá una maximización del conocimiento extraíble del material, mas, aquello acontecerá hasta cierto punto, en el que debemos recurrir a otras fuentes y medios, no las más obvias, no las más directas, y que, por ende, tendrán para entregar un material no de la misma calidad ni fiabilidad que la primera información.

Además, la entrega de información adicional, pero no completa respecto del hecho, no asegura ni encuentra sustento epistemológico en una posible mejor decisión. Si no estoy en condiciones de tomar una acertada decisión por falta de información, la nueva que se agregue no garantiza que la decisión que se tome con ella sea más acertada. En palabras de Stein, refrendadas por Ferrer, solo se logra con esto un nuevo “riesgo de error”, sin poder, epistemológicamente hablando, saber si el nuevo riesgo es menor que el anterior.

¿Y qué sucede cuando esa información no aporta conocimiento sobre el hecho mismo del debate, sino sobre otras circunstancias indirectas

o secundarias? Siguiendo el razonamiento anterior, la inclusión de ese material no aportará a un riguroso convencimiento del juzgador, el que se verá perjudicado por aquella, pudiendo llegar a conclusiones erróneas o abiertamente equivocadas.

4. EL CONOCIMIENTO PRIVADO DEL JUEZ, LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA Y EL PREJUICIO

El ser humano percibe los hechos de la vida y advierte que, de la ocurrencia de alguno de ellos se produce siempre o con generalidad una determinada consecuencia o efecto. De la misma manera, se observa que las causas de ciertos sucesos son siempre las mismas. Este análisis, más o menos intuitivo de los seres humanos, le permite ir generando juicios previos o presupuestos,

En ambos casos esa regla repetida y constante se ha denominado regla de la experiencia, que constituye el juicio, mediante el cual el hombre conoce de antemano la causa o efecto de un hecho.

Llama poderosamente la atención la lectura de destacados juristas al abordar el tema de las máximas de la experiencia. Parra Quijano, al referirse a ellas, pareciese que está dando los primeros pasos para ingresar al estudio del prejuicio. Así, el abogado colombiano se encarga de relatar al respecto sus ideas en cuanto a la completud del hombre, el mundo en que habita y su memoria:

El hombre llega a su completud en forma fundamental, relacionado y educado por los demás hombres... Todas las creaciones del hombre, es decir, realizadas por él, permiten una interpretación más o menos uniforme por varios, que genera el sentido común... Esta conservación le permite acumular experiencias y utilizarlas en las nuevas situaciones, para evitar el peligro y sobre todo, para poder vivir en sociedad. (pág. 46)

Pareciera que nos repite aquello que, desde los inicios de este trabajo, se presentaba como la introducción al tema de los prejuicios, abordando todo aquel cúmulo de conocimientos, no propios, adquiridos, y que nos permiten conocer, simplificar, categorizar distintas realidades, haciendo de este mundo uno más seguro y menos complejo.

Pero a lo que se refiere Parra Quijano es a las reglas o máximas de la experiencia, recordándonos a quien introdujo en el derecho procesal el concepto, Friedrich Stein, a través de su libro *El conocimiento privado del juez*. Este autor definió estas reglas o máximas como:

Definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se ha inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos. (citado por Parra Quijano, pág.47)

De lo dicho se nos aparece la necesidad de explorar límites y conceptos, además de relaciones, símiles o disímiles entre las máximas y los prejuicios, posibilitando ciertamente la existencia de un muro infranqueable a la introducción al proceso del conocimiento privado del juez.

Compartimos con algunos autores que definir o delimitar el concepto de máximas de experiencia no sólo refiere a cuestiones semánticas, sino a discusiones lógicas y hasta ideológicas. Estas posturas se basan en concebirlas ya como extraídas del conocimiento privado del juez o como pertenecientes a un sistema de reglas denominado de sana crítica.

Para entender mejor este asunto, detengámonos en lo que se conoce como *Les connaissances personnelles du juge*, como las denomina el Código Francés de Procedimiento civil.

No es nuestro objeto mostrar las distintas posturas que hacen aceptable o no la introducción al proceso del conocimiento privado del juez. Aquella que lo permita resulta se encuentra en las antípodas de concepciones garantistas. Buscamos delimitar el campo de las máximas de la experiencia dentro del proceso, evitando que, en definitiva, sea el conocimiento privado, particular, especial del magistrado, el que sirva de base para fundamentar la decisión jurisdiccional.

Una primera pregunta sería, entonces, ¿qué le es permitido conocer al juez y qué le es vedado conocer o ignorar? Para algunos, la delgada línea se encuentra en la relación de los aforismos, *iura novit curia versus secundum*

*allegata et probata*¹². Aquello no significa que el juez deba conocer el derecho, el aforismo lo presume, el juez siempre y en toda ocasión va a conocer el derecho aplicable al caso concreto, más allá del derecho que las partes aleguen en sus pretensiones. Y por otro lado, el juez debe ignorar de partida los hechos que son postulados por cada una de las partes, los que deben serle ajenos, ya sea en cuanto al mero conocimiento particular que tenga de ellos o a los intereses que le pueden provocar y que lo vinculen. El juez solo conoce lo que las partes alegan y resuelve según lo que las partes prueban.

¿Lo anterior significa que el juez se presenta en su estrado con una mente llena de normas y con las capacidades para hacerlas funcionar sistemáticamente, pero sin ningún hecho en su cabeza, previo a las alegaciones, pruebas y debates?

Sabemos que no es así, ni lo primero, pero este no es nuestro tema, ni en lo segundo. Existe todo un acervo de conocimiento que tienen los seres humanos y a los que ya hemos hecho mención en este trabajo, previos, adquiridos, cómodos y útiles, que ayudan a ahorrar una cantidad impresionante de tiempo y a resolver las dificultades con prontitud y eficiencia. Además, este juez tiene la experiencia propia de su función. ¿Todo este saber debe ser desechado?, ¿se puede desechar?

Sería por lo demás inconcebible, aún “saber el Derecho” y silogizar el Derecho al hecho, si se comenzase por retirar de la mente, tamquam tabula rasa, todo lo que es experiencia empírica del mundo en que vivimos, así como los métodos (innatos o adquiridos, aquí eso no importa) de individualizar, clasificar y coordinar los fenómenos, determinar sus relaciones y razonar por inducción o por deducción. Sin lo cual, el lenguaje mismo no tendría sentido. (Flores García, pág. 170)

Entonces, el ámbito que le está vedado conocer o de ignorancia oficial: Se determina por contraposición y exclusión. Conciene a aquellos hechos (acontecimientos o situaciones particulares y concretos) que las partes invoquen como fundamento de sus respectivos derechos y cuyo conocimiento, desde el punto de vista de la verdad (histórica o fenoménica), no forme parte del

¹²*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium, non secundum suam.*

mencionado caudal de informaciones de experiencia y de cultura de que deben o deberían estar profesionalmente dotados los jueces. (Flores García, pág. 170)

Es de claridad palmaria la idea que el juez solo puede resolver sobre hechos aportados por las partes y probados por ellas, pero la descomposición del texto nos manifiesta toda la intensidad del aforismo:

- El juez no puede, le está vedado introducir nuevos hechos, distintos a los alegados por las partes. El conflicto le es ajeno, por lo que las pretensiones y resistencia le son ajenas¹³.
- El juez no puede, le está vedado, alcanzar su convicción por medios confirmatorios distintos a los aportados en el proceso¹⁴.

¿Por qué no se puede usar del conocimiento privado del juez?

- Porque el juez no debe aportar hechos al proceso, el litigio es de las partes.
- Porque el juez debe resolver *secumndum probata et allegata*.
- Porque el hecho conocido por el juez puede permanecer escondido en su fuero interno hasta que se dicte la sentencia, impidiendo a las partes cualquier formulación respecto de él.
- Porque no resulta compatible la calidad de juez y testigo. Así, el juez, propio testigo de los hechos, valorizará su testimonio de tal manera que resultaría difícil que fuese imparcial con aquel. Siguiendo a Bonnier nos haríamos las siguientes preguntas ¿cómo lo haría para comprobar la exactitud de su propio testimonio?, ¿puede un juez apreciar o pesar su propio testimonio?, ¿puede abstraerse de sí mismo, para analizar los elementos de la conducta apreciada con sus sentidos y además sondear los móviles o intereses que habrán influido en dicha apreciación?

¹³Aquello resulta primordial a la hora de enfrentarnos a la institución de la reconducción de pretensiones. Al respecto puede leerse el artículo de Apolin Meza, Dante. Entre el aforismo *iura novit curia* y la reconducción de pretensiones, en *Derecho Procesal Garantista y Constitucional del Centro de Estudios Socio Jurídicos Latinoamericanos*, ediciones Nueva Jurídica, Bogotá 2013, página 133 y siguientes.

¹⁴Dentro de las concepciones garantistas, la prohibición es absoluta, el juez no puede proponer siquiera medios de prueba, con el objeto de mantener la imparcialidad necesaria dentro del proceso.

- El juez que utiliza su conocimiento individual para la decisión se persuade a sí mismo, pero en ello no se agotan las normas que establecen el estándar que se exige para fundamentar. El juez debe explicar racionalmente cómo llegó a la decisión, y con ello, persuadir racionalmente a las partes, e incluso, modernamente, a la comunidad en general.
- El juez debe ser imparcial para ser juez, y la imparcialidad implica necesariamente una lejanía del sentenciador respecto de las partes, de los hechos y de las pruebas.

5. CONCLUSIONES

Bajo este estudio, nuestro juez puede encontrarse en alguna de estas situaciones:

Que actúe precipitadamente, estableciendo conclusiones previas al análisis, y peor aún, a pesar del análisis. Aquí encontramos a un juez al que le falta la confirmación y/o deliberación, elementos de la esencia del prejuicio. Si este magistrado obtiene conclusiones sin analizar, no está desarrollando su función suprema, analizar los hechos postulados, valorar la prueba rendida y obtener conclusiones sobre la base de lo que les fue posible confirmar o no a las partes. No es un juez parcial, no es un juez dependiente, no está ejerciendo labores de parte, sino que lisa y llanamente ha dejado de ser juez.

Si este magistrado obtiene conclusiones que pugnan con el proceso de deliberación, es decir, su fallo se contradice con las consideraciones y deliberaciones que ha debido hacer en función de los hechos y la prueba aportada, o estamos en un ámbito de irracionalidad, o estamos ante un juez con intereses distintos al fallo en derecho del litigio, o abiertamente en prevaricación.

Ya hemos señalado que el juez es un individuo como cualquier otro, sin calidades o autoridad moral superior a nadie por el solo hecho de ejercer la función jurisdiccional que le corresponde. Por ello, la existencia de estas ideas previas, útiles, cómodas, cercanas, que le acompañan desde novel persona, ya sea por la experiencia de otros que le es transmitida o por su propia vivencia, no puede extrañar a nadie ni inhabilitarlo en el desarrollo de sus tareas.

Pero en pleno conocimiento de aquello, este juez asume su situación y con honestidad intelectual, al fundamentar sus decisiones, explicita el punto de partida de ciertas ideas, el que puede aparecer avalado por la experiencia propia, ajena, por la ley (presunciones) o por la sana crítica. Pero no se detiene en ello, ocupa las herramientas que el legislador le entrega, hace de la lógica su guía y analiza qué parte de la ciencia o técnica resuelve los asuntos controvertidos y sustenta las máxima de experiencia que va aplicar.

Iniciar un estudio del prejuicio implica asumir la carga negativa del concepto, especialmente en el ámbito judicial. No obstante lo anterior, un importante número de decisiones jurisdiccionales se fundamentan en ideas previas del juzgador, distintas a las convicciones racionales obtenidas a través de los procedimientos adecuados que la propia legislación exige.

Para evitar lo anterior se debe conocer el problema y analizar el correcto sentido de la expresión prejuicio, la que debe entenderse simplemente como un juicio previo al análisis profundo, completo y racional de una situación dada.

Si el prejuicio se entiende como un punto de partida, como el inicio del análisis y con profunda honestidad intelectual se reconoce su existencia, puede brindar suficiente ayuda en el trabajo racional del juez. En caso contrario, y para prevenir sus ulteriores perniciosas consecuencias, se han analizado las causas jurídicas por las que dicha prueba puede ser excluida en un proceso.

La razón de exclusión de la prueba generadora de prejuicios no está dada por su irrelevancia, ya que de hacerlo pondríamos fin a la prueba indiciaria, sino por razones de garantías constitucionales y por razones estrictamente epistemológicas.

Uno de los ejemplos de la relación del prejuicio con instituciones recogidas por diversos ordenamientos jurídicos es el caso de las máximas de la experiencia.

BIBLIOGRAFÍA

- Alcocer de la Hera, C.M. (2004). La Atribución de responsabilidad. En I. Hoyos Sierra (coordinadora). Introducción a la psicología del Derecho. Madrid: Dykinson.
- Allport, G. W. (1979). The Nature of Prejudice. Addison-Wesley Publishing Company.
- Alvarado Velloso, A. (2007). Garantismo procesal versus prueba judicial oficiosa. Rosario: Juris.
- _____. (2007). Prueba judicial: temas procesales conflictivos 1. Rosario: Juris.
- _____. (2008). Sistema procesal: garantía de la libertad. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Apolín Meza, D. (2013). Entre el aforismo iura novit curia y la reconducción de pretensiones. En Derecho procesal garantista y constitucional del Centro de Estudios Socio Jurídicos Latinoamericanos. Bogotá: Nueva Jurídica.
- Bentham, J. (1835). Tratado de las pruebas judiciales. Tomo I. Madrid.
- Del Olmo, M. (2009). Prejuicios y estereotipos: un replanteamiento de su uso y utilidad como mecanismos sociales. Revista de Educación, XXI (7).
- Devis Echandía, H. (s.f.). Teoría general de la prueba judicial. Tomo I. Buenos Aires: Víctor P. de Zabalía.
- Duque Villa, J. (2013). Libertad probatoria y declaración de impertinencia. En Derecho procesal garantista y constitucional del Centro de Estudios Socio Jurídicos Latinoamericanos. Bogotá: Nueva Jurídica.
- Ferrer Beltrán, J. (2010). La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi benthamiana. En D. Accatino (coordinadora). Formación y valoración de la prueba en el proceso penal. Santiago de Chile: Legal Publishing.

- Flores García, F. (s.f.). Comentarios acerca del conocimiento privado del juez en el Derecho Procesal mexicano. *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*. Recuperado de <http://www.journals.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/30248>.
- González Lagier, D. (2006). Argumentación y prueba judicial. En *Estudios sobre la prueba*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Hernández Basualto, H. (2010). Pertinencia como garantía: prevención del prejuicio en el examen de admisibilidad de la prueba. En D. Accatino (coordinadora). *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*. Santiago de Chile: Legal Publishing.
- Light, Keller & Calhoun. (1991). *Sociología*. México: Mc Graw Hill.
- Marroquín Zulueta, J. M. (2008). Técnica para la elaboración de una sentencia de amparo directo. Volumen 1. México.
- Parra Quijano, J. Biblioteca Jurídica Virtual. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3069/7>
- Pinillos, J. L. (1982). Los prejuicios y la sociedad contemporánea. *Revista Cuenta y Razón del Pensamiento Actual* (5).
- Rivera Morales, R. (s.f.). Epistemología y prueba judicial. Recuperado de <http://www.iprocesalcolombovenezolano.org/doctrina/Epistemologia.doc>
- Taruffo, M. (2009). *La prueba de los hechos*. 3 ed. Madrid: Trotta.

A large, stylized graphic of a leaf or branch, rendered in shades of gray, curves from the top left towards the bottom right, framing the text on the right side of the page.

Capítulo 5

EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE
DERECHOS FUNDAMENTALES
DEL TRABAJADOR EN CHILE

El procedimiento de tutela de derechos fundamentales del trabajador en Chile

Claudio Palavecino Cáceres*

INTRODUCCIÓN

El procedimiento de tutela laboral es una modalidad procesal que tiene por objeto conocer de lesiones a ciertos derechos fundamentales de los trabajadores y, en caso de que la lesión se confirme, obtener el cese de la conducta antijurídica y medidas reparatorias. En su estructura no difiere mayormente del procedimiento de aplicación general para las contiendas laborales¹, salvo por la ampliación de la legitimación activa a sujetos distintos del titular del derecho fundamental comprometido, la exigencia de antecedentes fundantes de la denuncia como requisito de admisibilidad de la misma y la posibilidad de anticipar la tutela en caso de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles. El plazo para dictar sentencia se ha acortado de 15 a 10 días respecto del procedimiento de aplicación general.

*Abogado. Profesor del Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

¹El procedimiento de aplicación general conserva la escrituración para la etapa de discusión, debiendo presentarse tanto la demanda como la contestación por escrito. El resto de las actuaciones procesales se concentran en dos audiencias orales y públicas. La primera, que se llama audiencia preparatoria, se lleva a cabo dentro de los 35 días siguientes a la resolución que acoge a trámite la demanda. Dentro de ella, eventualmente, puede concluir la fase de discusión si en la contestación el demandado hubiere opuesto excepciones o deducido reconvencción, de las cuales dará traslado el juez al actor para que las conteste verbalmente.

Luego el magistrado debe hacer una relación somera de los escritos de las partes e intentar la conciliación entre ellas. Si la conciliación no se produce, el juez debe fijar los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos y, conforme a los términos de esa resolución, las partes ofrecerán sus pruebas y demás elementos de convicción. El juez debe resolver fundadamente sobre la pertinencia de los mismos y, eventualmente, también sobre su licitud. En esta audiencia el juez puede, además, decretar prueba de oficio. La audiencia de juicio se lleva a cabo dentro de los 30 días siguientes a la audiencia preparatoria. En la audiencia de juicio se rinde la prueba previamente admitida y las partes formulan sus observaciones y conclusiones sobre la misma. El juez puede dictar sentencia al final de la audiencia, pero lo corriente ha sido que se sirva del plazo de 15 días que dispone la ley.

El objetivo de esta ponencia es describir los aspectos esenciales del procedimiento de tutela y formular algunas críticas desde un punto de vista garantista que merece, especialmente en cuanto la posibilidad de anticipar la tutela satisfactiva que el procedimiento brinda al juez.

1. PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE TUTELA

De acuerdo al artículo. 485 inciso 1° del Código del Trabajo, el procedimiento de tutela laboral contenido en el Párrafo 6° del Capítulo II, Título I, del Libro V de dicho cuerpo legal, “se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral, por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política [...], cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador”.

También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° del Código del Trabajo², con excepción de aquellos precontractuales a que se refiere el inciso sexto de dicho precepto (ofertas de empleo discriminatorias). También a las denuncias por discriminación en materia de remuneraciones, conforme al artículo 62 bis, inciso 2° del citado cuerpo legal³.

Asimismo se aplicará este procedimiento para conocer de las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales. Finalmente, se aplicará este procedimiento para el conocimiento y resolución de las infracciones por prácticas desleales o antisindicales (artículo 292, inciso 3° del Código del Trabajo).

²*El artículo 2°, inciso 3° define discriminación enunciando explícitamente las categorías de diferenciación ilegítimas: “los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.”*

³*El artículo 62 bis, establece en su inciso 1° que “El empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad”.*

1.1 Cuestiones suscitadas en la relación laboral

Este presupuesto limita la aplicación del procedimiento de tutela a aquellos conflictos sobre derechos fundamentales que surjan en la relación laboral existente entre las partes. Tal ámbito incluye desde luego a la relación laboral surgida del contrato de trabajo y que vincula al trabajador con su empleador, pero además a la relación laboral surgida del contrato de puesta a disposición que tiene por objeto ceder temporalmente un trabajador de servicios transitorios⁴ a una empresa usuaria⁵. Si bien la empresa cedente (Empresa de servicios transitorios⁶) conserva la condición formal de empleadora del trabajador transitorio, la empresa usuaria tendrá la facultad de organizar y dirigir el trabajo dentro del ámbito de las funciones para las cuales el trabajador fue puesto a su disposición (artículo 183 – X del Código del Trabajo). El artículo 183 – Y, inciso 2º, califica el vínculo entre la usuaria y el trabajador cedido como una relación laboral, lo que permite afirmar la legitimación procesal de las partes a efectos del procedimiento de tutela. De esto no hay duda, de una parte porque el artículo 183-Y del Código del Trabajo impone como límite a las facultades que la ley le reconoce a la usuaria “el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores” y, de otra, porque el artículo 183 – H, del mismo cuerpo legal, señala que las cuestiones suscitadas entre los trabajadores y la o las usuarias de sus servicios “serán de competencia de los juzgados de Letras del Trabajo”.

En cuanto a la relación entre el trabajador del contratista y la empresa principal generada con motivo del trabajo en régimen de subcontratación, si bien la ley admite un litisconsorcio pasivo entre el contratista empleador y la empresa

⁴El artículo 183 – F del Código del Trabajo define al trabajador de servicios transitorios como “todo aquel que ha convenido un contrato de trabajo con una empresa de servicios transitorios para ser puesto a disposición de una o más usuarias de aquella...”.

⁵El artículo 183 – F del Código del Trabajo define a la usuaria como “toda persona natural o jurídica que contrata con una empresa de servicios transitorios, la puesta a disposición de trabajadores para realizar labores o tareas transitorias u ocasionales...”.

⁶El artículo 183 – F del Código del Trabajo define a la Empresa de Servicios Transitorios como “toda persona jurídica, inscrita en el registro respectivo, que tenga por objeto social exclusivo poner a disposición de terceros denominados para estos efectos empresas usuarias , trabajadores para cumplir en estas últimas, tareas de carácter transitorio u ocasional, como asimismo la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como otras actividades afines en ámbito de los recursos humanos”.

principal no empleadora, este tiene únicamente como fin que el trabajador persiga la responsabilidad por remuneraciones e indemnizaciones legales adeudadas por el contratista en el patrimonio de la empresa principal, a quien la ley impone el carácter de codeudor del contratista. En caso que el contratista viole algún derecho fundamental de su trabajador la responsabilidad a que dé lugar tal vulneración no irradia en mi opinión a la empresa principal. No al menos en virtud de lo dispuesto en el artículo 183 – B del Código del Trabajo aunque ciertamente la vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido genere derecho a una indemnización legal especial porque, tal como se aclaró en la discusión legislativa del precepto, se quiso excluir del objeto de la responsabilidad de la empresa principal tanto las obligaciones de hacer como las de dar derivadas del cumplimiento por equivalencia de las obligaciones de hacer (Palavecino, 2006, pág. 69). La exigencia de una relación laboral entre las partes impide asimismo que la empresa principal sea legitimada pasiva de la acción de tutela laboral aunque haya cometido una vulneración directa de algún derecho fundamental del trabajador del contratista, puesto que para que haya subcontratación el trabajador debe estar subordinado exclusivamente al contratista y no a la empresa principal, vale decir, si hay subcontratación no hay relación laboral entre el trabajador y la empresa principal.

En síntesis, al exigir la ley la existencia de una relación laboral entre las partes a efectos de la legitimación procesal, quedarían excluidas de esta vía de tutela las siguientes controversias sobre derechos fundamentales:

- Aquellas en que no existe una relación laboral entre las partes en conflicto.
- Aquellas en que se discute la existencia del vínculo (mientras no se resuelva positivamente esta cuestión previa a través del procedimiento de aplicación general).
- Aquellas en que existe relación laboral entre las partes en conflicto pero en que la vulneración se produce fuera del ámbito de organización y dirección del empresario. Así, a modo de ejemplo, una agresión física de un empleador a un trabajador suyo producida en un encuentro casual con ocasión de un evento social no permitiría al trabajador demandar de tutela a su empleador, salvo que como consecuencias de ese evento el empleador adoptara represalias en el lugar de trabajo.

1.2 Que la cuestión se haya suscitado por aplicación de normas laborales

De acuerdo con este presupuesto procesal, el procedimiento de tutela será la vía idónea solo en cuanto el conflicto surja de “la aplicación de normas laborales” y que, como consecuencia de esa aplicación se genere una afección ilegítima a los derechos fundamentales del trabajador. Al subordinar la tutela judicial primeramente a una trasgresión de normas laborales – entendidas como normas de fuente legal- y solo secundariamente, por vía refleja, al derecho constitucional, se echa por tierra, en mi opinión, ese enfoque conflictualista, conforme al cual, al juez del trabajo correspondería resolver supuestas colisiones de derechos fundamentales a través del método de la ponderación (Gamonal, 2007, págs. 29-48). Se ha dicho en tal sentido que:

Si el [...] juez debe resolver si el empleador tiene derecho a controlar el contenido de los correos electrónicos deberá determinar qué alcance tendrá el derecho de propiedad [...] frente a un derecho de equivalente valor como el de la intimidad [...] cuestión que supone un sopesamiento que podría terminar, en algunos casos, en una solución a favor de la primero como, en otros, a favor de la segunda. (Ugarte, 2009, pág. 68)

Con ocasión de la primera tutela laboral acogida en Chile autorizada doctrina manifestó serios reparos a este enfoque que, irreflexivamente, ha venido “confundiendo conceptos básicos de la teoría constitucional, desnaturalizando algunos conceptos elementales de derecho constitucional y otorgando una aplicación desmesurada y peligrosa a la doctrina germana de la *drittwirkung*” (Ferrada, 2008, pág. 269). Con posterioridad se han alzado voces críticas en la doctrina chilena que reivindican el protagonismo de la ley a la hora de resolver sobre la lesión derechos fundamentales en las relaciones laborales (Silva, 2011, págs. 31-48; Ferrada & Walter, 2011, págs. 91-111).

Lo cierto es que la norma procesal mantiene el rol fundamental del juez como aplicador de la ley, puesto que una vez acreditada la afectación de la esfera protegida por el derecho fundamental el juicio se resuelve en la

determinación de la juridicidad/antijuridicidad de la conducta del empleador, vale decir, en un examen sobre la legalidad de su actuar⁷.

1.3 La vulneración debe afectar derechos fundamentales del trabajador

En el procedimiento de tutela, los derechos fundamentales cumplen una doble función puesto que conforman y a la vez limitan el objeto del proceso. Su función de límite de la *cognitio* judicial a través de esta especial modalidad procesal, viene señalada inequívocamente por el artículo 487 del Código del Trabajo, el cual establece que “este procedimiento queda

⁷Un esquema de razonamiento que podría seguir un juez del trabajo al momento de fundamentar su decisión sobre la tutela laboral es el siguiente: un primer nivel de análisis, abstracto, cuyo objetivo es determinar si la conducta del empleador, materia de la denuncia, puede afectar la esfera de protección de la libertad invocada por el trabajador; lo cual exige a su vez determinar la esfera de protección de tal libertad a partir del texto constitucional, el cual, casi siempre lacónico, invita al juez a recurrir también a los tratados internacionales y especialmente a la ley como delimitadora natural de las libertades, a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y a la de las cortes que han fallado acciones de protección y de tutela laboral; y a la doctrina científica.

Si a priori no aparece que la conducta denunciada pueda afectar la esfera protegida por la libertad, ya sea porque tal conducta es inidónea o porque el trabajador sobrepasó tal esfera mediante un comportamiento ilícito, la tutela deberá ser desechada.

Si, en cambio, la conducta denunciada tiene la virtualidad de afectar el ámbito protegido por la libertad, el juez deberá pasar al segundo nivel del análisis: en una segunda etapa el juez debe valorar la prueba rendida sobre la conducta de empleador y sus consecuencias.

Aquí se trata de determinar si efectivamente el empleador incurrió en la conducta denunciada y cuáles fueron sus efectos o consecuencias prácticas. Si el trabajador no logra aportar siquiera indicios que permitan presumir al juez tal conducta ni sus consecuencias o bien si empleador aporta prueba en contra a la que el juez asigne mayor valor, la tutela será rechazada. Por el contrario, si el trabajador prueba la conducta y sus consecuencias, el juez deberá pasar al último nivel de su análisis.

Este tercer y último nivel parte de haberse ya constatado una conducta del empleador que afecta una libertad fundamental del trabajador. Aquí el objetivo es determinar si esa afectación es o no antijurídica. Dado que el ordenamiento jurídico laboral concibe al empleador como titular de ciertas facultades y sujeto de imputación de ciertos deberes, se trata de determinar si, en efecto, obró en cumplimiento de alguno de tales deberes o en el ejercicio legítimo de alguna facultad legal.

Por tanto, el juez debe examinar, primero, si la conducta del empleador tiene cobertura legal y, de existir esa habilitación, si actuó dentro de la misma o bien la sobrepasó. El ejercicio legítimo de la facultad legal invocada supone precisamente que el empleador ha sido capaz de probar que ha obrado con justificación suficiente y proporcionadamente. En tal caso la tutela deberá ser desechada. Si, en cambio, el empleador carecía de facultad legal para interferir la libertad del trabajador o, poseyéndola, la ejerció “sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada” (art. 485 inc. 3º), la tutela deberá ser acogida por el juez.

limitado a la tutela de derechos fundamentales a que se refiere el artículo 485”. Quedan notoriamente excluidos los derechos fundamentales que se entienden formar parte de la Constitución en forma mediata a través de su artículo 5° que incorpora los tratados sobre derechos humanos (bloque de constitucionalidad), e incluso varios derechos fundamentales del catálogo contenido en su artículo 19. “Si bien en un comienzo se propuso la inclusión de todos los derechos humanos, una garantía abierta” (Aguilar & Contreras, 2007, págs. 205-243).

Los derechos fundamentales del trabajador susceptibles de tutela a través de este procedimiento son los siguientes:

- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona siempre “que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral”.
- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia.
- La inviolabilidad de toda forma de comunicación privada.
- La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos.
- La libertad de emitir opinión y la de informar.
- La libertad de trabajo y el derecho a su libre elección.
- El derecho a no ser discriminado por motivo de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social.
- El derecho a no ser discriminado en materia de remuneraciones.
- La libertad sindical, pero solo mediante la persecución de las prácticas antisindicales y desleales tipificadas en el Código del Trabajo.

Al tenor del artículo 485 del Código del Trabajo la lesión de los derechos fundamentales debe haber efectivamente acaecido para que prospere la acción de tutela, puesto que señala como presupuesto de la misma el que “aquellos resulten lesionados”. Por su parte, el artículo 486 inciso final del mismo cuerpo legal exige que la denuncia se interponga dentro de los sesenta días contados “desde que se produzca la vulneración de derechos fundamentales alegada”. Todavía más claro queda en el artículo 495 del citado código, que establece el contenido de la sentencia de tutela, el cual señala como primera mención “la declaración de existencia o no de la lesión de derechos fundamentales denunciada”.

El fin de la tutela laboral no es, pues, preventivo, sino reparatorio. De manera que la tutela ofrecida no es inhibitoria, sino de remoción del ilícito. Este tipo de tutela no busca evitar o prevenir la violación de los derechos, sino que es una tutela que opera después de la práctica del hecho ilícito (Marinoni, 2010, pág. 58). De ahí que el citado artículo 495 prescriba al juez, una vez declarada la existencia de la lesión, “ordenar, de persistir el comportamiento antijurídico a la fecha de dictación del fallo, su cese inmediato.”

La conducta del empleador transgrede en el plano normativo el mandato jurídico contenido en el artículo 5° inciso 1° del Código del Trabajo, a saber, que “el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales”. Tal mandato de respeto no entraña conferir a las libertades fundamentales del trabajador un carácter absoluto, hegemónico e infranqueable respecto de las posibilidades de actuación del empleador. De una parte porque eso inhibiría prácticamente la actividad empresarial y, de otra, porque el contrato de trabajo supone la asunción por el trabajador de la condición de subordinado, esto es, supone por definición la asunción de límites a sus libertades. Por tanto, el orden jurídico laboral legitima un cierto grado de afectación de la esfera de protección de las libertades y reacciona solo cuando el empleador se extralimita, se sobrepasa, vale decir, cuando “limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada o sin respeto a su contenido esencial” (artículo 485 inciso 3° del Código del Trabajo). De ahí que, incluso cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración, se permita al empleador “explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad” (artículo 493 del Código del Trabajo).

2. LEGITIMACIÓN

2.1 Legitimados activos

En el procedimiento de tutela laboral, el legislador radicó la legitimación activa exclusivamente en el titular del derecho afectado cuando su vulneración se produce con ocasión del despido (artículo 489, inciso 1° del Código del Trabajo) y, en cambio, la amplió, hasta casi llegar a la acción pública, cuando la lesión a los derechos constitucionales se verifica durante la vigencia del contrato laboral. En efecto, según el artículo. 486 del Código del Trabajo

la legitimación activa se expande a “cualquier trabajador u organización sindical que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados derechos fundamentales”, como advierte la doctrina nacional:

El Código no parece exigir que la lesión afecte directamente al trabajador denunciante, sino que perfectamente podría estimarse que tiene un interés legítimo cuando la vulneración la ha sufrido, por ejemplo otro trabajador de la misma empresa. Lo mismo ocurre con la organización sindical (Walter & Lanata, 2007, pág. 167)

Por tanto, un trabajador cualquiera y la organización sindical, aun cuando no sean los directamente agraviados pueden incoar la acción de tutela, en la medida que posean un “interés legítimo” en ello. Según un autor nacional:

La idea de interés legítimo no es de utilización frecuente en el derecho chileno. Su uso se ha ido expandiendo en el derecho comparado como una forma de superar la determinación restrictiva de la legitimación activa en torno exclusivamente a la titularidad individual del derecho subjetivo, lo que se hace necesario especialmente con la recepción en el derecho moderno de intereses difusos y colectivos. Se trata de una técnica intermedia o a mitad de camino entre la restricción máxima que supone la titularidad de acciones derivadas de derechos individuales, como es el grueso en materia laboral, y la ampliación excesiva que importan acciones públicas o de interés público, como la recién incorporada en el artículo 17 del Código del Trabajo para la denuncia del trabajo infantil. (Ugarte, 2007)

Por su parte, la Inspección del Trabajo deberá denunciar y podrá hacerse parte en el proceso (conforme al artículo 486, inciso 4°, del Código del Trabajo). En efecto, las inspecciones del trabajo tienen el deber de denunciar, dentro de sesenta días, cuando en el ejercicio de sus facultades fiscalizadoras toma conocimiento de una vulneración de derechos fundamentales, pudiendo hacerse parte, pero la ley les exige que previamente lleve a cabo una mediación a fin de agotar las posibilidades de corrección de las infracciones constatadas.

Tenemos, pues, cuatro legitimados activos: el titular del derecho fundamental vulnerado; cualquier trabajador; la organización sindical y la Inspección del Trabajo.

El sindicato puede actuar, además, como tercero coadyuvante. En efecto, “cuando el trabajador afectado por una lesión de derechos fundamentales haya incoado una acción conforme a las normas de este párrafo, la organización sindical a la cual se encuentre afiliado, directamente o por intermedio de su organización de grado superior, podrá hacerse parte en el juicio como tercero coadyuvante (artículo 486, inciso. 2° del Código del Trabajo).

Un autor nacional justifica la concesión de legitimación activa a las organizaciones sindicales señalando que:

Ello permitirá que en controversias complejas, como son aquellas en que va envuelta la vulneración de un derecho fundamental, los trabajadores afiliados cuenten con el respaldo y asesoría de su sindicato, con lo cual se está reforzando también los fines principales de estas organizaciones [...] A su vez, la intervención de los sindicatos en estos procesos contribuirá sin duda a romper la inercia constatada en muchas situaciones de vulneración de derechos fundamentales [...] particularmente, frente a controversias que por estos hechos se susciten durante la vigencia de la relación laboral, atendido el temor de los trabajadores a sufrir represalias por parte del empleador y, por sobre todo, el riesgo de ser despedidos. (Caamaño, 2004, pág. 226).

De manera excepcionalísima, puede ser también legitimado activo el empleador. Esta suerte de anomalía se produce por la circunstancia de haberse sustituido el procedimiento especial de prácticas antisindicales y desleales precisamente por el procedimiento de tutela, puesto que en nuestro orden jurídico los atentados contra la libertad sindical pueden ser cometidos por los trabajadores, por las organizaciones sindicales e incluso por terceros⁸.

Me parece criticable la ampliación de la legitimación activa a sujetos distintos del titular del derecho fundamental agraviado. Resulta inquietante

⁸Así, por ejemplo, el artículo 290 del CT señala que incurre en práctica antisindical “el que de cualquier modo presione al empleador a fin de imponerle la designación de un determinado representante, de un directivo u otro nombramiento importante para el procedimiento de negociación y el que se niegue a negociar con los representantes del empleador exigiendo su reemplazo o la intervención personal de éste” y “los miembros del directorio de la organización sindical que divulguen a terceros ajenos a éste los documentos o la información que hayan recibido del empleador y que tengan el carácter de confidencial o reservados.”

que terceros puedan incoar el procedimiento independientemente, incluso en ignorancia o contra la voluntad del trabajador titular del derecho fundamental. Tiene razón un autor nacional cuando advierte, a propósito de la acción constitucional de protección, cuya legitimación activa ha sido indiscriminadamente extendida por la jurisprudencia, que de esta manera:

[Se] tiende a vaciar de sentido la idea de titularidad [puesto que lo que caracteriza este concepto] es la facultad de su titular para decidir el ejercicio de su propio derecho [y, en el fondo] lo que se ha hecho es privar al titular de su condición de tal, desde el momento en que ya no se encuentra en condiciones decidir sobre el ejercicio de su derecho. (Aldunate, 2008, pág. 160)

2.2 Legitimados pasivos

En principio, el legitimado pasivo es el empleador⁹, sea persona natural o jurídica, susceptible de ser emplazado a través de quienes ejercen habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta o representación de aquel.¹⁰

Con todo debe recordarse lo ya dicho en cuanto a que, de manera excepcional, el legislador laboral ha permitido convocar a terceros ajenos al contrato de trabajo ante la jurisdicción laboral generando hipótesis de litis-consorcio pasivo propósito del trabajo en régimen de subcontratación.

Agreguemos que, excepcionalmente, la empresa principal podría ser legitimada pasiva en caso de incurrir en prácticas antisindicales contra las organizaciones sindicales y/o los trabajadores de la empresa contratista, toda vez que el código del trabajo tipifica y sanciona las prácticas antisindicales y desleales cometidas por terceros y, como ya se indicó, el artículo 292, inciso 3° del Código del Trabajo, integra a la órbita material del procedimiento

⁹El artículo 3° letra a) del Código del Trabajo define empleador como “la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo”.

¹⁰Conforme lo dispuesto en el artículo 4° inciso 1° del Código del Trabajo “para los efectos previstos en este Código, se presume de derecho que representa al empleador y que en tal carácter obliga a éste con los trabajadores, el gerente, el administrador, el capitán de barco y, en general, la persona que ejerce habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta o representación de una persona natural o jurídica.”

de tutela la denuncia , investigación y sanción de la totalidad de dichas prácticas.

Situación más compleja se presenta frente a casos de ocultamiento de la persona del empleador, ya sea mediante subcontratación simulada o mediante la utilización simultánea de trabajadores por grupos de sociedades ya que en estos casos el trabajador aparecerá formalmente vinculado a una persona natural o jurídica pero sus servicios los prestará materialmente para otra u otras con las que no posee contrato formal. En mi opinión, el alzamiento del velo corporativo y la individualización correcta del empleador debe realizarse con arreglo a las figuras previstas en el artículo 507 del Código del Trabajo¹¹ como una cuestión previa a través del procedimiento general.

3. LA ANTICIPACIÓN DE LA TUTELA

El artículo 492 del Código del Trabajo permite al juez, de oficio o a petición de parte, sin audiencia previa del afectado, ni admisión de recurso alguno contra la resolución, suspender los efectos del acto impugnado desde el mismo minuto que llega a su conocimiento la denuncia. En efecto, la norma citada dispone que:

El juez, de oficio o a petición de parte, dispondrá en la primera resolución que dicte, la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles, ello, bajo apercibimiento de multa de 50 a 100 UTM¹², la cual podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada. Deberá también hacerlo en cualquier tiempo, desde que cuente con dichos antecedentes. Contra estas resoluciones no procederá recurso alguno.

¹¹El artículo 507 del Código del Trabajo sanciona “al empleador que simule la contratación de trabajadores a través de terceros” y al “que utilice cualquier subterfugio, ocultando, disfrazando o alterando su individualización o patrimonio y que tenga como resultado eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que establece la ley o la convención”.

¹²La multa va de USD 3.750 a USD 7.500 al 1° de abril de 2014.

Se ha querido ver en esta disposición una modalidad de ejercicio de la función cautelar del juez en el proceso laboral, pero ello no es más que una confusión conceptual. La norma del artículo 492 no configura una tutela cautelar sino una tutela anticipatoria (Palavecino, 2012, pág. 65).

La tutela cautelar se destina a asegurar la efectividad de la tutela satisfactiva del derecho material [...] La tutela cautelar es un instrumento de la tutela satisfactiva, en la medida que busca garantizar su fructuosidad [...] La tutela anticipatoria, sin embargo, es satisfactiva del derecho material, permitiendo su realización –y no su seguridad- mediante un cognición sumaria de verosimilitud [...] la tutela anticipatoria tiene el mismo contenido de la tutela final [...] La tutela anticipatoria es la tutela final anticipada con base en la cognición sumaria (Marinoni, 2010, pág. 33).

La “suspensión de los efectos del acto impugnado” prevista en el artículo 492 del Código del Trabajo es la anticipación del “cese inmediato” del comportamiento antijurídico que deberá ordenar el juez en la sentencia definitiva conforme el artículo 495 N° 2 del mismo cuerpo legal, operando el mismo apercibimiento de multa en ambos casos.

La cognición sumaria de verosimilitud la hará el juez a partir “de los antecedentes acompañados al proceso”. Tales antecedentes son que fundamentan la denuncia y que por mandato del artículo 490 del Código del Trabajo, deben acompañarla como requisito de admisibilidad de la misma.

Es razonable que la medida se adopte mediante una cognición sumaria en lugar de una cognición “agotada y definitiva”. Como señala un procesalista brasileño:

Quien desvía los ojos de la moldura técnica del proceso civil y pasa a preocuparse por la “tutela de los derechos”, deja de lado la relación entre satisfactividad y cosa juzgada material, ya que la efectividad de la tutela de un derecho no presupone la cosa juzgada. Aunque la misma tenga gran importancia, la tutela del derecho se otorga independientemente de la cosa juzgada, incluso porque la tutela del derecho, para ser efectiva, en muchos casos tiene que prestarse con base en una cognición sumaria. (Marinoni, 2010, pág. 36)

Pero en cambio sí resulta altamente cuestionable desde el punto de vista de la garantía del debido proceso que la parte que no ha sido previamente oída,

deba soportar de inmediato y sin posibilidad de impugnación, el perjuicio sobre su interés que le provoca la resolución del tribunal.

La tutela anticipatoria en el procedimiento de tutela laboral chileno parece tomada de la figura contenida en el artículo 178 de la Ley española de Procedimiento Laboral, la cual, a diferencia de la chilena, opera solo frente a unos supuestos restringidos y admite alegaciones y pruebas sobre la suspensión solicitada, vale decir respeta los principios de audiencia y contradicción¹³.

Precisamente el respeto a los principios de audiencia y contradicción exige, en mi opinión que, como mínimo, el juez dé tramitación incidental a la solicitud del denunciante de suspensión de los efectos del acto impugnado o, si la decretare de oficio, lo haga con citación del denunciado. Todo ello con miras a abrir al resistente la posibilidad de discutir la necesidad de la tutela anticipatoria y los presupuestos legales de la misma y ofrecer prueba en contrario.

Insisto sobre la necesidad de que se adopte todas las medidas que permitan evitar que producto de dilaciones, la tutela se vuelva ineficaz. En este sentido me parece inoficiosa la primera de las causales que justifica la adopción de la medida de suspensión; a saber: "lesiones de especial gravedad", habida cuenta de la supremacía que los derechos fundamentales ostentan dentro de nuestro sistema jurídico comparativamente con cualesquiera otros bienes o intereses susceptibles de protección, de manera tal que cualquiera trasgresión al mandato de respeto sobre los mismos resulta

¹³El artículo 178 de la Ley de Procedimiento Laboral española dispone. "1. En el mismo escrito de interposición de la demanda el actor podrá solicitar la suspensión de los efectos del acto impugnado. Sólo se podrá deducir esta petición cuando se trate de presuntas lesiones que impidan la participación de candidatos en el proceso electoral o el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva, restructuración de plantillas y otras cuestiones de importancia trascendental que afecten al interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación.

2. Dentro del día siguiente a la admisión de la demanda, el Juzgado o Tribunal citará a las partes ya Ministerio Fiscal para que, en el día y hora que se señale dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, comparezcan a una audiencia preliminar, en la que sólo se admitirán alegaciones y pruebas sobre la suspensión solicitada.

3. El órgano judicial resolverá en el acto mediante auto dictado de viva voz, adoptando, en su caso, las medidas oportunas para reparar la situación."

siempre *a priori* gravemente antijurídica, configura siempre un súper ilícito, de no haber cobertura legal para la conducta que produce su afectación. Entrar en una etapa procesal tan temprana a realizar una calificación sobre la mayor o menor gravedad de la lesión, importa por una parte el peligro de subvaloración o banalización del mandato de respeto de los derechos fundamentales y, por otra, un prejuizgamiento cuando todavía no se cuenta con la totalidad de elementos de convicción para efectuar semejante ponderación. Además revela una incomprensión de la tutela de remoción del ilícito, puesto que para su procedencia “es suficiente la trasgresión de un mandato jurídico, no teniendo importancia si el interés privado tutelado por la norma fue efectivamente lesionado o si ocurrió un daño” (Marinoni, 2010, pág. 58).

Si alguna justificación pudiera haber para la anticipación de la tutela de remoción del ilícito, no podría ser otra que el *periculum in mora*, vale decir que, los tiempos procesales implicaran que “la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles”, esto es, que tornare inútil o extemporáneo el contenido de la sentencia de tutela.

Con todo, dada la gravedad que para la parte denunciada implican las tempranas medidas satisfactivas y la propia celeridad del procedimiento oral, el juez laboral deberá ser especialmente celoso en la concesión de esta tutela a la que, sin duda debe asignársele un carácter excepcionalísimo, considerando la gravedad de las sanciones que tanto patrimonialmente como personalmente pudieran afectarle. En general así ha ocurrido en la práctica.

4. A MANERA DE CONCLUSIÓN: REFLEXIÓN FINAL

Análogo entusiasmo al que en su época generó el “recurso de protección”, ha despertado el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales del trabajador, introducido por la ley 20.087. Salvo una posición firmemente crítica (Palavecino, 2007A, pág. 2), (Palavecino, 2007B, pág. 2), la generalidad de la doctrina juslaboralista chilena no ha escatimado alabanzas a esta modalidad procesal, señalándola como “una novedad muy bienvenida” (Aguilar & Contreras 2007), “una innovación en el sentido correcto” (Caamaño, 2007, pág. 2), verdadero hito fundacional comparable a la “ley de la silla” (Ugarte, 2007) vaticinando que dará lugar a los más virtuosos efectos sobre nuestra

cultura jurídica (Aguilar & Contreras 2007)¹⁴ y concluyendo que “sin duda, favorecerá una protección más adecuada de los trabajadores” (Gamonal, 2007).

Pero si grande ha sido el entusiasmo, grande podría ser también la desilusión. Nuestra propia experiencia respecto de la acción constitucional de protección y las experiencias comparadas en materia de tutela judicial de los derechos fundamentales aconsejan un saludable pesimismo.

En efecto, la tutela judicial directa de los derechos fundamentales, en lugar de jugar a favor de su protección, termina muchas veces atentando contra las libertades. Nacidos para proteger al individuo frente a la insaciable voluntad de poder de Leviatán, los derechos fundamentales terminan siendo la mejor excusa para que el Estado-Juez restrinja arbitrariamente las libertades de los privados.

Por otra parte la fórmula genere una inquietante disminución del protagonismo de la ley (en definitiva de los órganos deliberativos democráticos) en la tarea delimitadora de los derechos fundamentales y reguladora de los conflictos individuales y su sustitución por el juez (que adolece de un notorio déficit democrático)

En tercer término, el desborde panconstitucional pone en cuestión la autonomía privada como fuente legítima de limitaciones a los derechos fundamentales. Su configuración como derechos subjetivos queda vaciada de contenido al integrarse en las diversas nociones de orden público y resultar de ese modo notoriamente perjudicada su disponibilidad.

¹⁴*Afirman que “fortalecerá la posición de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico global chileno, promoverá sin duda el debate y la discusión en torno a los derechos humanos en Chile, extendiéndola a otras disciplinas jurídicas distintas al derecho constitucional (...), contribuirá a que la discusión por parte de los operadores jurídicos respecto de los derechos humanos no sea tan distante de los casos de la vida real, como a veces se la percibe (...), colaborará a un debate razonado y sereno por parte de todos los operadores jurídicos acerca de la eficacia de los derechos humanos, desvinculado de cualquiera identificación histórica (y) facilitará, evidentemente, el camino al juez laboral y producirá en este mismo juez un efecto reforzador de la confianza para efectuar una protección concreta de los derechos humanos de los trabajadores.” ¡Sancta simplicitas!*

Finalmente la tutela judicial directa genera una pérdida del carácter general y abstracto de los límites de cada derecho fundamental y su abandono al casuismo judicial generando incerteza jurídica y caprichosos límites a las libertades.

Existen otras posibilidades de solución del conflicto a que da lugar la denuncia por vulneración de derechos fundamentales que no pasan ni por imaginar su colisión con otros derechos de igual naturaleza, ni por el método de la ponderación. El procedimiento de tutela laboral chileno admite una lectura que permite recobrar el protagonismo de la ley a la hora de resolver sobre la lesión derechos fundamentales en las relaciones laborales.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar, G. & Contreras, C. (2007) El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile. *Ius et Praxis*, 13 (1), 205-243

Aldunate, E. (2008). *Derechos Fundamentales*. Santiago de Chile: Legal Publishing.

Caamaño, E. El procedimiento de tutela: una innovación en el sentido correcto. *La Semana Jurídica* (335).

_____. (2004). La tutela jurisdiccional del derecho fundamental a la no discriminación por razones de sexo: un análisis desde la perspectiva del proyecto de reforma al procedimiento laboral. *Anuario de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, (3), 226-227.

Ferrada, J. C. & Walter, R. (2011). La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral. *Revista Derecho*, 24 (2) 91-111.

Ferrada, J. C. Abriendo camino en la tutela de derechos fundamentales en materia laboral: buenas intenciones, malos instrumentos (Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó). *Revista Derecho* 21 (2) 251-271.

Gamonal, S.(2007). *El procedimiento de tutela de derechos laborales*. Santiago de Chile: LexisNexis.

Marinoni, L. G. (2010). Tutelas urgentes y tutelas preventivas. Lima: Communitas.

Palavecino, C.(2012). La reforma procesal laboral chilena: una visión crítica desde el garantismo procesal. *Revista Laboral Chilena*, 59-68.

_____. (2007A)Procedimiento de tutela laboral y debido proceso. *La Semana Jurídica* (336).

_____. (2007B). Procedimiento de tutela laboral: ¿El fin justifica los medios? *La Semana Jurídica*, (333).

Silva, L. A. (2011). Supremacía constitucional y tutela laboral. *Revista Derecho*, 24 (1), 31-48.

Ugarte, J. Tutela de derechos fundamentales del trabajador. Santiago de Chile: Legalpublishing.

_____. (2007). La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro. *Revista de Derecho*, XX (2).

Walter, R. & Lanata, G. (2007). Régimen legal del nuevo proceso laboral chileno: estudio de las modificaciones introducidas por las leyes N° 20.022, 20.023 y 20.087. Santiago de Chile: Lexis Nexis.

A large, stylized graphic of a leaf or plant branch, rendered in shades of gray, occupies the right side of the page. It features several pointed, overlapping leaf-like shapes that curve upwards and to the right, creating a sense of movement and growth.

Capítulo 6

EL PROCESO JUDICIAL, EL NUEVO PROCESO
CIVIL COLOMBIANO Y LA AXIOLOGÍA DEL
DERECHO PROCESAL: "CONFUSIONES
QUE DEJAN DE LADO LA LIBERTAD"

El proceso judicial, el nuevo proceso civil colombiano y la axiología del derecho procesal: "confusiones que dejan de lado la libertad"

Jovanny Boss Agudelo¹

"La libertad es aquella facultad que aumenta la utilidad de todas las demás facultades"

Immanuel Kant

INTRODUCCIÓN

Se tiene conocimiento de estructuras procesales en Occidente desde tiempos de Grecia y Roma, sin embargo es importante precisar que el Derecho Procesal se ha consolidado como disciplina autónoma dentro de la ciencia jurídica durante los siglos XIX y XX. En este proceso tuvieron incidencia desarrollos históricos como fueron: a) las ideas Nacionalistas Fascistas; b) la Segunda Guerra Mundial y c) la concepción del Estado Social de Derecho. Aún más, la intervención directa de Mussolini en el Código de Procedimiento Civil italiano es una clara prueba de ello tal y como lo señala Cipriani (2013), así como la influencia de Klein y Bettam en el pensamiento procesal contemporáneo.

Lo anterior, sumado a los comunes problemas latinoamericanos de efectividad, celeridad y popularidad del ejercicio jurisdiccional, ha obligado a la búsqueda de soluciones a través de la incorporación de procedimientos encaminados a la consecución de justicia pronta bajo una única bandera (consecución de la verdad), de ahí que no importe el método si se consigue el fin, y mucho mejor si el mismo se logra de manera pronta, lo que implica dejar de lado los postulados del proceso dispositivo o acusatorio y el método

¹Abogado de la Corporación Universitaria Remington, con estudios de maestría en Derecho Procesal en la Universidad Nacional de Rosario Argentina. Docente investigador en el área de Derecho Procesal de la Corporación Universitaria Remington de Medellín. Conferencista internacional en temas de Derecho Procesal, miembro del Instituto Panamericano de Derecho Procesal y Presidente de la Sección Antioquia del mismo instituto Coordinador para Colombia de la Colección Breviarios Derecho Procesal Garantista que publica el Fondo Editorial Remington y la Fundación para el Mejor Desarrollo de las Ciencias Jurídicas de Argentina. Correo jovanny.agudelo@remington.edu.co

adversarial, con tal de obtener la mayor cantidad de sentencias en el menor tiempo posible.

Lo que pretende demostrar el presente trabajo es la necesidad de la estricta rigurosidad de la aplicación de la teoría general del proceso dispositivo o acusatorio al momento de desarrollar ordenamientos procesales, si lo que se pretende es terminar el conflicto. Ahora bien, como el proceso judicial no es la única herramienta para cumplir este fin, no es aceptable su distorsión a partir de valores como la justicia, la verdad y la solidaridad toda vez que para ello existen los mecanismos autocompositivos.

El texto se compone de una parte introductoria que presenta, a grandes rasgos, el problema seguida del desarrollo de la teoría general del proceso, posteriormente analizamos la exposición de motivos que da origen al nuevo proceso civil colombiano, para pasar a un análisis del derecho procesal a partir de la axiología para terminar con las conclusiones del autor.

1. TEORÍA GENERAL DEL PROCESO

La teoría general del proceso tiene como objeto de estudio el proceso judicial y este a su vez encuentra su razón de ser en la solución definitiva y pacífica del conflicto intersubjetivo de intereses, como acertadamente se desprende de la lectura del texto de Introducción al Estudio del Derecho Procesal del profesor Alvarado Velloso (2008), de ahí que sea importante aclarar que el conflicto como hecho generador del proceso requiere necesariamente de la intervención de dos o más sujetos, de tal forma que cabría preguntar ¿existen o no conflictos unipersonales? Los mismos no serán relevantes para el Derecho Procesal, infiriéndose de lo enunciado que el proceso judicial como método puede garantizar la solución definitiva del conflicto, mas no le es posible asegurar la consecución de la verdad y mucho menos la aplicación de la justicia.

Así mismo, el proceso judicial basa su ejercicio en un método dialéctico de afirmación (pretendiente) y negación (resistente), del cual se desprende un resultado denominado sentencia, que es proferido por un sujeto al cual se le exige, de acuerdo con el profesor Alvarado (2010), que sea imparcial, imparcial e independiente. Posterior a un juicio valorativo que se realiza a partir de las pruebas solicitada por las partes y practicadas en juicio, dado lo anterior se hace necesario el respeto a los principios de igualdad

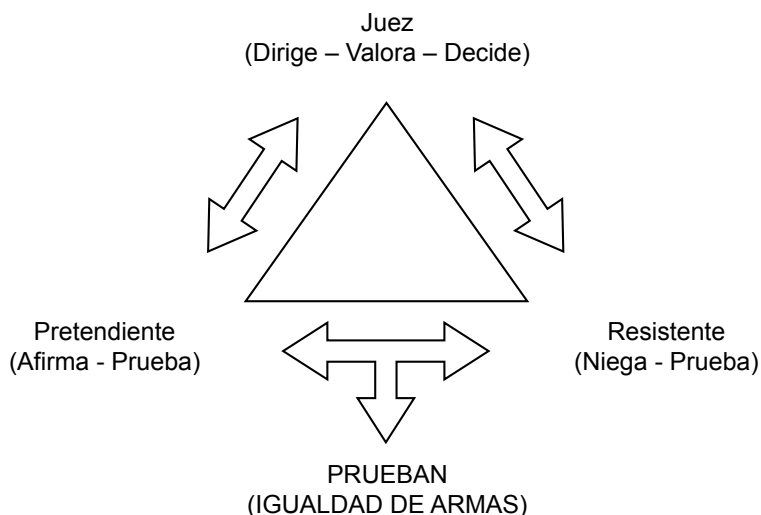
de armas e imparcialidad del fallador. Entendiéndose que cada uno de los sujetos procesales tienen determinadas sus funciones de acuerdo a su rol: a) el pretendiente (afirma – prueba). Afirma los hechos que fundan las pretensiones y que confirma con las pruebas; b) el resistente (niega – prueba) pronunciamiento sobre los hechos o nuevos hechos, que fundan sus excepciones y confirma con las pruebas c) el fallador (dirige - valora y decide) dirige el proceso, valora las prueba y decide el conflicto.

Todo lo anterior se perfecciona a partir de una serie de procedimientos encadenados bajo autoridad, que se desarrollan en tres etapas: i) preliminar (afirmación – negación y saneamiento), ii) pruebas (práctica), alegaciones (convencimiento del juez a las partes a partir de lo probado) y iii) posterior a ello se evidencia un resultado o decisión (fallo o sentencia judicial).

Así mismo, se permite la intervención en el proceso de diferentes sujetos o terceros interesados, toda vez que, podrían salir afectados con la decisión que ponga fin al conflicto.

Prolongándose los procedimientos señalados durante el curso de la instancia (espacio temporal dado entre la afirmación y la decisión), ahora bien, la inconformidad sobre las decisiones del fallador en el curso del proceso o al momento de su pronunciamiento final, permiten la oposición de las partes a través de los medios de impugnación (recursos), que pueden inclusive dar origen a una nueva instancia.

En suma, lo anterior fue graficado excepcionalmente hace más de 50 años por el profesor italiano Guisepe Chioventa (2011) a través de un triángulo equilátero así:



Ahora bien, lo anterior no solo explica, sino que grafica el proceso dispositivo o acusatorio que propone la Teoría General del Proceso. El derecho a realizar la condición para la actuación de la voluntad del Estado es lo que se llama acción. Este derecho se ejercita con un acto de voluntad que se manifiesta en la demanda judicial. Ahora bien, para que este acto de voluntad verifique la condición para la actuación del derecho objetivo, el mismo debe ser comunicado al Estado y al adversario según determinadas reglas referentes a la competencia y a la capacidad subjetiva del órgano jurisdiccional, a la representación de las partes y a las formas de comunicación; y a veces solo después de haber cumplido determinados actos se genera la obligación del juez de pronunciarse en cuanto al mérito.

2. EL PROCESO CIVIL A PARTIR DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO COLOMBIANO

2.1 Antecedentes

El proyecto de Código General del Proceso Colombiano, hoy Ley 1564 del 2012, tuvo su inicio en el año 2003 a cargo del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y bajo la custodia de su presidente, Jairo Parra Quijano, teniendo como premisa replazar la garantía meramente formal por una garantía real de los derechos fundamentales (ICDP, 2014).

2.2 Exposición de motivos

- “El Código sigue inspirado por el principio dispositivo, pero sustentado en una concepción publicista del mismo”, la primera contradicción de este nuevo estatuto la encontramos en la anterior afirmación, dado que un proceso publicista se torna sustancialmente diferente a lo que verdaderamente señala un proceso dispositivo dentro del cual es inadmisibile la intervención directa del juez en funciones propias de las partes.
- Frente a la actividad probatoria, el código consagra la prueba de oficio como mecanismo para acabar con la “divina igualdad” y así mismo implementa la distribución probatoria fundada en el desarrollo del principio de solidaridad, entendiendo de esta forma la obligación de probar los hechos de la contraparte convirtiendo así el derecho a la prueba de un derecho facultativo a uno obligatorio, lo que deja de lado el principio general del derecho que señala que el derecho es dispositivo. A este respecto, el maestro Echandía (2002) señala la importancia de la prueba, que trasciende del Derecho Procesal al campo del derecho en general, extendiéndose a todas las ciencias que integran el saber humano, e incluso, la vida práctica cotidiana.
- Limitación de los recursos, exigiendo al juez de conocimiento horizontal o de instancia superior el pronunciamiento única y expresamente sobre lo puntos objeto del recurso, lo que es perfectamente coherente dentro de lo que se conoce como proceso acusatorio.
- Para su trámite contempla la verbalización de los procesos declarativos a partir de la segunda parte de la etapa preliminar, entendiéndose fijación y saneamiento del litigio, toda vez que la presentación y contestación de la demanda se mantienen de manera escritural, de tal forma que el cambio frente a la metodología procedimental consiste en pasar de un procedimiento mixto mayoritariamente escritural a un procedimiento mayoritariamente escritural.
- Por último, reglamenta los procesos declarativos especiales e incorpora el procedimiento monitorio como la gran novedad del nuevo estatuto procesal.

De lo anterior se desprende que desde sus antecedentes y su exposición de motivos, existe una combinación de los elementos que componen un proceso judicial acusatorio o dispositivo y los elementos que la doctrina contemporánea ha denominado proceso publicista o social, a partir de

un error frente a la concepción de Estado que consagra la Constitución Política de Colombia: “Estado Social de Derecho”, que exige garantizar a sus asociados una vida digna y el desarrollo del principio de solidaridad, el principio que el ejercicio activista del proceso judicial confunde con la necesidad de obtener la verdad como única forma de alcanzar la justicia pretendiendo, a través del juzgador interventor, garantizar el acceso a la justicia dejando de lado la imposibilidad que presenta el proceso judicial para encontrar la verdad, y dado que la misma se encontrará a partir de la intervención directa del fallador en funciones propias de las partes, igual se estaría afectando el acceso a la justicia al omitir la imparcialidad del juez cuando este beneficia con su decisión a una parte que fue incapaz de probar en juicio y perjudicando así a la contra parte que ejerció su defensa a partir de los hechos afirmados y de las pruebas presentadas. Al surgir una prueba oficiosa o cambiar la distribución probatoria en juicio se está desequilibrando la balanza en contra de la parte supuestamente “fuerte” a consideración del juzgador, quien pone al servicio de la mal denominada parte “débil” el aparato jurisdiccional en pleno para la adquisición de la tan anhelada verdad y posterior consecución de la justicia. Importante traer a colación lo señalado por el profesor Amaya:

¿Por qué el Estado constitucional es aquel que reconoce derechos fundamentales y al mismo tiempo divide el poder político?

La conexión entre ambos elementos se ilustra a partir de que los derechos individuales son los límites principales del poder político e inviolables por el mismo, tanto en el sentido negativo como positivo, es decir tanto en el sentido en que no pueden adoptarse decisiones que lesionen esos derechos como en el sentido que está obligado asegurar su disfrute por parte de los individuos. (2012, pág.29)

Como se observa en la primera parte del presente trabajo, el éxito del proceso judicial está fundamentado en el cumplimiento riguroso del método de debate que determina las funciones del juez, de las partes y de los terceros intervinientes, de tal forma que sustentar a partir de principios axiológicos la desconfiguración del método procesal, no solo acaba con el proceso, sino que es contrario a los principios constitucionales colombianos y lo señalado por la Convención Americana de Derechos Humanos que en su artículo 1.1. obliga al Estado colombiano, como Estado parte, a “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas

o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Ahora bien, si a través de la incorporación de instituciones procesales como las pruebas oficiosas o la distribución de la carga probatoria se pudiese garantizar la obtención de la verdad y la justicia, no existiría oposición alguna a su práctica, sin embargo esto no es posible toda vez que el proceso permite la solución definitiva del conflicto a través de una decisión (sentencia judicial), que no es cosa diferente al resultado del juicio de valor adelantado por el fallador a partir de lo probado. De tal forma que se reduce a un ejercicio de convencimiento a partir de la técnica procesal que, insistimos, en ningún momento garantiza verdad y justicia, por el contrario sí rompe en forma absoluta la igualdad y la imparcialidad.

La igualdad procesal no se refiere a igualdad material y mucho menos a la “Divina Igualdad”, se trata más bien de la igualdad de armas como principio garantizador de oportunidades procedimentales para las partes, de tal forma que cada una pueda afirmar, negar, refutar, confirmar y alegar. Pretender lo contrario es utópico pues la igualdad material o “Divina Igualdad”, exige que el proceso convierta a dos personas, que por naturaleza son diferentes, en seres exactamente iguales y eso no es posible puesto que lo que se propende y defiende es jurisdicción y debido proceso como garantía de igualdad formal, me permito la apropiación de las palabras del profesor brasileiro Gumerato Ramos:

Es ese panorama se vuelve imperioso que el sistema de enjuiciamiento sea estructurado a partir de dos valores constitucionales: la jurisdicción (=Poder) y el debido proceso (=Garantía). La prevalencia de uno de esos valores sobre el otro hará que el producto de la actividad desarrollada por el poder judicial carezca de legitimidad constitucional, aunque la práctica demuestre que no siempre exista ese necesario equilibrio entre poder y garantía. (2013, pág. 15)

Frente a la imparcialidad se hace necesario aclarar que la obtención de la absoluta imparcialidad está limitada el ejercicio, de suyo, subjetivo del juez, sin embargo el diseño de sistemas de procesamiento debe estar compuesto de procedimientos que eviten al máximo romper con la imparcialidad a partir del ejercicio dialéctico del debate procesal. Al respecto, frente a la posición del juez, advierte el maestro Ferrajoli “investigador particularmente cualificado que es el Juez..., por más que se esfuerce en ser objetivo, siempre está

condicionado por las circunstancias ambientales en las que actúa, por sus sentimientos, sus inclinaciones, sus emociones, sus valores éticos políticos” (1998, pág. 56). De tal forma que no se discute frente a la imposibilidad material de la perfecta imparcialidad; pero se exige del sistema procesal que regule las condiciones necesarias para la máxima condición de ella dentro del proceso, pudiéndose así avalar que las actuaciones no imparciales del juez se den en su ejercicio prerrogativo de la valoración probatoria, mas no en los diferentes procedimientos que son obligatorios para las partes, tal y como diría la profesora Meroi cuando señala que “ la vigencia de la garantía de un Juez Imparcial, tan imparcial como sea posible, es un buen comienzo” (2013, pág. 54).

Contrario a lo anterior, el Código General del Proceso incorpora la limitación del recurso señalando que solo serán susceptible de pronunciamiento por parte del juez de conocimiento (instancia o superior) las inconformidades expuestas por el recurrente, de ahí que se avizore que el procedimiento en comento respeta no solo la igualdad de parte impidiendo que la decida de forma *extra o ultra petita* sobre el recurso y a su vez se convierte en un procedimiento propio de un sistema dispositivo, que tiene como fin garantizar el actuar imparcial del juez.

Seguido, se tiene entonces que el fundar el Proceso Civil en principios dispositivos y a su vez aceptar las disposiciones, las concepciones del proceso publicista, termina por dislocar el carácter adversarial del proceso judicial, lo que necesariamente conlleva a la confusión del asociado frente al Estado pues no queda en capacidad de dilucidar si a través del proceso judicial puede o no lograr la solución definitiva del conflicto que lo llevó a la instancia jurisdiccional. De ahí, la importancia de determinar la influencia de la axiología desde la concepción de Estado y el sistema procesal.

3. EL CARÁCTER AXIOLÓGICO DE LA LEY

La axiología comprende el estudio de los valores, que necesariamente hacen parte del ser interno de las personas. Ahora bien, es posible hablar de la existencia de valores que respondan a los ideales de instituciones e inclusive del Estado, el problema radica en su propio carácter axiológico que los hace relativos de tal forma que, así se encuentren tipificados dentro al interior de una norma supra como lo es la Constitución, pretender su absolutismo termina necesariamente convirtiéndose en utopía, debido a

que no es posible parametrizar el ser, no queriendo decir con esto que no se puedan adecuar conductas con fines de regular sociedades, pues nada tiene que ver lo uno con lo otro.

Observemos cómo el profesor Racanses, realiza un análisis de la axiología y el Derecho positivo:

El análisis del sentido esencial del Derecho demuestra que la negación positiva contiene un absurdo. El Derecho positivo es una pauta de conducta de carácter normativo, ahora bien, una norma significa que entre varias posibilidades fácticas de comportamiento hay algunas elegidas, y, por lo tanto, hay otras rechazadas. Las posibilidades de conducta elegidas lo son porque resultan preferidas a otras, esta preferencia se funda sobre su valoración. Es decir, aunque las normas de Derecho positivo son elaboradas empírica y pragmáticamente por los hombres, y aunque desde el punto de vista formal emanan del mandato el poder político, ellas no pueden ser de ningún modo entendidas simplemente como meros hechos. En todo caso, son hechos humanos, y, en tanto que tales, tienen esencialmente un sentido, una significación. Este sentido fundamentalmente es la referencia a valores. La normatividad del Derecho positivo carecería de sentido si ella no estuviese referida a un juicio de valor, que es precisamente lo que inspira la conducta social que está regulada de determinada manera, porque se cree que esta es mejor que otras posibles regulaciones. Claro que puede suceder a veces el Derecho positivo fracase en el cumplimiento de su intencionalidad de valor, pero, incluso cuando esto ocurra, tal propósito de realizar algunas exigencias de valores constituye una dimensión esencial de todo Derecho. (1963, pág.125)

Ahora observemos lo afirmado por el profesor Álvarez Gardiol:

Positivismo como modo de acercarnos al Derecho; comprendiendo aquí una acepción que distingue el derecho que es, del que debiera ser o que nos gustaría que fuese y reservando entonces la denominación solo para aquel que es, en una actitud definitivamente avalorativa o éticamente neutral. Esta posición de profunda estirpe empírica lo que hace es abroquelarse respecto del derecho que es aplicado en un sistema, con total prescindencia de que el mismo sea justo o injusto, ya que sus investigaciones se desarrollan a partir de un determinado umbral científico que depone con relación a los juicios de valor. (2004, pág. 110)

3.1 La axiología y el activismo judicial

La corriente activista o publicista del proceso, a partir de su necesidad imperiosa de encontrar la verdad para lograr la justicia, presenta un proceso judicial de carácter social y solidario, que exige la intervención directa del Estado arguyendo que el conflicto litigioso no le es indiferente, toda vez que los sujetos partes son sus asociados, tal y como diría Klein, citado por el profesor Palavecino (2013), y las controversias particulares son males sociales relacionados con la pérdida del tiempo, dispendio de dinero, indisponibilidad infructuosa de bienes patrimoniales, fomento de odio y de ira entre las partes litigantes y de otras pasiones fatales para la convivencia de la sociedad.

Así mismo el profesor Taruffo (2006), defiende los planteamientos axiológicos del publicismo, a partir de la existencia de un juez capaz evidentemente; los ordenamientos que le han atribuido al juez un papel activo en la adquisición de las pruebas han creído que tales poderes les eran otorgados a jueces capaces de desarrollar correctamente y racional su función de estímulo, de control y de iniciativa probatoria, sin que ello pusiera en peligro los valores fundamentales del proceso civil.

3.2 La axiología y el garantismo procesal

El garantismo procesal defiende a ultranza el valor sobre el cual se cimienta el proceso: “la paz social”, y lo hace a partir de la razón de ser del proceso judicial que no es otra que la de solucionar el conflicto, de tal forma que la decisión que subyace de la sentencia proferida a partir de la valoración probatoria termina de forma definitiva la interposición de intereses que dio origen al conflicto litigioso, permitiendo, a partir de la nueva realidad, alcanzar el valor máspreciado del ser humano. Aquí me veo obligado a transcribir las palabras que alguna vez un fiscal nicaragüense le diría a nuestro querido maestro Adolfo Alvarado y que él no se cansa de repetir por el mundo: “el bien máspreciado es la vida, si se vive en libertad, porque la vida no merece ser vivida si no se es libre”. En suma, el ejercicio del proceso dado a partir del carácter proyectivo de la acción, exigiendo como resultado el valor positivado en sí mismo, en el acto jurisdiccional por excelencia (la sentencia).

4. CONCLUSIONES

Como ya se afirmó, el proceso judicial se debe a un método de debate que tiene por objeto la discusión dialéctica basada en hechos probados, que no necesariamente garantizan la obtención de la verdad, aún más, en estricta rigurosidad procesal, hablamos de la verdad probatoria lo que implica la relativización de la verdad a partir de su adjetivación, evidenciándose el obstáculo de alcanzar la verdad absoluta, lo que es una realidad que el proceso judicial no desconoce ni puede desconocer. Esto implica que el implementar procedimientos que destruyan la imparcialidad, así se fundamenten en la consecución de la tan anhelada verdad, terminan por destruir el método y privilegian el fin.

Apartándonos del profesor Taruffo (2006), la discusión frente a la intervención del juez en funciones propias de las partes tiene mucha más trascendencia que la de afirmar que la aceptación generalizada en los procesos civiles europeos garantiza la objetividad frente al asentimiento de que es una posición jurídicamente correcta, de ser así, sería descartable la importancia de la forma para el proceso judicial y como consecuencia de ello, emerge la desarticulación del método.

La doctrina del activismo judicial defiende la estructura de procesos civiles a partir de la combinación de las características del proceso dispositivo y el publicista, lo que se torna, por decir lo menos, un absurdo, pues pretender que a través de la mixtura de sistemas procesales se logren resultados óptimos de parte de la jurisdicción es utópico, de la mezcla de dos antagónicos no puede emerger sino un resultado mediocre, como pasa al combinar el blanco con el negro, obtenemos un gris, que no es ni lo uno ni lo otro.

Ahora, si se trata de obtener justicia, nuevamente tenemos que reconocer que el proceso judicial no es y no puede ser el método para alcanzar dicho propósito, en el entendido que él mismo no está diseñado para esto, de ahí que sea necesario buscar otras herramientas que, si bien no garantizan ni verdad y justicia absoluta, sí permiten la manifestación de la voluntad de las partes como mecanismos alternativos para dirimir el conflicto intersubjetivo de intereses, de tal forma que en esos casos donde la solución subyace de la manifestación de voluntades la discusión frente a la verdad y la justicia pasará a un segundo plano, toda vez que se logra la obtención de la aceptación social.

Tal y como señalaría Amaya (2012), el límite al poder político lo ponen los derechos fundamentales que son inviolables de forma negativa o positiva. De tal forma que, fundar la incorporación de la distribución probatoria en el Código General del Proceso, a partir del principio constitucional de solidaridad, termina por afectar directamente el derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de nuestra Constitución y, por lo tanto, se configura la violación a la limitante del poder político dentro de lo que se distingue como Estado Social de Derecho.

La distorsión de los procedimientos, el privilegio de valores con fines no tipificados, las ansias de justicia pronta, la pretensión de equilibrar las partes a partir de la disposición absoluta del aparato jurisdiccional, destruyen el proceso y destruir el proceso es destruir la libertad, como lo afirmara el profesor Palavecino (2013). Este es el precio que estamos pagando por no distinguir entre proceso y procedimiento, método y fin, valor y norma, y lo peor, es que no es necesario, si para ello existen soluciones autocompositivas que permiten su realización. No pretendamos que el proceso judicial cumpla funciones divinas, si es que en algo nos importa la libertad.

BIBLIOGRAFÍA

Alvarado Velloso, A. (2008). Introducción al Estudio del Derecho Procesal. Rosario: Rubienzal Culzoni.

_____. (2010). El Garantismo Procesal: temas procesales conflictivos. Vol.4. Rosario: Juris.

Álvarez Gardiol, A. (2004). Lecciones de epistemología: algunas cuestiones epistemológicas de las ciencias jurídicas. Santa Fe: Ediciones UNL.

Amaya, J. A. (2012). Democracia vs. Constitución: el poder del juez constitucional. Rosario: Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1564 de julio 12 de 2012 Código General Del Proceso.

- Cipriani, F. (2013). El autoritarismo del código de procedimiento civil italiano. Breviarios Procesales Garantistas, volumen 3. Medellín: Fondo Editorial Remington – Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas.
- Chiovenda, G. (2011). La acción en el sistema de los derechos. Vol 18. Bogotá: Temis
- Devis Echandía, H. (2002). Teoría general de la prueba judicial. Vol. 1. Bogotá: Temis.
- Ferrajoli, L. (1998). Derecho y razón. 3 ed. Madrid: Trotta.
- Gumerato Ramos, G. (2013). Repensando la prueba de oficio. Breviarios Procesales Garantistas. Vol. 6. Medellín: Fondo Editorial Remington – Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas.
- Instituto Colombiano De Derecho Procesal. Exposición de motivos: Código General del Proceso.
- _____. Antecedentes: Código General del Proceso.
- Meroi, A. (2013). La imparcialidad judicial. Breviarios Procesales Garantistas. Vol. 3. Medellín: Fondo Editorial Remington – Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas.
- Palavecino Cáceres, C. (2013). El retorno del inquisidor: crítica a la iniciativa probatoria. Breviarios Procesales Garantistas. Medellín: Fondo Editorial Remington – Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas.
- _____. (2013). II Encuentro Internacional en Derecho Procesal Garantista: el Juez y la legalidad del proceso. Juliaca (Perú): Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez.
- Recaséns Siches, L. (1963). Axiología jurídica y derecho natural. Simposium sobre Derecho Natural y Axiología. México: UNAM.

Taruffo, M. (2006). Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *Lus et Praxis*, 12(2), 95-122. Recuperado en 14 de abril de 2014, de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-

A large, stylized graphic of a leaf or plant branch, rendered in a light gray color, occupies the right side of the page. It features several long, pointed, overlapping leaflets that curve upwards and outwards, creating a sense of movement and growth. The background is a light, neutral gray.

Capítulo 7

HACIA LA APLICACIÓN DEL CONTROL
DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD
EN COLOMBIA

Hacia la aplicación del control difuso de convencionalidad en Colombia

Jorge Andrés Mora Méndez*

INTRODUCCIÓN

Desde la óptica de la filosofía política, el proceso puede ser considerado como la mejor herramienta para la legitimación de un Estado, pues solamente a través de él la sociedad respalda los procesos democráticos como consecuencia de la sensación de justicia y equidad que genera un debate procesal transparente y garante de los principios constitucionales y convencionales. Es precisamente esta percepción la que inspira las líneas que se escriben y no la de ver en el proceso el escenario de ritualismos y formalidades que tanto daño le ha hecho al derecho procesal como rama jurídica autónoma e independiente.

Aclarado lo anterior, debe tenerse en cuenta que el mundo jurídico de la actualidad presencia algunos fenómenos que lo diferencian de otros que han tenido lugar en tiempos anteriores, tales como la internacionalización del derecho, los continuos trasplantes jurídicos, el diálogo entre el derecho anglosajón y el continental, la aparición de teorías de la argumentación en la fundamentación de decisiones judiciales, el replanteamiento de las fuentes primarias y secundarias del derecho, entre otros aspectos, que sorpresivamente concurren al interior del debate procesal que surge ante cualquier juez de la república sin importar la naturaleza del conflicto intersubjetivo de intereses.

**Abogado, Filósofo y Especialista en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre de Colombia, candidato a magister en Derecho Procesal de la Universidad Nacional del Rosario Argentina, con estudios de docencia universitaria, pedagogía constitucional y pedagogía en derechos humanos de la Escuela de Formación para Docentes Universitarios de la Universidad Libre, profesor investigador de la Universidad Cooperativa de Colombia y docente de derecho procesal de la Universidad Libre seccional Bogotá, profesor visitante de la Universidad Nacional de Trujillo Perú y de la especialización en derecho procesal de la Universidad de Buenos Aires Argentina, Asistente Editorial de la Revista Verba Iuris del Instituto de Posgrados de la Universidad Libre, conferencista nacional e internacional y abogado adscrito a la firma Legal Assistance Group.*
Correo: jorgeandresmoramendez@hotmail.com.

En este orden de ideas, el presente artículo pretende abordar solamente uno de los aspectos que caracterizan al derecho procesal contemporáneo, es decir, la internacionalización de los sistemas normativos. No obstante, escribir sobre la internacionalización del derecho procesal sigue siendo muy amplio, razón por la cual se quiere hacer el salvamento de que acá solo se abordará uno de los aspectos que integra este componente, tal como lo es el control difuso de convencionalidad.

En consecuencia de lo anterior, el escrito está dividido en dos partes, en un primer momento se desarrollarán los presupuestos del control difuso de convencionalidad, tal y como lo son el replanteamiento del concepto de soberanía, el desarrollo que ha tenido el principio de la supremacía normativa, el progreso de la institución del bloque de constitucionalidad y la evolución jurisprudencial al interior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre control de convencionalidad. En segundo lugar se desarrollarán los conceptos generales de la pretensión y excepción como instituciones fundamentales de la Teoría General del Proceso, los cuales deben adecuarse a las nuevas características de los ordenamientos jurídicos contemporáneos para abrir la posibilidad de la aplicación del control difuso de convencionalidad.

1. DE LOS PRESUPUESTOS DEL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD

El control difuso de convencionalidad puede ser definido como la confrontación normativa que hace un juez o autoridad administrativa de un Estado que haya suscrito la Convención Americana sobre Derechos Humanos y aceptado la Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como sucede con Colombia, en la que se toma como norma prevalente a los tratados internacionales sobre derechos humanos y las subreglas fijadas en la jurisprudencia proferida por el tribunal interamericano. Sin embargo, esta concepción de control difuso de convencionalidad es consecuencia del replanteamiento del concepto de soberanía, de la evolución del concepto de bloque de constitucionalidad, de la implementación y desarrollo del concepto de supremacía normativa y, finalmente, del precedente fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al control de convencionalidad propiamente dicho. Por lo anterior, durante esta primera parte del trabajo se pretenderá mostrar cómo cada uno de estos aspectos ha contribuido para la evolución del control difuso de convencionalidad.

1.1 El replanteamiento del concepto de soberanía

La soberanía es uno de los atributos que surge cuando una población en un territorio determinado y con una forma de gobierno establecida pretende llamarse Estado, siendo entonces un concepto fundamental dentro de la ciencia política. Pero los Estados no nacieron hace pocos años, pues bastaría tomar un manual de historia universal para llegar a la conclusión de que los Estados modernos que hoy se conocen se empezaron a forjar desde la antigua Grecia pero se consolidaron una vez terminada la Edad Media, siendo entonces imposible que el concepto de soberanía se mantenga incólume desde el siglo XV hasta nuestros días.

En este orden de ideas, la soberanía desde una perspectiva clásica era aquella que se evidenciaba cuando un Estado creaba y derogaba sus propias normas a través de un cuerpo político derivado de la voluntad popular, administraba justicia de conformidad con los parámetros que él mismo fijaba y elegía a sus gobernantes sin la vigilancia de otros agentes externos, caracterizándose entonces esta soberanía por lo que el profesor David Murillo Cruz (2012) ha denominado como la soberanía potestad, es decir, que eran los mismos Estados quienes tenían plena potestad para aceptar cualquiera tipo de límite para la creación de normas, administrar justicia y elegir a sus representantes, tal y como lo pueden ser una convención internacional o un órgano político como Naciones Unidas.

Dicho concepto clásico de soberanía ha sido desarrollado por grandes teóricos a lo largo de la historia, destacándose Jean Bodín quien sostuvo que “la soberanía es el poder absoluto y perpetuo de la república” (2006, pág. 47), lo que implica que no pueden existir fuerzas externas al Estado que determine el qué hacer del mismo. Este mismo concepto absolutista de la soberanía se hace presente en Jean Jacques Rousseau (citado por Rodríguez Santibáñez, 2011, pág. 10), para quien solo será posible hablar de un Estado soberano cuando el pueblo asume el contrato social y realiza un acto, siendo entonces la soberanía una potestad indivisible, inalienable e imprescriptible debido a que es el resultado de la voluntad general, significando ello que solo le pertenece al Estado cumplir con las funciones creadoras e interpretativas de la ley, así como las administrativas. (Mora Méndez, 2012)

Pero el aludido concepto de la soberanía potestad tuvo que ser replanteado tras la imposición del mundo globalizado, pero aún más por los mercados económicos a escala mundial que exigen Estados homogenizados que faciliten la creación de riqueza, lo cual debe imponerse desde la garantía que genera tener marcos jurídicos homogéneos a los cuales los diversos Estados se deben acoger so pena de quedar excluidos de la distribución de la riqueza. En efecto, una vez los Estados se ven coaccionados a celebrar tratados internacionales haciendo uso de su soberanía potestad, adquieren obligaciones que los llevan a vincular normas de derecho internacional a su orden jurídico interno, a aceptar posibles sentencias de índole internacional como consecuencia de haber incumplido las obligaciones estipuladas en los pactos internacionales, entre otros aspectos, que evidencian la transformación del concepto de soberanía, el cual ya no es una mera potestad sino una soberanía obligación.

Este fenómeno transformador del concepto de soberanía es descrito por el profesor Abel Zamorano de la siguiente manera:

De allí que, cuando existen conflictos, en su protección con ciertas normas y jurisprudencias estatales en los cuales los Estados como Panamá, anteponen su derecho interno para incumplir las órdenes impartidas por los tribunales internacionales de derechos humanos se acogen al concepto tradicional de soberanía potestad. Pero ese concepto ha sido superado por el de soberanía obligación, mediante el cual los Estado están obligados a acatar y cumplir las órdenes emanadas de un tribunal internacional, precisamente porque de manera soberana, aceptaron su competencia y porque los obliga a velar por los derechos de sus administradores y no vulnerarlos, acogiéndose al concepto de soberanía potestad. (2012, pág. 19)

Así mismo, este replanteamiento del concepto de soberanía es algo inminente cuando de derecho internacional se pretende hablar, pues el mismo Kelsen aclaraba “que el derecho internacional está constituido por normas que originariamente fueron producidas mediante actos de los Estados - es decir, de los órganos competentes al respecto, conforme a los órdenes jurídicos de cada Estado-, para regular las relaciones interestatales, y ello, por la vía de la costumbre” (2007, pág.326), así las cosas, es posible sostener que el primer antecedente del control de convencionalidad está en el replanteamiento del concepto de soberanía, teniendo en cuenta que dicho control surge como consecuencia de la interpretación que ha dado la Corte

Interamericana de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, interpretaciones que también han traído condenas pecuniarias y de otro carácter a los Estados que han aceptado la competencia del Tribunal Interamericano, los cuales no pueden argumentar a su favor la potestad de no cumplir dichos fallos internacionales con base en su soberanía, pues la soberanía después de suscribir tratados internacionales varió a una soberanía que los obliga a cumplir las providencias judiciales de orden internacional.

1.2 La supremacía normativa y los mecanismos para su defensa

Un segundo momento determinante para la consolidación de lo que hoy es el control de convencionalidad fue la imposición de la idea de la supremacía que debía tener una norma dentro de un sistema normativo que determinara la pertinencia o no de otra norma en el mismo ordenamiento jurídico. Esta idea de supremacía, fundamental para que pueda hablarse de validez dentro de un sistema jurídico, fue en sus inicios ejemplificada con la noción de supremacía constitucional, concepto que dio una vinculatoriedad a las constituciones políticas y que apareció consagrado en el artículo 4 de la Constitución de 1991.

En consecuencia de lo anterior, el profesor Manuel Fernando Quinche Ramírez (2008), afirma que hablar de supremacía constitucional implica considerar que la Constitución es la norma más importante del ordenamiento jurídico, pues gracias a la supremacía se otorga valor normativo a la Carta política. En efecto, antes de la expedición de la constitución de 1991, las constituciones en Colombia solo tenían un valor declarativo, axiológico y meramente simbólico, siendo la Constitución de 1991 la que generó que la Carta Magna sea exigible de forma directa como consecuencia del principio de la supremacía constitucional.

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional colombiana en Sentencia T-006 de 1992 hizo alusión a la supremacía constitucional de la siguiente manera:

La posición de supremacía de la Constitución sobre las restantes normas que integran el orden jurídico, estriba en que aquélla determina la estructura básica del Estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, atribuye competencias para dictar normas, ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y litigios que se susciten en la sociedad, y

al efectuar todo esto funda el orden jurídico mismo del Estado. La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos constituidos - Congreso, ejecutivo y jueces - se identifica con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez. La Constitución como *lex superior* precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello “fuente de fuentes”, *norma normarum*. Estas características de supremacía y de máxima regla de reconocimiento del orden jurídico propias de la Constitución, se expresan inequívocamente en el texto del artículo 4o. citado: “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

No obstante lo anterior, el concepto de supremacía normativa no se reduce a la constitución, pues las nuevas tendencias del derecho obligan a dirigir la mirada a los tratados internacionales, surgiendo la idea de la supremacía normativa de las convenciones internacionales. De igual forma, si la defensora de esa supremacía constitucional era principalmente la Corte Constitucional a través de sus sentencias proferidas como consecuencia de la revisión de acciones de tutela o de acciones públicas de inconstitucionalidad, la defensora de la supremacía convencional va a ser especialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus sentencias en casos contenciosos e incluso en sus opiniones consultivas.

En Concordancia con lo anterior, el profesor colombiano Ernesto Rey Cantor (2008) sostiene que:

El principio de supremacía constitucional comienza a erosionarse a partir del momento en que el Estado parte de un Tratado o una Convención internacional que reconoce derechos humanos - por ejemplo la Convención Americana de Derechos Humanos - adquiere obligaciones objetivas *erga omnes* de respetar y garantizar su libre y pleno ejercicio, y de adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos (1.1 y 2), esto es, de legislar de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos. (Pág. XLVII)

Por lo tanto, al momento en que un Estado se hace parte dentro de un Tratado Internacional, se replantea el principio de supremacía constitucional, que

seguirá existiendo siempre y cuando la Constitución de los Estados no vaya en contravía de la Convención Americana, pues de suceder dicho choque, la supremacía convencional prevalecerá sobre la supremacía constitucional.

En este orden de ideas, el control de convencionalidad es una consecuencia de la supremacía normativa que actualmente ostentan las convenciones internacionales y en especial la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues sin existir esta clase de supremacía es imposible hablar de la vinculatoriedad de las sentencias que hacen confrontaciones normativas y ordenan a los Estados modificar su ordenamiento jurídico interno por considerarlo contrario a la Convención americana sobre derechos humanos.

1.3 Evolución del bloque de constitucionalidad

El bloque de constitucionalidad se enmarca dentro de los grandes progresos del derecho constitucional de los últimos tiempos, siendo una consecuencia de diversas discusiones cuyo origen está en el positivismo jurídico. En efecto, Hans Kelsen (2007) sostenía que existe una:

Tendencia a borrar la línea divisoria entre el derecho internacional y el orden jurídico de cada Estado, de suerte que, como última finalidad de la efectiva evolución del derecho, orientada hacia la progresiva centralización, aparece la unidad organizadora de una comunidad universal dotada de un derecho mundial, es decir, de una constitución de un Estado mundial. (2007, pág. 330)

En consecuencia de lo anterior, tal como lo señala el profesor Luis Manili (2005), actualmente es posible encontrar dentro de las disposiciones de diversas constituciones del continente americano el concepto de bloque de constitucionalidad, el cual permite involucrar como parte integral del ordenamiento jurídico nacional los tratados internacionales sobre derechos humanos que hayan ratificado los estados, facilitando de esta forma una especie de ordenamiento jurídico mundial al estilo kelseniano.

Así las cosas, el concepto bloque de constitucionalidad ha tenido diversas interpretaciones por los tribunales, cortes o salas constitucionales en América Latina, toda vez que la forma de concebirlo varía de un país a otro. Es así como se pueden distinguir dos tendencias: la primera, caracterizada por otorgar un valor de primacía a los tratados internacionales sobre derechos humanos y a la jurisprudencia proferida por los órganos intérpretes de

aquellas, tal como sucede en la Argentina. En efecto, la Corte Suprema de justicia de esta nación ha sostenido que:

La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (...) confiere primacía al derecho internacional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La Convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno. (Fallo 315:1492 de 1992).

La segunda tendencia para abordar el concepto de bloque de constitucionalidad, caracterizada por otorgar un valor de jerarquía constitucional, pero no de primacía, a los tratados internacionales sobre derechos humanos se materializa en Colombia, en donde se ha hecho un importante desarrollo jurisprudencial dentro del cual se ha decantado el concepto de bloque en estricto sensu y lato sensu. Al respecto la Corte Constitucional ha sostenido en Sentencia C- 191 de 1998 lo siguiente:

El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias. Efectivamente, resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad stricto sensu, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93).

Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción lato sensu del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no solo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados

internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias.

En consecuencia, el concepto de bloque de constitucionalidad es determinante para la aparición del control de convencionalidad, pues dependiendo de la forma como se entienda vinculado el derecho internacional de los derechos humanos a un Estado determinado, tendrá más o menos protagonismo el ejercicio de confrontación entre la convención y una norma de orden interno. Lo anterior es importante para diferenciar, por lo menos en Colombia, el control de constitucionalidad del control de convencionalidad, pues mientras el primero solo va a tomar como criterios vinculantes para la confrontación normativa los textos positivos convencionales por mandato del artículo 93 de la Constitución, el segundo tomará el texto convencional y la jurisprudencia que se haya proferido por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el asunto en particular, sin importar si dichas sentencias hayan o no vinculado al Estado objeto de control convencional. En este sentido, es posible afirmar que actualmente el control de convencionalidad que se ejerza en Colombia en sede interna por autoridades judiciales o administrativas tiene mayor alcance normativo que el mismo control de constitucionalidad, situación que cambiará automáticamente si la Corte Constitucional colombiana amplía el concepto de bloque de constitucionalidad cobijando también a la jurisprudencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos aun cuando no sea parte de dichas sentencias el Estado colombiano.

1.4 Precedente fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El control de convencionalidad tiene su origen en el artículo segundo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual no hace referencia expresa a este tipo de control que así mismo no fue desarrollado durante los primeros años de operatividad de la Corte IDH debido a que su tarea se limitó a interpretar el contenido de la convención americana, mas no en la creación de mecanismos procesales transnacionales que tuvieran alguna injerencia sobre el derecho interno de los Estados parte.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte IDH comenzó a dar aplicación del control de convencionalidad por solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en principio ordenando la modificación de normas de jurisdicción interna, como sucedió en el caso Castillo Pretuzzi y

otros V.S. Perú, y posteriormente, definiendo de forma concreta este tipo de confrontación normativa transnacional, como ocurrió por primera vez en el caso Almonacid Arellanos V.S Chile y Trabajadores Cesados del Congreso V.S. Perú. En efecto, la Corte IDH en Caso Castillo Petruzzi y otros V.S. Perú (1999) afirmó:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el poder judicial debe ejercer una especie de Control de Convencionalidad entre las normas jurídicas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete última de la Convención Americana. (Párrafo 207)

Producto de este desarrollo jurisprudencial es posible abordar el estudio del control de convencionalidad desde dos perspectivas: el control en sede internacional y el control en sede nacional. El control en sede internacional implica que la Corte IDH tiene competencia cuando existe incompatibilidad normativa entre el ordenamiento jurídico interno de un país con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, haciendo necesaria la intervención de la Corte para que mediante su jurisprudencia se ordene reformar el ordenamiento jurídico interno. Por otra parte, el control de convencionalidad aparece en sede nacional cuando un juez no emplea el derecho interno y aplica la Convención u otro tratado, realizando un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado) en un caso concreto y adoptando una decisión judicial que proteger los derechos de la persona humana (Caso Trabajadores Cesados del Congreso V.S. Perú, 2006).

De igual forma, la conceptualización del control de convencionalidad ha logrado precisarse de una mejor manera en sentencias como Cabrera García y Montiel Flores contra México, en donde según el profesor Murillo Cruz (2012) comentando la jurisprudencia de la Corte Interamericana, “se extiende el ejercicio de armonización y compatibilidad a todas las autoridades judiciales. Es decir, que ya no sólo es obligación de los jueces velar por la compatibilidad del derecho interno en relación con el internacional de los

derechos humanos, sino que también lo es del resto de autoridades públicas que ejercen funciones judiciales”, tales como lo son el Congreso cuando cumple funciones judiciales, la Fiscalía General de la Nación e incluso tribunales de arbitramento.

Finalmente, aunque no sea el último caso en donde se haya hecho referencia al control de convencionalidad, en el caso *Gelman vs Uruguay* (2011) la Corte Interamericana amplió el ejercicio del control de convencionalidad a todas las autoridades públicas al sostener lo siguiente:

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” [...], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial. (Párrafo 239)

Así las cosas, el desarrollo jurisprudencial del control de convencionalidad que continua al día de hoy, deja como conclusión de que dicha confrontación normativa es una potestad tanto de las autoridades judiciales como administrativas de los Estados, y que ello abre la posibilidad de que se pueda diferenciar entre un control de convencionalidad concentrado, ejercido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y un control difuso de convencionalidad ejercido por cualquier autoridad judicial o administrativa de un Estado.

2. DE LA PRETENSIÓN Y EXCEPCIÓN EN EL PROCESO JUDICIAL

En Colombia, el control de convencionalidad al interior de un proceso judicial puede aparecer por tres vías a saber; por un acto oficioso del juez, por

una pretensión formulada por la parte activa del litigio o por una excepción planteada por la parte pasiva del conflicto intersubjetivo de intereses. La primera de las posibilidades no va a ser desarrollada en este escrito, aunque se advierte que es probablemente la que enmarca mayores problemáticas que deben ser superadas en pro del desarrollo del control difuso de convencionalidad. En lo que respecta a la pretensión y excepción se abordarán en las líneas que a continuación se escriben.

El proceso es por excelencia el conjunto de actos procesales en los que encuentra lugar el argumento, el cual esta guiado por la pretensión del sujeto activo o la excepción del sujeto pasivo. Lo anterior significa que tanto la afirmación como la negación son las dos posibles conclusiones a las que cada una de las partes aspira a que el juez llegue luego del debate procesal. En consecuencia de lo anterior, al considerar a la pretensión y excepción como argumentos, es necesario su estudio detallado a partir de los elementos que integran cada una de las instituciones.

En este orden de ideas, es menester aclarar que la pretensión entendida como “una petición jurídica fundada” (Guasp, 1981, pág. 28) no puede ser confundida con La acción o el derecho, tal y como lo apunta el profesor Couture (1981, pág. 60), pues de hacerlo se estaría restando importancia al derecho sustancial que se relaciona con cada uno de los contenidos del derecho de acción o el derecho propiamente dicho, como lo puede ser, por ejemplo, la propiedad. Por su lado la excepción como institución del derecho procesal, representa la materialización del derecho de defensa del sujeto pasivo, siendo definida por el profesor Couture (1981) como la acción del demandado.

Así las cosas, siguiendo a la profesora Diana Ramírez Carvajal (2010, pág. 332), tanto la pretensión como la excepción tienen una estructura común determinada por los sujetos, la causa y el objeto, es decir, que para que alguna de las dos prospere dentro de un proceso judicial deben reunir los tres elementos. en efecto, toda pretensión o excepción debe ser dirigida a un receptor denominado juez y debe vincular a las partes dentro del conflicto, debe sustentarse sobre causas fácticas y jurídicas, es decir, sobre hechos y fundamentos jurídicos, y finalmente, debe contener una solicitud de expresión de un derecho y una o varias peticiones materiales.

Cada uno de los tres elementos conlleva a abordar al mismo tiempo otras instituciones del derecho procesal, pues por ejemplo, al hablar de sujetos se debe tener en cuenta que pueden aparecer litisconsortes u otras partes afectadas por la sentencia, al referirse a las causas fácticas se hace indispensable tener en cuenta los diversos medios probatorios que se emplearán para demostrar la existencia de esos hechos. y al aludir a las causas jurídicas se debe tener presente conceptos como analogía en relación con la aplicación de las leyes, ponderación respecto al uso de principios y *ratio decidendi* y *obiter dicta* frente al manejo del precedente judicial, importantes temas desarrollados recientemente por profesores como Robert Alexy (1994) y Diego Eduardo López Medina (2006), sin dejar de lado que cuando en una misma demanda concurren una solicitud de expresión de un derecho con varias peticiones materiales, es menester manejar a la perfección la técnica de la acumulación.

Así mismo, se han clasificado las pretensiones y excepciones sin importar el área del derecho al cual se esté haciendo referencia de conformidad al fin que persiguen. Por su lado, las pretensiones según el profesor Hernán Fabio López Blanco (2004), suelen ser declarativas, constitutivas, de condena, ejecutivas o liquidatorias, mientras que las excepciones pueden de fondo, previas o mixtas. Es así como las pretensiones declarativas son aquellas que se caracterizan por buscar por parte del juez una declaración de un derecho, sanción u obligación, mientras que las pretensiones constitutivas tienen por objeto constituir una nueva situación jurídica en favor del pretendiente, a diferencia de las de condena que buscan imponer una sanción a la contraparte. Por su lado las pretensiones ejecutivas son aquellas que tiene como objetivo hacer efectiva una obligación que conste un documento que preste mérito ejecutivo, mientras que las pretensiones liquidatorias son aquellas que tienen la finalidad de ponerle fin a una relación patrimonial entre dos o más personas.

Las excepciones también han sido clasificadas, tal como lo ha señalado el profesor Hernando Devis Echandía (2012), quien destaca que la doctrina ha hablado de excepciones perentorias o fondo y dilatorias o previas, siendo las primeras aquellas que “persiguen que se declare la extinción de la obligación cuyo nacimiento no se discute o la inexistencia del derecho pretendido a pesar de su aparente nacimiento y en razón de algún hecho impositivo con lo que la pretensión queda destruida para siempre, o su modificación favorable también definitiva” (pág. 365). Por su lado, frente a las excepciones dilatorias

comenta el profesor colombiano antes citado, se caracterizan por “impedir la decisión en el fondo y hacen que la sentencia sea inhibitoria, por lo que puede volverse a formular en otro proceso posterior” (pág. 365).

Expuesto este importante desarrollo doctrinal que ha tenido tanto la pretensión como la excepción, vale la pena preguntarse lo siguiente: ¿qué lugar ocupa la pretensión y excepción de inconventionalidad? ¿Se conservaría la misma estructura de sujeto, objeto y causa para este tipo de pretensiones u excepciones de inconventionalidad?

Estas dos preguntas merecerían cada una un artículo por separado, sin embargo, dada importancia del tema se intentará resumir la propuesta. En efecto, en lo que tiene que ver con la pretensión de inconventionalidad, es menester aclarar que esta se encuentra en cabeza del sujeto activo del litigio, que es de naturaleza declarativa, pues tendría como objeto buscar la declaración de inconventionalidad de una norma jurídica por considerarla contraria a la Convención Americana y al precedente fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que si bien es cierto encarna en sí misma una solicitud de expresión de un derecho, no es menos cierto de que puede acumularse con otras pretensiones de naturaleza material. Por su lado, en lo que tiene que ver con la excepción de inconventionalidad, hay que aclarar que esta se encuentra en cabeza del sujeto pasivo dentro del litigio, se enmarca dentro de las excepciones de fondo porque afecta de manera directa la pretensión de la contraparte, tiene como objetivo desvirtuar el supuesto jurídico de la pretensión al perseguir su declaración de inconventionalidad y que al igual que la pretensión puede involucrar también peticiones materiales.

En lo que tiene que ver con el segundo interrogante, el control de convencionalidad difuso materializado en una pretensión u excepción obliga a que se replantee la teoría general de la pretensión y excepción en lo que tiene que ver con la causa fáctica como elemento de una u otra institución, pues al proponerse una confrontación normativa es casi mínima la incidencia de los medios de prueba consagradas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, siendo el acto de comparación normativa un ejercicio racional verificable por un superior jerárquico o juez de tutela.

Así las cosas, el control difuso de convencionalidad es una consecuencia de la internacionalización del derecho procesal, que conlleva a reconfigurar

la teoría general del proceso en algunos aspectos en los que los esquemas tradicionales no facilitan la aplicación de estas novedosas figuras que más allá de ser un capricho doctrinal constituyen una obligación internacional del Estado colombiano.

3. CONCLUSIONES

El control de convencionalidad difuso es una realidad dentro del ordenamiento jurídico colombiano, razón por la cual es indispensable comprender las causas que han dado lugar a su nacimiento con el fin de poder aplicarlo de una mejor manera en los casos concretos que a futuro se puedan llegar a presentar.

El control de convencionalidad difuso surge como consecuencia de un largo proceso que ha llevado a replantear el concepto de soberanía, a desarrollar la institución de bloque de constitucionalidad a favor del derecho internacional de los derechos humanos, a propiciar la evolución del concepto de supremacía constitucional al de la supremacía convencional y finalmente, a la construcción de una línea jurisprudencial consolidada que muestra cómo la confrontación normativa que ordena la Convención Americana sobre Derechos Humanos la puede hacer tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como cualquier juez o autoridad administrativa de Colombia.

El control de convencionalidad ejercido por autoridades administrativas y judiciales en Colombia se diferencia del control de constitucionalidad en la medida que mientras el primero da fuerza vinculante a todo el precedente fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aun cuando las sentencias no vinculen de manera directa al Estado colombiano, el segundo solo da fuerza vinculante a los textos positivos que constituyen los tratados internacionales de derechos humanos, siendo la vinculatoriedad de jurisprudencia internacional únicamente posible si la Corte Constitucional así lo expresa.

El control difuso de convencionalidad puede aparecer al interior de un proceso judicial de tres maneras: i) por solicitud del sujeto activo materializado en una pretensión de naturaleza declarativa; ii) por formulación del sujeto pasivo a través de una excepción de fondo o iii) por un acto oficioso del juez. Las dos primeras formas conllevan a un replanteamiento de la teoría general

de la pretensión y excepción al no tener tales pretensión y excepción un fundamento fáctico demostrable a través de un medio probatorio, siendo únicamente un acto racional que debe hacer el juzgador. La tercera forma abre el debate en torno al gran anhelo de imparcialidad que debe caracterizar al tercero que decide el conflicto intersubjetivo de intereses, tal y como lo ha problematizado el profesor Adolfo Alvarado Velloso (2011), posición doctrinal que contrasta con la obligación internacional de los Estados de permitir que sus jueces y autoridades administrativas ejerzan un control difuso de convencionalidad aun cuando sea de manera oficiosa.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R. (1994). El concepto y la validez del derecho. Traducción de J.M Seña. Barcelona: Gedisa.

Alvarado Velloso, A. (2011). Lecciones de Derecho Procesal Civil. Medellín: Librería Jurídica Dikaia.

Argentina. Corte Suprema de la Nación. (1992). Caso Miguel Ángel. Fallo 315:1492. C. Sofovich Gerardo.

Bodin, J. (2006). Los seis libros de La República. Madrid: Tecnos. Colombia, Corte Constitucional. (1992). Sentencia T-006. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. (1998). Sentencia C- 191. M.P. Cifuentes Muñoz, E. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1999). Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Serie C N 52, 30 de mayo.

_____. (2006). Caso Castillo Almonacid Arellanos vs. Chile. Sentencia de Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C N 154, 26 de septiembre.

_____. (2006). Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú. Sentencia de Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C N 158, 24 de noviembre.

- _____. (2011). Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia, fondo y reparaciones del 24 de Febrero.
- Couture, E. (1981). Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Depalma.
- Devis Echandía, H. (2012). Compendio de derecho procesal. 15 ed. Bogotá: Temis
- Guasp, J. (1981). La pretensión procesal. Madrid: Civitas.
- Kelsen. H. (2007). Teoría pura del derecho. México: Porrúa.
- López Blanco, H. F. (2004). Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Bogotá: Dupre.
- López Medina, D. (2006). El derecho de los jueces. 2 ed. Bogotá: Legis.
- Manili, P. L. (2005). Bloque de constitucionalidad. Buenos Aires: La Ley.
- Mora Méndez, J. A. (2012). El control de convencionalidad y su incidencia en el derecho procesal. Memorias del IX Congreso Panameño de Derecho Procesal del Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal. 101-128.
- Murillo Cruz, D. A. (2012). El control de convencionalidad y su consolidación en América. Memorias I Encuentro de Investigación de la Universidad Cooperativa de Colombia, Bogotá.
- Quinche Ramírez. (2008). Derecho Constitucional Colombiano: de la Carta de 1991 y sus reformas. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Ramírez Carvajal, D. (2010). Pretensión y resistencia: elementos para una teoría de la confirmación procesal. En Derecho Procesal contemporáneo. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín. 313-344.
- Rey Cantor. E. (2008). Control de convencionalidad de las leyes y Derechos Humanos: homenaje a Héctor Fix Zamudio. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional. México: Porrúa.

Rodríguez Santibáñez, I. (2011). *La soberanía en tiempos de globalización*. México: Porrúa.

Zamorano, A. (2012). El control de convencionalidad: una tarea pendiente en el derecho panameño. En *Reflexiones en torno al derecho procesal constitucional*. Bogotá: Centro Colombiano de Derechos Procesal Constitucional. 39- 71.

A large, stylized graphic of a leaf or branch, rendered in a light gray color, curves from the top right towards the bottom right of the page. The leaf has several distinct, rounded lobes and is set against a light gray background with a subtle gradient.

Capítulo 8

LA INDEPENDENCIA JUDICIAL Y LOS
ESTÁNDARES DEL DERECHO INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS HUMANOS

La independencia judicial y los estándares del derecho internacional de los derechos humanos

Carlos Espín Arias*

INTRODUCCIÓN

De la lectura de las principales declaraciones y de los más relevantes tratados de derechos humanos, se desprende que de forma transversal en todos está consagrado el derecho al proceso, desde la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 1948¹, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966², a nivel Regional el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950³, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH) de 1969⁴ o anteriormente la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre de 1948⁵,

**Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, maestrando en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina), maestrando de Derecho Administrativo de la Universidad San Francisco de Quito (Ecuador). Diplomado del Programa de Estudios Avanzados de la Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la American University, Washington College of Law (EEUU). Profesor de la cátedra Litigio Internacional, en la Universidad de los Hemisferios de Quito (2010-2011). Abogado litigante ante el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos por la Procuraduría General del Estado del Ecuador y colaborador en informes de Estado a diferentes Comités de Naciones Unidas.
carlitespin@hotmail.com*

¹Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948, artículo 10.

²Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, artículo 14.

³Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4.XI.1950, artículo 6.

⁴Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969, artículo 8.

⁵Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Promulgada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948, artículo XVIII.

y de más reciente data, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, o Carta de Banjul de 1981⁶, reconocimiento que según explica Alejandro Valencia, correspondería a la evolución de los derechos humanos por haber alcanzado en el curso de la historia de la humanidad, cierta plenitud en calidad de derechos positivos universales. (Valencia Villa, 2006, pág. 120)

Tal desarrollo en la confirmación general de los derechos a través de declaraciones o tratados de índole universal y regional, obedecería al propósito de la humanidad de lograr una convivencia más digna entre las personas con adecuado respeto a los derechos humanos (Valencia Villa, 2006, pág. 119). Cuestión que puede encontrar fundamento en la reflexión que plantea el profesor Gustavo Calvino, que invita a concebir “un Derecho Internacional de los Derechos Humanos que traslada el epicentro de la soberanía y autoridad a la persona humana”. (Calvino, 2010, pág. 39)

Lo anterior sugiere pensar que la base para la aplicación de los derechos es la dignidad humana, la misma que ha sido el fundamento más aceptado y reconocido para mantener la idea de los derechos humanos como una herramienta de alta difusión en el foro judicial, con el fin de otorgar contenido y alcance a los Derechos⁷ (Carozza, 2008); constituye además, el ideal desde donde se inspira el respeto de los derechos humanos planteados en los tratados y genera el sustento para su cumplimiento (Ledesma, 2004).

Por otra parte, la construcción transversal en los diferentes instrumentos, mantiene el derecho a un proceso equitativo como un eje, que no puede ser menoscabado o vulnerado siquiera a nombre de la seguridad jurídica o de cualquier otro criterio. Afirmación que responde a la voluntad de los propios Estados al suscribir los tratados, que deben ser cumplidos de buena fe⁸, según expresa el Convenio de Viena de 1969, como en el

⁶Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenia. Artículo 7.

⁷El autor Paolo Carozza presenta un estudio más profundo de la dignidad humana, en el punto citado sin embargo, refiere el criterio de McCrudden.

⁸Convención de Viena 1969 sobre Derecho de los Tratados, adoptada en la ciudad de Viena, Austria, dentro del marco de la Organización de las Naciones Unidas, 23 de mayo de 1969.

caso concreto de los países americanos que han ratificado o adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos; documento del que se resalta con relación al derecho al proceso, la prohibición de suspender las garantías judiciales para la protección de varios derechos, aun en estados de emergencia.

La prohibición de suspensión de garantías fue analizada en su momento por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-87, planteada por la República Oriental del Uruguay, puntualizando entre sus consideraciones con relación al mantenimiento de garantías judiciales en estados de emergencia que “implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción...”

Significa lo anterior que las garantías judiciales son indisponibles aun en estados de excepción o conflictos de seguridad, con el propósito de garantizar los derechos establecidos en el artículo 27 de la CADH. Según señaló la misma Corte, no se debe entender las garantías judiciales como un recurso en sí mismo, sino como un conjunto de requisitos que deben mantener los procesos (Opinión Consultiva OC-87, 1987). Adicionalmente, la opinión de la Corte Interamericana generó parámetros para concebir el derecho al proceso como una garantía real, que no debe ser ilusoria en la práctica, cuestión que podría presentarse: “porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones” (Opinión Consultiva OC-87, 1987).

La afirmación previa sobre la importancia del derecho al proceso y su categoría como eje del Estado de Derecho y las consideraciones realizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro de sus sentencias sobre las garantías judiciales, registran importantes debates, como en el caso Tribunal Constitucional vs. Perú en el que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos argumentó que “el debido proceso es un derecho en sí, pero también tiene carácter instrumental en tanto permite disfrutar de otros derechos y por ello su violación es más grave, pues el proceso es una garantía para el respeto de los derechos sustantivos y para el control de la arbitrariedad en el ejercicio del poder” (CIDH, 2001).

En esta misma línea, las obligaciones de los Estados derivadas de los convenios y tratados, tal como lo explica la ex-Jueza de la Corte

Interamericana, Cecilia Medina, sitúa al derecho al proceso como requisito *sine qua non* para la existencia de un Estado de Derecho (Medina, 2006); constituyéndose el proceso, en la base de una sociedad democrática⁹, por permitir a las personas alcanzar a un orden social justo¹⁰.

La idea del derecho al proceso como exigencia indisponible para consolidar el Estado de Derecho, se complementa con lo determinado por la Corte Interamericana en el primer caso sometido a su conocimiento, en el que señaló:

La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. (CIDH, 1988)

De la determinación realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Velásquez Rodríguez, se extrae que los Estados tienen la obligación de mantener una organización del poder capaz de garantizar los derechos contemplados en la Convención Americana. Cuestión que, en el caso ecuatoriano, se plasmó a través de la Constitución ecuatoriana de 2008, la misma que en relación a la organización del Estado, según señala Agustín Grijalva “a diferencia de la Constitución codificada en 1998 que establecía la clásica división en legislativo, ejecutivo y judicial, la constitución de Montecristi¹¹ establece cinco funciones, ya que a las funciones clásicas agrega la de participación ciudadana y la función electoral”. (2012, pág. 33)

⁹*El Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de no Repetición, Pablo de Greiff, en su informe al Consejo de Derechos Humanos, indicó que el Estado de Derecho se entienda como: “promoción de un orden social justo”. Asamblea General de Naciones Unidas A/HRC/21/46, de 9 de agosto de 2012.*

¹⁰*Ibíd.*

¹¹*Ciudad ecuatoriana en donde tuvo lugar la Asamblea Constituyente que dio paso a la Constitución de la República del Ecuador de 2008.*

El proceso constituyente de 2008, además de consagrar la división de poderes, dio nacimiento a la figura de la Corte Constitucional en Ecuador, institución que tiene entre otras funciones: ser la máxima instancia de interpretación constitucional, declarar la inconstitucionalidad de actos normativos de carácter general, conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de actos administrativos de carácter general, conocer de acciones de incumplimiento para garantizar la aplicación de normas o actos administrativos con efectos generales o cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos que no se ejecuten por la vía ordinaria, expedir jurisprudencia vinculante, dirimir conflictos de competencia, efectuar de oficio control de constitucionalidad de las declaratorias de estados de excepción, conocer y sancionar el incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales, declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado¹².

De lo expuesto, que muestra a la dignidad humana como base para la aplicación y respeto a los derechos humanos establecidos en tratados y convenciones, entre los cuales consta el debido proceso, el estudio se enfocará en uno de sus requisitos fundamentales que es la independencia judicial, a partir del desarrollo alcanzado por la jurisprudencia y la doctrina, debido a su importancia para la existencia del Estado de Derecho. Finalmente, sobre la base teórica que sustenta al principio de independencia de los jueces y tribunales, se analizará si la atribución de la Corte Constitucional para realizar destituciones contra jueces o juezas en ejercicio de sus cargos puede afectar al debido proceso, es decir determinar si una norma interna contraviene el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹³, sin pretender ingresar al campo del Derecho Constitucional.

¹²*Ciudad ecuatoriana en donde tuvo lugar la Asamblea Constituyente que dio paso a la Constitución de la República del Ecuador de 2008.*

¹³*La Convención de Viena de 1969, establece que no podrá alegarse una norma de derecho interno para justificar el incumplimiento de una obligación internacional.*

1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL

En la parte introductoria de este trabajo, se consideró que para la existencia de un Estado de Derecho¹⁴, se requiere mantener como eje el derecho al proceso en igualdad de condiciones, lo cual constituye la piedra angular de cualquier sistema de protección de derechos (Medina, 2006).

Se deberá tener presente que el derecho al proceso reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual según el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es un conjunto de elementos o garantías para que se desarrolle un proceso de cualquier naturaleza y no como un proceso en particular (Opinión Consultiva OC-87, 1987), contempla como una de sus bases la independencia de los jueces y tribunales.

En concordancia con lo anterior, es necesario observar que entre los requisitos establecidos en los diferentes tratados internacionales o las constituciones nacionales, como en el caso ecuatoriano el artículo 76 del texto constitucional, consta la independencia de los jueces y tribunales como una condición primaria de aquello que se ha definido como el debido proceso, el cual es un prerrequisito para la existencia de un Estado de Derecho (Medina, 2006).

En esta línea, el maestro argentino, Adolfo Alvarado Velloso, dentro del análisis de la jurisdicción y las funciones del Estado, enfoca con claridad la adecuada diferenciación de los poderes y la necesidad de entender la esencia diferente de cada uno, que lo lleva a concluir que “se acepta mayoritariamente que la jurisdicción es la facultad que tiene el Estado para administrar justicia en un caso concreto por medio de los órganos Judiciales” (Alvarado, 2010, págs. 107-108).

La determinación del profesor Alvarado, encarna el concepto de independencia que deben poseer los órganos judiciales al ejercer la tarea de administrar justicia, puesto que la entiende como condición para la

¹⁴Es preciso referir que el artículo 1 de la Constitución refiere un Estado Constitucional de Derechos y justicia entre otras categorías, sobre las que Ramito Ávila Santa María, concluye que se trata de la evolución del Estado Social de Derechos. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2009/pr/pr43.pdf>

existencia de un Estado Republicano, que solamente podría ser garantizado por un poder judicial independiente (2010, pág. 250).

La doctrina refiere gran cantidad de conceptualizaciones que se han trabajado en el marco de la independencia judicial, sin encontrar total acuerdo en los conceptos (Linares, 2003, págs. 1-3). Muestra clara de esto es la visión que al respecto mantiene Dante Barrios De Ángelis, quien encuentra en la independencia un supuesto de imparcialidad, que "...se manifiesta como condición negativa y funcional. Misma que consiste en no estar sometido, no tener que obedecer, en el ejercicio de funciones, a las órdenes, indicaciones, instrucciones, presiones, de órgano o persona alguna" (1979, pág. 119).

Otro de los criterios sobre la independencia es aquel que mantiene Juan Montero Aroca, quien encuentra a la independencia no solo como un pilar en el derecho procesal, sino de los principios políticos del Derecho, con fundamento en la legalidad. Además realiza una descripción sobre la independencia, ante la sociedad, que se concreta en los regímenes de inhabilidades e incompatibilidades para lograr con anterioridad al ejercicio del cargo de juez imparcial. Con relación a los poderes del Estado, encuentra peligroso que pueda haber afectaciones del poder ejecutivo o legislativo; finalmente apunta que la independencia es un principio que está aceptado en la concepción jurídica del mundo occidental (1976, págs. 39-41).

Por otra parte, el profesor Montero Aroca, indica con relación a la independencia que solamente en casos extremos, se registra una sumisión del poder jurisdiccional al ejecutivo y al producirse esta situación de hecho o derecho "la jurisdicción desaparece para confundirse con la administración; en los Estados totalitarios no hay jurisdicción" (1976), lo cual equivaldría a decir que no existe el derecho al proceso en un Estado donde no existe independencia judicial, cuestión que sería contraria a todo el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Entre la multiplicidad de clasificaciones doctrinarias sobre la independencia judicial, Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, la definen como una "emancipación de la cualidad de terceridad", con una doble dimensión, de independencia de otros poderes del Estado y de la independencia que debe registrarse entre los diferentes jueces (2008, pág. 229).

Una vez que se confirmó la existencia de varias visiones de aquello que significa la independencia judicial, la determinación que mejor corresponde al constitucionalismo ecuatoriano sería la elaborada por Jorge Zavala Baquerizo, quien explica la clasificación de la independencia judicial en dos vertientes, independencia interna – orgánico funcional e independencia externa - orgánica institucional (2002, pág. 40).

Con relación a la independencia judicial interna sería “aquella en que el órgano jurisdiccional no admite la injerencia de ningún otro órgano jurisdiccional, de cualquier otro nivel administrativo que fuere, en el ejercicio de administrar justicia en cada caso concreto” (Zavala Baquerizo, 2002, pág. 41); y de otro lado, la independencia judicial externa es la ausencia de injerencia de otros poderes del Estado sobre la administración de justicia que posee la Función Judicial (Zavala Baquerizo, 2002, pág. 41).

Desde los criterios esbozados por los tratadistas sobre la independencia judicial, se evidencia la necesidad de contrastar, si en la práctica, el ordenamiento normativo permite la existencia de condiciones básicas para que dentro del Estado los ciudadanos gocen del derecho al proceso en las condiciones que se reconocen en los tratados, declaraciones de derechos o los propios textos constitucionales.

Previamente a mirar como ejemplo las normas ecuatorianas, es preciso indicar que más allá de las diferentes definiciones de los tratadistas sobre la independencia judicial, todas conllevan en sí mismas el ideal de consolidar los derechos de las personas ante un juez o tribunal independiente que retoma el respeto a la dignidad humana, y el de mantener la consolidación, en la realidad, de un Estado de Derecho fincado en la división de poderes.

En el caso ecuatoriano, la división de funciones como se refirió, se generó de forma novedosa en la Constitución ecuatoriana de 2008, con la existencia de cinco funciones. Adicionalmente, se consolidó una carta fundamental con altos estándares de reconocimiento de derechos¹⁵. En este contexto, podrá apreciarse que son varias normas dirigidas a satisfacer el principio de independencia judicial desde los criterios que marcamos como línea de

¹⁵*Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro del Caso Sarayaku vs. Ecuador, observa la Constitución ecuatoriana como garantista.*

partida. Así, la Constitución ecuatoriana, en la letra k) del número 7 de su artículo 76, que contempla dentro de las garantías inherentes al derecho a la defensa, señala:

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

La norma citada se entiende dentro de la parte declarativa del texto constitucional con relación a los derechos de las personas, que más adelante en la propia Constitución encuentra eco, puesto que al organizar la Función Judicial, expresamente se manifiesta que:

Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: 1. Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley.

Por su parte, el Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 8, define a la independencia judicial en los siguientes términos:

Las juezas y jueces solo están sometidos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Al ejercerla, son independientes incluso frente a los demás órganos de la Función Judicial. Ninguna Función, órgano o autoridad del Estado podrá interferir en el ejercicio de los deberes y atribuciones de la Función Judicial. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y/o penal, de acuerdo con la ley.

Adicionalmente, el Código Orgánico de la Función Judicial posee dos normas bastante importantes, el artículo 124 que garantiza tanto la independencia interna como externa y además establece que en ningún caso los jueces podrán asumir facultades sancionadoras, mismas que corresponden al Consejo Nacional de la Judicatura y el artículo 125 que establece la premisa que serán sometidos a procesos administrativos por violaciones a los derechos constitucionales.

De conformidad a lo expuesto, se puede apreciar que la Constitución ecuatoriana, así como el Código Orgánico de la Función Judicial, recogen en gran medida o completamente, las determinaciones doctrinarias del derecho a las garantías judiciales y dentro de estas lo que se refiere a la independencia judicial, tanto interna como externa.

A manera de ejemplo, se puede mirar que desde la norma constitucional, el Estado ecuatoriano cumple a cabalidad con el principio de independencia judicial, el mismo que podría concretarse en jueces independientes con relación a las otras funciones, así como lograr una independencia dentro de la misma administración de justicia. Sin embargo, no se debe olvidar que la Constitución Política del Ecuador de 1998¹⁶, consagró el principio de independencia judicial y en el año 2013, el Estado ecuatoriano fue condenado por violación de las garantías judiciales por haber destituido con clara vulneración de la independencia judicial a la ex – Corte Suprema de Justicia¹⁷ (Caso Corte Suprema de Justicia vs. Ecuador, 2013).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su fallo, después de un importante análisis, llegó a determinar que: “el haber destituido en forma arbitraria a toda la Corte Suprema constituyó un atentado contra la independencia judicial, alteró el orden democrático, el Estado de Derecho e implicó que en ese momento no existiera separación real de poderes” (Caso Corte Suprema de Justicia vs. Ecuador, 2013, pág. 55, párr.178).

En este contexto se consolida, que la ausencia de un poder independiente en la realidad, imposibilita el disfrute de los derechos humanos y concretamente del derecho a las garantías judiciales, que como bien señala el maestro Alvarado Velloso, y releva de comentario alguno, al señalar que “tan importante es esto que sin independencia no hay actividad jurisdiccional y, sin ésta, no hay proceso” (Alvarado, 2010, pág. 250).

¹⁶Constitución Política del Ecuador 1998, publicada en el Registro Oficial 1 de 11 de agosto de 1998, derogada.

¹⁷Los hechos por que motivaron que se declare la responsabilidad internacional del Estado Ecuatoriano corresponden al año 2004.

2. VISIÓN DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL, DESDE ORGANISMOS PARTE DEL SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

En el año de 1966, se adoptó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuyo organismo de vigilancia es el Comité de Derechos Humanos, el cual, entre sus funciones, tiene la de emitir observaciones para interpretar de forma general los derechos consagrados en el Pacto. Con relación al derecho al debido proceso, ha aportado en dos ocasiones y sus señalamientos están contenidos en la Observación General N°13 de 1984 y en la Observación General N° 32 correspondiente al año 2007.

En la interpretación general del artículo 14 del Pacto, que garantiza para las personas el acceso en condiciones de igualdad ante un tribunal imparcial e independiente, el Comité de Derechos Humanos destaca que:

En especial, los Estados Partes deberían especificar los textos constitucionales y legales pertinentes que disponen el establecimiento de los tribunales y garantizan su independencia, imparcialidad y competencia, sobre todo en lo que respecta a la manera en que se nombra a los jueces, las calificaciones exigidas para su nombramiento y la duración de su mandato; las condiciones que rigen su ascenso, traslado y cesación de funciones y la independencia efectiva del poder judicial con respecto al poder ejecutivo y al legislativo (Comité de Derechos Humanos, 1984).

El propio Comité de Derechos Humanos, más adelante dentro de su Observación General N°32, hace varias consideraciones sobre el artículo 14 (debido proceso) del PIDCP, encontrando a este derecho como un medio procesal para salvaguardar el imperio de la ley, el cual posee una naturaleza compleja por combinarse con diferentes garantías y diversos ámbitos de aplicación (Comité de Derechos Humanos, 2007, pág. 1).

La misma Observación General N° 32 se enfoca de forma principal en tratar la igualdad ante las cortes y tribunales, la audiencia pública con garantías ante un tribunal competente, la independencia e imparcialidad, la presunción de inocencia, los derechos de las personas acusadas de delitos, los procesos aplicables a menores de edad, la revisión de tribunales superiores, la indemnización por error judicial, la cosa juzgada y la relación del artículo 14 del Pacto con otras disposiciones del mismo instrumento. Cabe manifestar,

que para el tema en cuestión, solamente se refiere lo concerniente a la independencia que deben poseer los jueces y no la integralidad de los estándares de las condiciones que deben respetarse en todo proceso.

Se debe advertir que el Comité considera a los requisitos de competencia e imparcialidad como un derecho absoluto del cual no cabe excepción alguna; determinando que es deber de los Estados adoptar las disposiciones que sean requeridas para que el poder judicial goce de independencia, en especial a través de “decisiones por medio de la Constitución o la aprobación de leyes que establezcan procedimientos claros y criterios objetivos para el nombramiento, remuneración, el mandato, la promoción, la suspensión y la destitución, y las sanciones disciplinarias en relación con los miembros de la judicatura” (Comité de Derechos Humanos, 2007, pág. 7).

Concretamente sobre la independencia judicial, en la parte medular de la Observación, considera que “los jueces podrán ser destituidos únicamente por razones graves de mala conducta o incompetencia de conformidad a procedimientos equitativos que garanticen la objetividad y la imparcialidad establecidos en la Constitución o en la Ley” (2007, pág. 7)¹⁸.

Así, desde la visión que tendría el Comité de Derechos Humanos, el derecho al proceso que contiene como supuesto para su ejercicio a la independencia judicial, implica la eliminación de posibles presiones políticas e injerencias de otros poderes del Estado sobre la función jurisdiccional, principalmente de aquella que podría ejercer el poder ejecutivo (2007, pág. 6).

En suma, el Comité de Derechos Humanos, al analizar los diferentes elementos del artículo 14 que garantizan la igualdad procesal, entiende como requisito indisponible el principio de independencia como una condición que, de estar ausente, vulneraría el derecho al proceso contenido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La condición de independencia como parte del derecho al proceso, es un requisito que ha sido preocupación de varios estamentos. Así en el año de

¹⁸Lo referido por el Comité dentro de la Observación, es parte de los resuelto dentro de la denuncia Miguel González del Río v. Perú, Comunicación No. 263/1987, U.N. Doc. CCPR/C/46/D/263/1987 (1992).

1985, la Asamblea General de las Naciones Unidas confirmó los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, con invocación a la Declaración Universal de Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como instrumentos con carácter universal que contemplan de forma general las condiciones denominadas, por parte de la doctrina, como debido proceso. Este documento mira a la independencia de la judicatura como un derecho de las personas que debe ser garantizado por los Estados y contempla además la necesidad de establecer condiciones claras para la imposición de medidas disciplinarias, suspensión o separación del cargo de juez (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1985).

Los principios enfocan de forma prioritaria cuatro puntos que deben ser considerados en temas vinculados a procedimientos disciplinarios contra jueces o juezas, contemplando: la pronta e imparcial tramitación de toda queja o acusación profesional contra un juez; que los únicos motivos de suspensión o separación sean la incapacidad o comportamiento que no les permita continuar en el cargo; el requerimiento de normas de comportamiento judicial en base a las cuales se adopten medidas disciplinarias; suspensión o separación del cargo, con la respectiva posibilidad de revisión ante un tribunal independiente, lo cual no debe ser solamente aplicable a decisiones del tribunal supremo y a las del órgano legislativo en procedimientos de recusación o similares. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1985)

El desarrollo de los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, se corresponde plenamente con las reflexiones realizadas por la Relatoría de las Naciones Unidas sobre Independencia de los Abogados y Magistrados, emitida en 2011, en el informe sobre la misión a México, que al encontrar la vinculación judicial con el Poder Ejecutivo, llega a determinar que la designación de quien preside el Tribunal Superior de Justicia puede poner en peligro la autonomía e independencia de los órganos que administran justicia a nivel local, es decir, que una de las preocupaciones sobre la independencia judicial está vista en la separación con los otros poderes del Estado, que redundaría en tener jueces imparciales¹⁹, entre las recomendaciones advierte algo que reviste capital importancia, con relación al derecho a la defensa de los jueces en general:

¹⁹Cfr. *Informe de la Relatora Especial sobre Independencia de los Magistrados y Abogados, misión México 2011, párrafo 20 y recomendación f).*

Las decisiones de índole disciplinaria o administrativa (tanto a nivel federal como Estatal) que tengan impacto sobre el estatus de las magistradas o magistrados, juezas o jueces, pueden ser objeto de revisión por otro órgano judicial independiente.” (Relator Especial sobre la Independencia de los Magistrados o Abogados, 2011, pág. 20)

De otro lado, la Relatora Especial sobre Independencia de los Magistrados y Abogados de Naciones Unidas, Gabriela Knaul, concluye dentro de su informe sobre Independencia Judicial en Centro América, de abril de 2013, que con relación a la independencia judicial evidenció que existen “desafíos comunes que indican la necesidad de desarrollar, con urgencia mecanismos que eliminen las interferencias externas e internas y logren una impartición de justicia independiente, imparcial, eficiente y efectiva para los justiciables” (pág. 19).

Se extrae de lo anterior, que tanto el Comité de Derechos Humanos como la Relatoría Especial de Naciones Unidas, encuentran como condición para el disfrute del derecho al proceso la independencia judicial, la cual solo puede registrarse a partir de eliminar las posibilidades de intromisión de otras Funciones del Estado y el establecimiento de principios claros para la imposición de sanciones contra los jueces o juezas, tramitadas en procedimientos disciplinarios con base a disposiciones legales claras, con posibilidades de revisión.

3. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN LAS SENTENCIAS DE LOS PRINCIPALES ORGANISMO REGIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, reconocen el derecho de las personas de acceder a un proceso equitativo que, entre otras condiciones, prevé el derecho a ser escuchado por un tribunal independiente²⁰, principio desarrollado en la jurisprudencia de los organismos de cada sistema, cuyo análisis será expuesto a continuación.

²⁰Convención Americana sobre Derechos Humanos artículo 8, y Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales artículo 6.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha concentrado importantes debates sobre la independencia judicial. Ya en el caso Tribunal Constitucional vs. Perú en 2001, señaló que una de las finalidades de la separación de poderes sería lograr independencia judicial para consolidar un Estado de Derecho, lo cual, con relación a los jueces, entre otras condiciones se concreta en un adecuado proceso para su nombramiento, duración completa en el cargo y garantía de estar libre de presiones externas (2001, págs. 41 y 42).

En el mismo sentido, la Corte ha dejado sentada la obligación de los Estados de contar con sistemas para designación y destitución de jueces, en razón de que sin una forma preestablecida, las resoluciones adoptadas por los jueces dentro de las causas, pueden ocasionarles temor por eventuales represalias. Esto puede presentarse y generar afectación a la independencia judicial, sobre todo en condiciones de provisionalidad de los jueces, que poseen la calidad de temporales, quienes a pesar de tal condición deberían tener ciertos criterios de estabilidad (Primera Corte Contencioso Administrativa, 2008, pág. 16, párr. 44).

Otro de los factores importantes que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado, es la necesidad de mantener la independencia interna, por la relación entre los diferentes niveles jurisdiccionales, entre los jueces inferiores y superiores puesto que debe estar garantizada la posibilidad de disentir. La Corte dentro del análisis del caso *Apitz Barbera* consideró que:

En suma, para el derecho interno y para el derecho internacional por un lado se encuentran los recursos de apelación, casación, revisión, avocación o similares, cuyo fin es controlar la corrección de las decisiones del juez inferior; y por otro, el control disciplinario, que tiene como objeto valorar la conducta, idoneidad y desempeño del juez como funcionario público. (Primera Corte Contencioso Administrativa, 2008, pág. 24)

Así mismo, de los varios aspectos vinculados a la independencia judicial que son parte de la jurisprudencia interamericana, está la necesidad de diferenciar a los jueces o juezas del resto de funcionarios públicos, por cuanto poseen garantías reforzadas, por la independencia que requiere el

poder judicial, para estar libres de presión de otras funciones estatales o al interior de la función jurisdiccional (Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, 2009).

En relación con lo anterior, estas garantías para preservar la imparcialidad judicial redundan en separar la actividad que realiza el juez superior u organismo que conoce de un recurso, del ejercicio disciplinario que se basa en la conducta, idoneidad o desempeño del juez, puesto que además este tipo de examen disciplinario requiere una revisión autónoma (Primera Corte Contencioso Administrativa, 2008, pág. 25).

Lo anterior corresponde a importantes condiciones que la Corte Interamericana ha desarrollado sobre la independencia judicial, sin embargo, de su valiosa jurisprudencia, seguramente el caso más relevante relacionado con la independencia externa de los jueces que ha llegado al conocimiento del Tribunal es el caso Hugo Quintana y otros vs. Ecuador, en que se determinó la responsabilidad internacional del Estado ecuatoriano, por la destitución de toda la ex - Corte Suprema de Justicia²¹. Caso en el que la Corte señaló en su sentencia que “el Tribunal resalta que en el término de 14 días se destituyó no solo a la Corte Suprema, sino también al Tribunal Electoral y al Tribunal Constitucional, lo cual constituye un actuar intempestivo, totalmente inaceptable (CIDH, 2013, pág. 53).

En relación al caso, estrictamente sobre la independencia judicial que mereció un análisis detallado de la Corte, se constata que este principio, no solamente debe ser visto desde la perspectiva de los derechos de los justiciables, sino que requiere considerar la necesidad de estabilidad que deben tener los jueces, la garantía de inamovilidad en sus cargos a no ser afectados de forma arbitraria en el período de su nombramiento, lo cual es una garantía institucional de la independencia de la que deben estar investidos (CIDH, 2013, pág. 49).

Cabe resaltar que en una de las importantes piezas del proceso, la Corte realizó una sistematización de los estándares que ha generado en su jurisprudencia anterior y dijo:

²¹*De Conformidad a la Constitución vigente, ahora Corte Nacional de Justicia.*

- i) El respeto de las garantías judiciales implica respetar la independencia judicial;
- ii) las dimensiones de la independencia judicial se traducen en el derecho subjetivo del juez a que su separación del cargo obedezca exclusivamente a causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que se cumpla con garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período de su mandato, y iii) cuando se afecta en forma arbitraria la permanencia de los jueces en su cargo, se vulnera el derecho a la independencia judicial consagrado en el artículo 8.1. de la Convención Americana (Ibíd.)

La Corte además advirtió la importancia de mantener la garantía de estabilidad de los jueces, lo cual desde una dimensión objetiva se vincula con aspectos esenciales, como la división de poderes y el rol que tiene en la democracia, cuestión que le llevó a definir que esta dimensión objetiva de la imparcialidad judicial tiene impacto en toda la sociedad, lo cual más adelante le condujo a concluir que “la separación de poderes guarda estrecha relación, no sólo con la consolidación del régimen democrático, sino además busca preservar libertades y derechos humanos de los ciudadanos” (CIDH, 2013, pág. 49).

A manera de corolario del importante fallo para la independencia judicial en la región, es relevante referir el voto concurrente del Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot, quien realizó un estudio muy interesante, desde la revisión de los más relevantes estándares que se han observado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, con los diferentes enfoques de cada sentencia, los cuales no son excluyentes, sino complementarios y han permitido desarrollar mejores niveles de protección de derechos, para ser implementados por los Estados Parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (2013, págs. 6-11).

Posteriormente, el voto busca encontrar una determinación doctrinaria de la independencia judicial, citando a Linares, quien hace una separación en una dimensión negativa y positiva del tema; Chaires a través de la independencia objetiva – institucional y subjetiva funcional y Díez Picazo, que distingue la independencia judicial como un valor o como una garantía (2013, pág. 11).

Finalmente, con relación al Sistema Europeo de Derechos Humanos, que al ser este el de más larga data en cuanto a la creación de mecanismos regionales de derechos humanos, posee mayor cantidad de doctrina y jurisprudencia dotada de resoluciones garantistas que han servido de fuente

para los otros dos sistemas, americano y africano (Valencia Villa, 2006, pág. 145).

En el contexto de la amplitud de fallos, la sentencia del caso *Belilos vs. Suiza* es importante porque contempla de forma concisa los principales parámetros a ser observados con relación a la independencia judicial, y expresa que:

Un tribunal que se caracteriza, en el sentido material del término, por su función jurisdiccional: resolver conforme a las reglas del derecho y después de un procedimiento reglado, cualquier cuestión que dependa de su competencia, ha de reunir también una serie de requisitos -independencia especialmente en relación al poder ejecutivo, imparcialidad, inamovilidad, garantías de procedimiento- varias de las cuales aparecen en el propio texto del artículo 6.1. (Sarmiento, Mieres, & Presno)

Resulta además de interés para este trabajo, con el ánimo de encontrar puntos concordantes entre los diferentes mecanismos, la sistematización y análisis realizados por los profesores Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn y Leo Zwaak, sobre los criterios de la Corte Europea de Derechos Humanos con relación a la independencia judicial, en tres características abstraídas de su jurisprudencia.

La primera, está enfocada hacia la separación del poder judicial, del ejecutivo y legislativo, puesto que las decisiones deben ser desarrolladas con base al criterio del tribunal, con fundamento en su libre opinión de los hechos y elementos jurídicos. La segunda, consiste en la independencia de los jueces, lo cual no significa que sean vitalicios, sino que no puedan ser removidos de manera arbitraria por las autoridades. La tercera, que implica la necesidad de apariencia de independencia, por el valor democrático que tiene el rol de las Cortes²² (Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn & Zwaak, 2006, págs. 612 - 613).

²²Los principales casos en que los autores basan el análisis de la Corte Europea de Derechos Humanos son: *Ringeisen*, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57565#{"itemid":\["001-57565"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57565#{); *Langborger case*: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57515#{"itemid":\["001-57515"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57515#{); *Lauko Kadubec*: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58234#{"itemid":\["001-58234"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58234#{)

De los criterios jurisprudenciales a nivel regional, se constata un alto nivel de correspondencia en cuanto al alcance, importancia y efectos de la independencia judicial, al encontrar como principales aspectos de uniformidad entre los sistemas, en primer lugar, que la independencia judicial se concreta en no permitir intromisiones de otras funciones del Estado, con el fin de garantizar la existencia de un Estado democrático con adecuada división de poderes.

Un segundo elemento a destacar, corresponde al mirar al principio de independencia judicial como el ejercicio libre para la toma de resoluciones judiciales, sin presión ejercida dentro del propio poder judicial, en razón de la jerarquía de los diferentes jueces, por ejemplo, lo cual apunta a consolidar la independencia interna, a fin de que cada juez o jueza pueda resolver conforme a los hechos y el derecho, exclusivamente.

El tercer aspecto que se destaca de todos aquellos mencionados en la jurisprudencia referida, se vincula a la estabilidad en los cargos y estrictamente a la determinación de causas regladas y procedimientos especiales para la destitución de jueces o juezas, con posibilidad de revisión de la sanción, todo esto con el fin de limitar toda posibilidad de presión en la emisión de las sentencias que corresponde al poder judicial.

4. ATRIBUCIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA PARA ORDENAR DESTITUCIÓN DE JUECES

Esta sección tiene como finalidad advertir de forma general si la Corte Constitucional a través del ejercicio de sus atribuciones sancionatorias como la destitución de jueces, en particular dentro de la acción de incumplimiento de una sentencia o dictamen constitucional, puede afectar la independencia judicial en el Estado ecuatoriano, a pesar de que el ejercicio de su facultad provenga de la necesidad de hacer efectiva la protección de un derecho.

En la parte introductoria se mencionó la nueva institucionalidad de la Corte Constitucional ecuatoriana, la misma que fue generada por el constituyente en 2008 y reemplazó al antiguo Tribunal Constitucional, previsto en la Constitución Política del Ecuador de 1998, el cual poseía atribuciones muy limitadas con relación a la institución actual que empezó sus funciones con un carácter de Corte Constitucional para el Período de Transición.

Dentro de las funciones encomendadas a la Corte Constitucional, según la Constitución, se previó la de conocer acciones para el cumplimiento de sentencias e informes de organismos de protección de derechos humanos²³, lo cual concretaría la eficacia no solo de las normas, sino coadyuvaría al cumplimiento de las obligaciones internacionales de derechos humanos que mantiene el Estado.

Adicionalmente a la posibilidad de tramitar la acción mencionada, la Corte Constitucional puede conocer e imponer sanciones ante el incumplimiento de sentencias o dictámenes constitucionales²⁴, que vinculadas a las reglas sobre las garantías jurisdiccionales, según el número 4 del artículo 86 de la carta fundamental ecuatoriana, que dice: “si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar”²⁵, tendrían como finalidad hacer efectiva la propia justicia constitucional (Romero, 2011, pág. 223).

Con relación a la atribución de la Corte Constitucional, que con fundamento a dos normas de carácter general podría, como de hecho ha ocurrido²⁶, ordenar la destitución de servidores públicos, grupo dentro del cual se encuentran los jueces, se requiere un análisis detenido, para determinar si tal facultad no se contrapone a los estándares de derechos humanos sobre debido proceso, principalmente vinculados al derecho de acudir ante un juez

²³Constitución del Ecuador, artículo 436 núm. 5

²⁴Constitución del Ecuador, artículo. 436 núm. 9

²⁵Constitución de la República del Ecuador, artículo 86, sobre las garantías jurisdiccionales.

²⁶En sentencia constitucional No. 031-10-SIS-CC, de 22 de diciembre de 2010, se verifica la aplicación de las atribución sancionatoria contenida en el artículo 86 número 4 de la Constitución, que significó la destitución directa de un juez; adicionalmente, la sentencia constitucional No. 0004-09-SI-CC, de 23 de julio de 2009, advierte que el incumplimiento de la sentencia constitucional por parte del juez inferior, dentro del término de 15 días, ocasionaría que la Corte ordenará su inmediata destitución; en sentencia constitucional No. 034-13-SCN-CC, la Corte Constitucional advierte en general a los jueces, que el no cumplir con elevar las consultas constitucionales y en tal supuesto suspender las tramitación de una causa, cuando tengan duda razonable y motivada sobre la constitucionalidad de una norma, acarreará la destitución.

imparcial e independiente, de conformidad con los parámetros otorgados por los organismos internacionales, que ya se revisaron.

El análisis considera la aplicación que la Corte Constitucional hace de forma concreta sobre las sanciones de destitución contra cualquier servidor o servidora público, entre ellos los jueces, con fundamento en el artículo 86 número 4, de la Constitución ecuatoriana, que refiere la posibilidad de sancionar con la destitución a los funcionarios en general, dentro de un proceso de cumplimiento de sentencia o dictamen constitucional, por impedir su cumplimiento.

Al respecto de la facultad de la Corte Constitucional, para dictar una sentencia en una acción por incumplimiento, Johana Romero comenta que “deberá en definitiva en primer lugar determinar si ha existido o no incumplimiento de la norma, o de la sentencia o informe de un organismo internacional. De constatar la Corte Constitucional el incumplimiento como una forma de dar efectividad a la garantía activada, debe ordenar su cumplimiento, y de ser el caso además imponer sanciones correspondientes a la autoridad, ello incluso bajo prevenciones de destitución” (2011, pág. 246).

Una vez que se ha realizado una breve explicación de la importancia del derecho al debido proceso, que incluye entre sus condiciones básicas la existencia de un juez o tribunal que goce de imparcialidad e independencia, es preciso mirar si las atribuciones sancionatorias de la Corte Constitucional, como la destitución, pueden ser oponibles también a los jueces.

Con relación a los avances en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es preciso destacar los estándares de protección de derechos que han emanado principalmente de los organismos jurisdiccionales de derechos humanos de índole regional, pues sus sentencias tendrían además el carácter de fuente de derecho internacional, como lo determina el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia²⁷. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que parte de este trabajo se basó en pronunciamientos de organismos que no poseen estatus jurisdiccional, pero que los diferentes tratados les han encomendado la protección y difusión de derechos humanos, que según el

²⁷*Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, suscrito por el Ecuador el 26 de junio de 1945, en la ciudad de San Francisco, California. Art. 37 de la Corte Internacional de Justicia.*

criterio del excomisionado Florentín Meléndez, poseen diferencia con los tratados internacionales pero encuentra que:

Las declaraciones y resoluciones internacionales en estricto sentido no tienen carácter jurídicamente vinculante, por lo que dichos instrumentos deben ser interpretados y aplicados en consonancia con los instrumentos convencionales de carácter general y particular e incluso con normas constitucionales y demás normas del derecho interno (Meléndez, 2012).

De esta forma, una vez que los principales ejes para la sanción de jueces y juezas se concretan en tener garantías especiales para el ejercicio de la función jurisdiccional que supone independencia, la norma constitucional contenida en el artículo 86 número 4, no podría ser ampliada de los funcionarios o servidores públicos en general a los jueces y juezas, puesto que pondría en riesgo las garantías especiales que emanan del principio de independencia judicial.

De otro lado, se ha establecido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que el juez que haya intervenido con dolo, mala fe, negligencia o error inexcusable debe ser procesado de conformidad a las reglas instituidas en el Código Orgánico de la Función Judicial²⁸, lo cual se compadece con lo desarrollado por la jurisprudencia internacional que, como se ha expuesto, requiere de un proceso exclusivo para procesos sancionatorios contra jueces.

El parámetro señalado implica que el proceso disciplinario no sea conocido dentro de otro proceso, acción o recurso de cualquier naturaleza, instaurado por asuntos diferentes al examen de las actuaciones judiciales. Cuestión que de forma negativa sería verificada en la atribución sancionatoria de la Corte Constitucional, que bajo un mismo fallo para dar efectividad a una sentencia o dictamen constitucional incumplido, realiza una función disciplinaria, que acarrearía hasta la destitución, lesionando de esta forma, la independencia judicial e inclusive el derecho a la defensa.

Finalmente, el artículo 440 de la Constitución ecuatoriana determina la inmutabilidad de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional, por tanto

²⁸Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 109, implica que el juez debe ser procesado pudiendo ser destituido.

las destituciones que ordene contra jueces o juezas, no serían compatibles con el derecho al proceso, puesto que tampoco pueden ser revisadas o impugnadas mediante recurso alguno.

5. CONCLUSIONES

El derecho al proceso se encuentra plasmado de forma transversal en los instrumentos internacionales de derechos humanos, manteniendo como señaló la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la condición de un derecho en sí mismo, y adicionalmente un contenido instrumental para garantizar a los otros derechos.

Corresponde a los Estados la obligación de mantener una organización que sea capaz de tener poderes separados, que no permitan la intromisión arbitraria en la tarea jurisdiccional, lineamientos que de forma general deben estar plasmados en las constituciones de los diferentes Estados, pero que no debe ser solamente un contenido normativo, sino presente en la realidad.

Si bien la doctrina nos da luces de cada una de las formas en que puede ser afectada la independencia judicial, los pronunciamientos de los organismos y tribunales de derechos humanos, han ido construyendo un estándar sólido que sustenta las condiciones para tener el derecho a un juez independiente, el mismo que no debe tener influencia de otros poderes del Estado, ni ser influenciado de forma institucional o jerárquica, por ser esta la garantía de un verdadero Estado de Derecho.

Los importantes instrumentos internacionales de derechos humanos, mantienen como uno de los pilares del debido proceso a la independencia, la cual entre otros defiende como uno de sus ejes la estabilidad de los jueces en sus cargos, quienes solo podrían ser removidos por faltas graves y después de un proceso reglado con garantías adecuadas de defensa, logrando así evitar separaciones arbitrarias y verdadera independencia para dictar sus resoluciones.

En razón de que el respeto a la independencia judicial, condiciona la aplicación efectiva del resto de derechos humanos, derechos que tiene que ser cumplidos por devenir de la dignidad humana como lo señala Faúndez Lesdesma, así como a la vez este principio permite la existencia de un Estado de Derechos, no sería posible que una norma con carácter general

para sancionar a servidores públicos, se extienda a jueces o juezas, a través de una acción constitucional que ni siquiera permite un adecuado derechos a la defensa, por ni siquiera permitir la impugnación o revisión.

BIBLIOGRAFÍA

Alvarado Velloso, A. (2010). Lecciones de Derecho Procesal Civil. San José: Investigaciones Jurídicas S.A.

Barrios de Ángelis, D. (1979). Teoría del proceso. Buenos Aires: Depalma.

Calvinho, G. (2010). Los Derechos Humanos en la Teoría General del Proceso. (EGACAL, Ed.) El Derecho Procesal del Siglo XXI, 117.

Carozza, P. (2008). Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights: A Reply. The European Journal of International Law, 931-934.

Grijalva, A. (2012). Constitucionalismo en Ecuador. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.

Comité de Derechos Humanos. (1984). Observación General 13. Ginebra: Organización de Naciones Unidas.

_____. (2007). Observación General 32. Ginebra: Organización de Naciones Unidas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1987). Opinión Consultiva OC-87, OC-9-87.

_____. (1988). Caso Velasquez Rodriguez Vs. Honduras.

_____. (2001). Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú.

_____. (2009). Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, excepciones preliminares, fondo y reparaciones .

_____. (2013). Caso Corte Suprema de Justicia vs. Ecuador, Hugo Quintana y otros vs. Ecuador .

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Primera Corte Contencioso Administrativa. (2008). Caso Aritz Barbera vs. Venezuela.
- Ecuador. Corte Constitucional. (2008). Interpretación artículo 27 del Régimen de Transición, 002-CC-SG del 21 de octubre de 2008.
- Ledesma, F. (2004). El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: Aspectos institucionales y procesales. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Linares, S. (2003). La independencia judicial: conceptualización y medición. Obtenido de <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/taq/taq02/Taq02-02-04.pdf>.
- Medina, C. (2006). Convención Americana: teoría y práctica. Santiago : Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile.
- Meléndez, F. (2012). Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia (Octava ed.). Bogotá, Colombia: Konrad Adenauer Stiftung.
- Montero Aroca, J. (1976). Introducción al Derecho Procesal. Madrid: Tecnos.
- ONU. Relatoría Especial sobre la Independencia de los magistrados o Abogados. (2011). Informe de la Relatoría Especial sobre la Independencia de los Magistrados o Abogados, Misión México. Ginebra: Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos.
- ONU. (29 de noviembre de 1985). Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura. Ginebra: Organización de Naciones Unidas.
- ONU. Relatora Especial sobre la Independencia de los magistrados o Abogados (2013). Informe, Consulta subregional sobre Independencia del poder Judicial en América Central. Ginebra: Naciones Unidas.
- Quintero, B. & Prieto, E. (2008). Teoría general de Derecho Procesal (Cuarta ed.). Bogotá, Colombia: TEMIS.

- Romero, J. (noviembre de 2011). La acción por incumplimiento: garantía de seguridad. J. Montaña, & A. Porras (edits.) *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, 275.
- Sarmiento, D.; Mieres, L. & Presno, M. (s.f.). <http://personal.us.es/juanbonilla/contenido/CM/TRIBUNAL%20EUROPEO%20DE%20DERECHOS%20HUMANOS/JURISPRUDENCIA%20TEDH/SENTENCIAS%20BASICAS%20DEL%20TEDH.pdf>. Recuperado el 5 de abril de 2014
- Valencia Villa, A. (2006). Los sistemas interacionales de protección de Derechos Humanos. C. Martín, D. Rodríguez Pizón & J. Guevara (edits.) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 771.
- Van Dijk, P.; Van Hoof, F.; Van Rijn, A., & Zwaak, L. (Edits.). (2006). *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (Cuarta ed.). Oxford, England: Intersentia.
- Zavala Baquerizo, J. (2002). *El Debido Proceso Penal*. Quito: Edino.

A large, stylized graphic of a leaf or plant branch, rendered in shades of gray, occupies the right side of the page. It features several pointed, overlapping leaflets that curve downwards and to the left, creating a sense of movement and depth.

Capítulo 9

LA CULTURA DEL MÍNIMO ESFUERZO
PROBATORIO: REFLEXIONES SOBRE LA
HETEROINCRIMINACIÓN Y LAS GARANTÍAS
CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL

La cultura del mínimo esfuerzo probatorio: reflexiones sobre la heteroincrimación y las garantías constitucionales del proceso penal

Jaime Campaner Muñoz*

INTRODUCCIÓN

Puede afirmarse sin temor a equivocación que las declaraciones de coimputados¹ (“arrepentidos” o no) constituyen el paradigma de riesgo límite para la presunción de inocencia del imputado inculcado. El nivel de riesgo es, a mi juicio, todavía más elevado -si cabe- que el que tiene lugar cuando la única prueba de cargo viene dada por la mera declaración de la supuesta víctima, entre otras cosas porque esta tiene la obligación de decir verdad y, por tanto, de no decirla, puede incurrir en un delito de falso testimonio en causa criminal, castigado con severas penas de prisión, máxime en el caso de recaer sentencia condenatoria contra el inculcado como consecuencia de la declaración mendaz, o en un delito de acusación y denuncia falsa, tipo que también lleva aparejada pena de prisión si el delito imputado es grave.

Así, la consideración de la declaración del coimputado como prueba de cargo apta para destruir la presunción de inocencia constituye, en mi

**Jaime Campaner Muñoz se licenció en Derecho en la Universidad de las Islas Baleares obteniendo el Premio Extraordinario (número 1 de su promoción). Es Máster en Derecho Penal Económico Internacional por la Universidad de Granada y Máster en Derechos Fundamentales, especialidad Protección Jurisdiccional, por la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Ejerce como Abogado penalista en causas de repercusión en todo el territorio español y es profesor asociado de la UIB, donde actualmente imparte docencia en materia de Derecho Procesal Penal (Grado de Derecho) y Derecho Penal de la insolvencia (Máster en Derecho Concursal y Reestructuraciones Empresariales) y societario (Máster en Derecho de Sociedades). Ha impartido conferencias en España y en el extranjero, principalmente en Latinoamérica, y ha publicado artículos doctrinales en revistas jurídicas especializadas.*

Correo electrónico: jcm@valdivia-campaner.com

¹En general, sobre declaraciones de coimputados, véase la reciente obra de Lozano Eiroa, M. (2013). *La declaración de los coimputados en el proceso penal*. Navarra: Thomson Reuters, Civitas

opinión, el gran problema del proceso penal español moderno. O mejor, más que del “proceso” propiamente dicho, de los jueces y tribunales españoles, quienes, como se expondrá más adelante, beben de una poco o nada garantista doctrina emanada del Tribunal Constitucional español (en lo sucesivo TC), ignorando la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) y, en suma, los derechos fundamentales de los ciudadanos inculcados en los términos reconocidos tanto en la Constitución Española (CE), como en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y el resto de textos internacionales.

Esta situación se ha visto agravada en las causas seguidas por alguna de las manifestaciones de la denominada corrupción², de suerte que, de un tiempo a esta parte, casi a diario, amén de incoarse un nuevo proceso penal por supuestos hechos pretendidamente constitutivos alguno o varios de los delitos que hallarían cobijo bajo el paraguas del expresado concepto, es difícil que la Acusación Pública no cuente entre sus filas con un “arrepentido”, esto es, un coimputado (o coacusado, en función de la fase procesal de la que se trate) que, ora por iniciativa propia, ora por consejo de su Abogado, decide reconocer los hechos que se le imputan, mas, no limitándose a asumir su responsabilidad, inculca al resto de imputados o acusados (lo que se conoce como “colaborar con la Justicia”), de tal modo que, al final del proceso, obtiene una sensible reducción de la pena, evitando, en muchos casos, su efectivo ingreso en prisión³.

²*Sobre el fenómeno de la corrupción, pueden verse mis trabajos “Apuntes sobre el significado y las diversas manifestaciones de la corrupción”, en la sección “Blog” de la Web de la Editorial Jurídica Thomson Reuters-Lex Nova, disponible en el siguiente enlace: <http://penal.blogs.lexnova.es/2012/07/27/apuntes-sobre-el-significado-y-las-diversas-manifestaciones-de-la-corrupcion/> (27 de julio de 2.012); y “Reflexiones sobre la corrupción y la impunidad del Legislador”, *El Notario del siglo XXI, Revista del Colegio Notarial de Madrid* núm. 47, enero-febrero 2013, pp. 13 a 17.*

³*La tendencia, además, sobre todo en causas seguidas por delitos contra la salud pública es que los coacusados inculcantes –previo acuerdo con el Ministerio Fiscal- sean mayoría, dejando en minoría a los coacusados que decidan no pactar y defenderse de las acusaciones. Esta tendencia está extendiéndose ya en los procedimientos por corrupción. No es extraño ni insólito ya que siendo diez los acusados, nueve decidan inculcar en juicio al único que decida defenderse.*

Hasta aquí, pudiera objetarse, *prima facie*, que ninguna anomalía se produce. El problema -estético y jurídico- surge desde el momento en que se observa que la confesión del arrepentido constituye no solo una constante en los expresados procesos penales sino también la prueba reina de la que pretende valerse la acusación en el juicio oral. La problemática se incrementa cuando –como se verá- la confesión *strictu sensu* se aprecia y/o cualifica por la acusación solo en algunos casos. Y lo que, desde luego, resulta obsceno es la perversión procesal que, a no dudar, se produce cuando la acusación, fruto del acuerdo alcanzado con el arrepentido, lo presenta como “testigo” en otros procesos o piezas separadas desgajadas de la matriz o principal, admitiéndose –no sin matices, como tendremos ocasión de comprobar- dicha condición procesal.

Así, la declaración del coacusado, que, en puridad, y tras un exhaustivo análisis en lo que a su veracidad se refiere en cuanto que -en palabras del TC- “intrínsecamente sospechosa” (STC, 2/2002), debería constituir tan solo un cimiento más del edificio acusatorio, se convierte de facto en la estructura basilar de la expresada construcción, con el riesgo de que se fomente y haga fortuna la cultura del mínimo esfuerzo probatorio por parte de la acusación, que se puede relajar y acomodar hasta tal punto que, en ocasiones, ha presentado dicha estructura como si de un edificio acabado se tratara, incrementándose, no obstante, la inquietud y la zozobra de los coacusados inculcados por el “arrepentido”, que únicamente aspiran a ser sometidos a un proceso con todas las garantías y a que se respete su presunción de inocencia como regla de juicio (pues, huelga tal vez decirlo, mediática y jurídicamente, es muy probable que haya sido inobservada tal presunción como regla de tratamiento).

Es preciso dejar sentado que en España rige el principio de libre valoración de la prueba (cualquiera que esta sea) por parte de jueces y tribunales (artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –LECrím., en lo sucesivo-⁴), de manera que no existen criterios tasados a la hora de valorar la declaración del coacusado. Por ello, desde antiguo, la Sala Segunda del Tribunal Supremo (en adelante, TS) estableció algunos parámetros que debían calibrarse para

⁴“El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa, y lo manifestado por los mismos procesados, dictará Sentencia (...)”.

considerarla válida como prueba de cargo: la personalidad del delator y sus relaciones precedentes con el inculcado, la existencia de móviles turbios o inconfesables (un pacto beneficioso) y el ánimo exculpativo. Más adelante, el TC estableció la doctrina que rige actualmente y que consiste, en suma, en añadir a esos parámetros la constatación de la existencia de una mínima corroboración: hechos, datos o circunstancias externas que avalen, de modo genérico, la veracidad de la declaración. Pero nos hallamos ante unas arenas sumamente movedizas: no se regula qué debe entenderse por mínima corroboración y nuestros tribunales tan solamente han sido capaces de concluir que deberá ponderarse “caso por caso” y, de nuevo, al amparo del principio de libre valoración de la prueba.

Visto el contexto social en el que nos hallamos⁵ y la problemática descrita, desde su punto de vista, por quien suscribe, ha llegado el momento de realizar una profunda revisión de la expresada doctrina jurisprudencial o, cuanto menos, de aplicarla de modo especialmente cauteloso en aquellos supuestos en los que el “delator” haya pactado con la acusación, sin que esté de más, aprovechando la tan anunciada como ansiada reforma de nuestra vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal, el acometimiento de una regulación legal expresa sobre el tan traído fenómeno.

A efectos expositivos, siguiendo a Miranda Estrampes (2009, pág.18), distinguiremos entre lo que este autor ha denominado condiciones de utilizabilidad probatoria (CUP), que afectan al proceso con todas las garantías consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española (CE en lo sucesivo), esto es, al proceso justo, debido o *équitable*, y condiciones de suficiencia probatoria (CSP), que inciden en la presunción de inocencia reconocida en el mismo precepto de la CE.

⁵A pesar de que pudiera considerarse ya un hecho notorio, los Barómetros del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) concluyen que la corrupción es una de las mayores preocupaciones de los españoles (la otra es el paro). No en vano, España sería el segundo país del mundo en el que más habría aumentado la percepción de la corrupción en 2013, según la ONG alemana Transparencia Internacional (TI).

1. CONDICIONES DE UTILIZABILIDAD PROBATORIA (CUP)

1.1 Doctrina del TEDH

Para el TEDH, el respeto a la garantía de contradicción establecida en el artículo 6.3 d) CEDH –a pesar de que el precepto tan solo se refiere a los testigos- determina la existencia de un estándar mínimo consistente en la oportunidad de interrogar al imputado inculcante durante el procedimiento, ora en fase de instrucción, ora en el juicio oral. Dos son los casos clave en lo que a esta materia respecta:

En primer lugar, el caso *Lucà contra Italia* (STDHE de 27 de mayo de 2001). En este supuesto, el coacusado inculcante se acogió a su derecho a no declarar en el juicio oral. Los Tribunales nacionales italianos utilizaron su declaración previa como única prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia del demandante, con la peculiaridad de que tal declaración se produjo en fase de investigación (que en Italia corre a cargo del Ministerio Fiscal) sin que la Defensa del demandante tuviera la oportunidad de interrogar al inculcante, y, además, la tan traída declaración tuvo lugar en un procedimiento conexo. El TEDH condenó a Italia por violación del artículo 6 del Convenio, al considerar que el proceso no fue justo. En similares términos, puede verse la STEDH dictada en el caso *Melnikov contra Rusia*, de 14 de enero de 2010.

En segundo lugar, el asunto *Mínguez Villar contra España* (Decisión del TEDH de 1 de marzo de 2005). En este caso, el coacusado inculcante no compareció al juicio oral al hallarse aquejado de una grave enfermedad psíquica y, corolario de lo anterior, no seguirse el proceso en su contra. La Audiencia Nacional fundamentó la condena del demandante, entre otras pruebas, en la declaración del coimputado en fase de instrucción, introduciéndola en el debate por la vía del artículo 730 LECrim. (que regula la incorporación al juicio oral de las diligencias sumariales “irreproducibles”), y ello a pesar de que la Defensa del demandante no pudo interrogar al inculcante en dicha diligencia sumarial más por motivos imputables al propio demandante: se hallaba en rebeldía. El TEDH desestimó la demanda, al considerar que la condena no se basó únicamente ni de manera determinante en la declaración del coacusado y que, además, la imposibilidad de que la Defensa del demandante le interrogara no se debió a una actuación judicial censurable.

Así pues, para el TEDH solo se vulnera el derecho a un proceso justo si la declaración inculpativa es decisiva para la condena y/o si la ausencia de contradicción le es imputable al órgano jurisdiccional nacional.

1.2 Doctrina del TC

Antes de abordar la doctrina constitucional sobre esta cuestión, es preciso aclarar que es ya –por fortuna- un criterio consolidado en nuestro Tribunal de Garantías que las declaraciones policiales, sean auto o hetero inculpativas, carecen de validez probatoria si no se ratifican a judicial presencia (*vid.*, por todas, las SSTC 68/2010 y 53/2013), con lo que ha quedado superada la solución anterior, totalmente fraudulenta, consistente en permitir la introducción de la declaración policial no ratificada judicialmente a través de la testifical del funcionario policial que tomó o presenció la misma. En lo que a la posibilidad de contradicción respecta, conviene distinguir entre:

i) La ausencia del coimputado en el juicio oral. En tal caso, si la declaración inculpativa anterior se produjo sin contradicción y la ausencia de esta garantía básica del justiciable es atribuible al órgano judicial (por ejemplo, porque el Juzgado de Instrucción no citó al letrado defensor del inculpativo), la declaración del coimputado carece de validez (por todas, SSTC 209/2001 y 187/2003); si la falta de contradicción es imputable al inculpativo (porque su letrado no compareció a la declaración pese a haber sido citado en forma o porque el propio inculpativo no compareció por hallarse en rebeldía), la declaración del coimputado se considera válida (SSTC 2/2002 y 80/2003); en cambio, si la ausencia de contradicción no puede achacarse ni al órgano jurisdiccional ni al acusado (por ejemplo, porque el declarante falleció tras haberse imputado al inculpativo y, por ende, con anterioridad a que éste se personara en la causa a través de abogado y procurador), se considera que la declaración no es válida (STC 1/2006).

En suma, pues, en los casos de incomparecencia del coacusado en el juicio oral, las soluciones ofrecidas por el TC se ajustarían al estándar fijado por el TEDH.

ii) El silencio del coacusado inculpativo en el juicio oral. Sorprendentemente, el TC ha considerado que, en este supuesto, existe posibilidad de contradicción por la mera presencia del coacusado en el juicio oral (SSTC 142 y 198/2006), lo cual, obvio resulta, no se ajusta al estándar del TEDH.

En cualquier caso, considero criticable distinguir donde las normas no distinguen y, con este pretexto, discriminar *ratione personae*. En mi opinión, lo verdaderamente relevante es que, aun no siendo imputable al órgano judicial ni al acusado, este se ve privado de la garantía de contradicción.

1.3 Doctrina del TS

El TS viene adecuándose a la doctrina constitucional –que, como se ha dicho, no respeta la del TEDH-, mas, en ocasiones, ha degenerado hasta extremos claramente inconstitucionales, llegándose a producir resoluciones insólitas, como en el caso decidido recientemente por el ATS núm. 1.895/2.013, en el que el Alto Tribunal aprobó la incriminación de un coacusado a otro en su turno de derecho a la última palabra, cuando no cabía ya contradicción alguna y había finalizado la práctica de la prueba, se habían formulado conclusiones definitivas las partes habían expuesto sus informes, sugiriendo que, “en cualquier caso, el artículo 746.6º de la Lecrim establece como causa de suspensión del juicio los supuestos en los que “revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesario nuevos elementos de prueba, o alguna sumaria instrucción suplementaria”, deslizando que la Defensa del recurrente (incriminado por un coacusado con ocasión de su última palabra) debió haber solicitado la suspensión del juicio al amparo del precepto transcrito.

2. CONDICIONES DE SUFICIENCIA PROBATORIA (CSP)

En lo que a la viabilidad de que la declaración del coacusado alcance la condición de mínima actividad probatoria de cargo hábil para destruir la presunción de inocencia⁶ de otro respecta, el TEDH ha advertido que deben –*sit venia verbo*- encenderse las luces de alarma ante la existencia de tal medio probatorio en el proceso, afirmando que la declaración del coacusado encierra un elevado riesgo de no confiabilidad (Sentencia de 14 de enero de 2010, caso Melnikov contra Rusia) y que debe ser sometida a un alto nivel de escrutinio (Sentencia de 13 de marzo de 2012, caso Karpenko contra Rusia).

⁶Sobre la presunción de inocencia y la mínima actividad probatoria en el proceso penal, vid. Miranda Estrampes, M. (1997). *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: Bosch 1.997 y Vegas Torres, J. (1993). *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid: La Ley.

Por su parte, el TC, en principio -y, al menos, de cara a la galería-, tampoco ha lanzado piropos a la declaración del coacusado. En efecto, la ha considerado una prueba ontológicamente sospechosa que debe generar una desconfianza intrínseca (por todas, SSTC 2/2002, 233/2002 y 102/2008). No obstante, pese a afirmar enfáticamente tales características, la evolución jurisprudencial del TC ha determinado una trivialización de la aceptación y suficiencia de este medio de prueba. Veamos esta evolución, siguiendo a Miranda Estrampes (2009), quien –con todo acierto- distingue entre tres fases tomando como parámetro el nivel de exigencia de la doctrina constitucional:

1ª.- Estándar de verificación intrínseca de la declaración. En un principio, la doctrina constitucional (SSTC 137/1988 y 50/1992) condicionaba la suficiencia de la declaración del coimputado a que la misma reuniera una serie de requisitos, centrándose, sobre todo, en la valoración de la ausencia de incredibilidad subjetiva; se analizaba también la verosimilitud de lo declarado y la persistencia en la incriminación. Como es sabido, se trata de una línea jurisprudencial aún hoy vigente en lo que respecta a otra situación de riesgo límite para la presunción de inocencia: la declaración de la supuesta víctima como única prueba de cargo tendente a la obtención de condena⁷. Se observa, pues, cómo, al centrarse el TC principalmente en la ausencia

⁷Como enseñan las SSTS 625/2010 y 480/2012, son varios los criterios a tomar en consideración, a modo de examen o método de trabajo, a fin de valorar la credibilidad o fiabilidad de la supuesta víctima para que ésta pueda destruir la presunción de inocencia:

a) Ausencia de incredibilidad subjetiva. Este criterio engloba, a su vez, dos aspectos relevantes:

1º.- Las propias características físicas o psicoorgánicas, en las que se ha de valorar el grado de desarrollo y madurez de la supuesta víctima, y la incidencia que en la credibilidad de sus afirmaciones pueden tener algunas veces ciertos trastornos mentales o enfermedades como el alcoholismo o la drogadicción.

2º.- La inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, que pudieran enturbiar la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad, y creando un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpatoria sobre bases firmes.

En cualquier caso, sin olvidar que aunque todo denunciante puede tener interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina de manera categórica el valor de sus afirmaciones. Es decir, la concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza, enemistad o cualquier otro motivo ético y moralmente inadmisibles debe constituir únicamente una llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de sus declaraciones, no pudiéndose descartar

aquellas que, aun teniendo estas características, presentan solidez, firmeza y veracidad objetiva.

En este punto debe tenerse presente que puede considerarse una máxima común de la experiencia que le puede otorgar validez al testimonio de la supuesta víctima que no exista razón alguna que pudiese explicar la formulación de la denuncia contra determinada persona, ajena al denunciante, que no sea la realidad de lo denunciado.

b) Verosimilitud del testimonio. Debe estar basada en la lógica de la declaración y en el suplementario apoyo de datos objetivos, lo cual nos conduce, de nuevo, a analizar dos aspectos:

1°.- La declaración debe ser lógica en sí misma, esto es, no contraria a las reglas de la lógica vulgar, de la común experiencia o del comportamiento humano, lo que exige valorar si la versión de la supuesta víctima es o no insólita u objetivamente inverosímil por su propio contenido.

2°.- La declaración de la supuesta víctima debe estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso, lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima.

No obstante, este criterio deberá ponderarse adecuadamente en los delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración, de suerte que el hecho de que, en ocasiones, el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho.

Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en los delitos que ordinariamente las producen, manifestación de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima, periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante, etc.

c) Persistencia en la incriminación. Supone, a su vez, la observancia de los siguientes parámetros:

1°.- La ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la supuesta víctima (policial, sumarial y juicio oral) sin contradecirse ni desdecirse. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en su constancia sustancial de las diversas declaraciones.

2°.- La concreción en la declaración, que debe producirse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.

3°.- Coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes.

Es importante destacar que, contrariamente a lo que suele afirmarse, estos criterios no son condiciones objetivas de validez de la prueba sino parámetros a los que ha de someterse la valoración del testimonio de la víctima. Luego, no se trata de requisitos, de modo que tuvieran que concurrir todos unidos para que el Juez o Tribunal pudiera dar crédito a la testifical de la supuesta víctima como prueba de cargo.

de incredibilidad subjetiva, el estándar de la verificación intrínseca de la declaración presentaba un carácter de marcado carácter negativo (amén de subjetivo), de suerte que tan solo se trataba de verificar que la declaración no era debida a móviles espurios. Esta sencilla operación de descarte era suficiente para considerar válidamente desvirtuada la presunción de inocencia del inculcado merced a la declaración del coacusado.

2ª.- Estándar de la mínima corroboración periférica objetiva. En una segunda etapa, el TC exigía que se avalara el contenido de la declaración a través de elementos extraídos de otras fuentes probatorias (por todas, STC 2/2002). Evidentemente, la credibilidad del declarante era un *príus* lógico a partir del cual se podía pasar a analizar la existencia o no del expresado aval⁸.

En este caso, y contrariamente a lo que ocurría en la primera fase, se trata de un modelo de carácter positivo. El punto de partida lo constituía la insuficiencia probatoria de la declaración del coacusado en cuanto que, a diferencia del testigo, aquel no está obligado a decir verdad, ostenta el derecho a no declararse culpable, incluso a mentir, siempre en ejercicio de su derecho de defensa –y no con carácter absoluto, como lo demuestra la condena sustanciada por la STS 62/2013 contra el acusado del crimen de Marta del Castillo por sus declaraciones en el proceso-; y a no contestar las preguntas que no desee.

Pero, ¿qué debe entenderse por mínima corroboración? El TC se ha pronunciado al respecto de modo ciertamente ambiguo, estableciendo dos pautas: no tiene que tratarse de una corroboración plena y no puede fijarse con carácter general, pues depende de cada caso. En palabras de la STC 155/2002, hechos, datos o circunstancias externas de naturaleza objetiva que provengan de otras fuentes probatorias distintas a la declaración del coimputado.

Como puede apreciarse, la respuesta ofrecida por la doctrina constitucional no colma la siempre deseable –y exigible- seguridad jurídica dados sus términos genéricos, vagos e imprecisos.

⁸En este sentido, Sánchez Yllera, I. (2006). *Dudas razonables: la declaración de los coimputados*. *Revista Xurídica Galega* (50). pág. 31.

3ª.- Estándar de la verificación reforzada. El TC dio un paso garantista con la STC 55/2005 y, tratando de subsanar su ambigüedad, exigió que la mínima corroboración acreditara o confirmara la participación del coimputado en los hechos objeto de acusación (*vid.*, asimismo, la STC 10/2007). Es decir, ya no sería suficiente, como en la fase anterior, que se acreditara cualquier aspecto, incluso accesorio o periférico, del contenido de las manifestaciones del coacusado, sino que estas debían verse corroboradas concreta y específicamente en lo que algún aspecto del hecho punible necesitado de prueba respecta.

Aunque con estas precisiones la doctrina constitucional quedó más perfilada, no es muy difícil reparar en que subsiste el problema de fondo: ¿Qué debe entenderse por elementos objetivos de verificación? El TC, de nuevo, huye de ofrecer líneas maestras o rasgos fundamentales a partir de los cuales dar una respuesta clara al interrogante planteado y remite a la casuística, aunque precisando que no pueden constituir elementos objetivos de verificación las declaraciones de otros coimputados ni la simple futilidad ni la falta de credibilidad del relato alternativo ofrecido por el acusado inculcado pueden considerarse elementos de corroboración (STC 165/2005). Y es que, en efecto, como enseña la STS 137/2013 es clara:

La renuncia a tener al imputado como fuente de prueba contra sí mismo. Y a prescindir, dentro del cuadro probatorio, de su actitud procesal como dato, para estar únicamente, cuando decida declarar y lo haga, al valor informativo de sus aportaciones, en el marco de las que resulten de los demás medios de prueba. Lo que significa que, **hable o no hable, no deberá tener nada que temer. Incluso si, claramente, mintiere con el objeto de defenderse, porque la ausencia de una obligación de decir la verdad exige que del hecho de no decirlo no se siga ningún gravamen.** Así, el silencio del acusado, desde el punto de vista probatorio, es igual a cero; y la prueba de cargo tendrá que formarse a expensas de otras fuentes y a tenor de la calidad convictiva de lo que aporten. (La negrita es nuestra)

No obstante, como denuncia con brillantez Miranda Estrampes (2009)⁹, el TC dio un giro involucionista a partir de sus SSTC 56 y 57/2009, de suerte

⁹Se da la circunstancia que el Dr. Miranda ejerce como Fiscal ante el TC desde 2007, con lo que tiene un mérito añadido su defensa de los derechos fundamentales de los acusados, combatiendo la doctrina constitucional que –desafortunadamente– se ha impuesto.

que, a pesar de citar la STC 55/2005, inaplicó su propia doctrina, lo que dio lugar a que la Presidenta del TC emitiera Votos Particulares. En mi opinión, la Sala Segunda del TS tampoco ha contribuido, antes al contrario, a la seguridad jurídica ni a la salvaguarda de los derechos de los acusados inculcados por otros.

En efecto, a pesar de que se ha repetido como un mantra por parte del TC que la mera acumulación de declaraciones de coimputados frente a un tercero no constituye corroboración objetiva alguna (*vid.* SSTC 72/2001; 65/2003; 152/2004; 198/2006; 10/2007; 91/2008), la reciente STS 166/2014, aun respetando la expresada doctrina constitucional, declaró que las declaraciones de dos coimputados “no pueden actuar como elemento corroborador la una de la otra (según criterio del TC), pero su fiabilidad queda robustecida entre sí” (la negrita es nuestra).

Con todo, es cierto que el TS ha dictado resoluciones de mayor calidad técnica que las del TC y, en materia de declaraciones de coimputados, ha declarado de modo sumamente didáctico que:

La constatación de que estamos ante una prueba peculiar que engendra inicialmente una cierta desconfianza constituye el sustrato de esa singularidad. Respecto de ella no bastan las normas generales del resto de pruebas: que sea lícitas, que se practiquen bajo el principio de contradicción, que estén racionalmente valoradas y motivadas... Hace falta algo más: unas condiciones externas, verificables desde fuera, más allá de que el proceso racional por el que un Tribunal acabe dándoles credibilidad esté fuertemente asentado y sea convincente. Si pese a ello faltan esas garantías externas y, en lo que aquí interesa, fundamentalmente la corroboración, habrá de declararse contraria a la presunción de inocencia la condena fundada en ese elemento de convicción. No basta la racionalidad y consistencia de la motivación. Hace falta algo más. Ese plus viene constituido por unos criterios de valoración interna (test de fiabilidad); y por la necesidad de un complemento (corroboración externa)” (STS 795/2013).

Pero la problemática en torno a qué debe entenderse por corroboración externa se mantiene vigente y sin resolver.

3. LA HETEROINCRIMINACIÓN Y LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL ACUSADO

Esta problemática, como se ha avanzado, se ha agudizado en los supuestos –por lo demás, muy frecuentes– en los que la Fiscalía cuenta entre sus filas con uno o varios coimputados que, a cambio de beneficios penales y/o penitenciarios, incriminan a otro u otros. También se ha avanzado que más se ha agravado aún si cabe en las causas seguidas por alguna de las manifestaciones de la denominada corrupción.

El problema en sí no consiste en que la situación denunciada se produzca con suma frecuencia, sino en que, sobre todo, en causas de corrupción, las instrucciones son muchas veces manifiestamente pobres en la medida en que desde los compases inaugurales del procedimiento, algún coimputado decide reconocer los hechos imputados investigados, incriminándose a sí mismo y al resto de sospechosos, contentándose con ello el Ministerio Público y el Juez de Instrucción (con manifiesta inobservancia del artículo 406 LECrim.¹⁰) o, cuanto menos, relajando su celo investigador. En otros supuestos, si se ha llegado a las puertas del juicio oral con un acervo probatorio de cargo de dudosa suficiencia para destruir la presunción de inocencia de los acusados, ante las elevadas penas solicitadas por el Ministerio Fiscal y el riesgo inherente a someterse a cualquier juicio oral, no son pocos los acusados dispuestos a auto y heteroincriminarse por sorpresa, ya iniciada la vista, a cambio de asegurarse que no llega a producirse su efectivo ingreso en prisión.

Así, como ya se ha avanzado, la confesión se erige en la prueba reina de los expresados procesos penales, con independencia, además, de la existencia o no de corroboraciones objetivas. La problemática se incrementa cuando la confesión *strictu sensu* se aprecia y/o cualifica por la acusación solo en algunos casos: ni más ni menos que cuando lo solicita el Ministerio Fiscal, independientemente de su procedencia y legalidad. Veámoslo con un ejemplo real.

¹⁰“La confesión del procesado no dispensará al Juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito.” (...).

En el caso resuelto por la Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca 68/2012, confirmada, en lo que aquí interesa, por la STS 696/2013 (si bien no fue atacada por nadie en lo que al objeto que nos ocupa respecta). Uno de los coacusados, a pesar de no autoincriminarse estrictamente –y no en vano solicitar su defensa su libre absolución en todo momento- manifestó en fase de instrucción (y no en su primera declaración) que una coacusada le había entregado un sobre con dinero en un vehículo oficial para la compra de acciones de una sociedad que sería contratada (y beneficiada fraudulentamente) después por el organismo público que presidía la expresada coacusada y vicepresidía el inculcante. Con ello, el acusado estaría coadyuvando a corroborar la participación de la tan traída acusada en un delito de negociaciones prohibidas a funcionarios (que fluye, en resumen, de la incompatibilidad de funciones públicas y privadas vistas las circunstancias del caso), mas no en el resto de delitos imputados (entre ellos, la malversación de caudales públicos por razón de un desvío indiscriminado e injustificado de fondos del organismo público a la empresa privada en la que participaría la acusada inculcada). Tampoco reconocía el acusado inculcante –y esto resulta de sumo interés- su participación en los hechos, ni asumía su responsabilidad penal. Sin embargo, el Ministerio Público solicitó para este acusado una pena sensiblemente inferior a la del resto de acusados, y sobre todo, a la de la acusada inculcada, considerando concurrente la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal de confesión y, además, como muy cualificada, lo cual, a mi juicio, resultaba manifiestamente ilegal, entre otras cuestiones porque ni se cumplía con el requisito cronológico al efecto (que el procedimiento no se dirigiera contra él) ni mucho menos la asunción (ni siquiera parcial) de los hechos objeto de acusación. Con todo, y contra todo pronóstico, el Tribunal aceptó la calificación, sin llevar a cabo una imprescindible labor de filtro judicial, lo que, sin duda, coadyuva a esa cultura del mínimo esfuerzo probatorio y de la recolección de coimputados que inculquen a los demás (nótese que ni siquiera se exige ya que se autoincriminen) y no de fuentes de prueba¹¹ que posteriormente se puedan proponer y practicar como medios de prueba en el juicio oral para que constituyan prueba de cargo, en terminología extraída de la célebre clasificación de Carnelutti (1982, págs. 67-102 y 195-201)

¹¹*En el bien entendido de que las fuentes de prueba pueden ser materiales, pero también personales, tal y como tuvo ocasión de precisar la Corte Suprema Federal Norteamericana en el caso Wong Sun et Al. v. United States, 371 U.S. 471 (1963).*

simplificada por Sentís Melendo (1978, págs. 150-158). Ante situaciones como la descrita, es normal y, desde luego humano, que cunda el pánico entre los acusados –y también entre sus letrados defensores- y la norma general sea ya el pacto, el acuerdo con el Ministerio Fiscal en aras a evitar el ingreso en prisión del acusado¹², todo ello con independencia de la verdad histórica. Esta no importa. Solo llegar a puerto seguro. De este modo, queda derogado el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y la presunción de inocencia pasa a ser una suerte de mito que a nadie importa ya, ni siquiera al propio acusado. Son las nuevas reglas del juego en las causas de corrupción (y no pocas relativas a la salud pública). Y ello nos debe llevar a plantearnos seriamente si, consciente o inconscientemente, se está permitiendo la apertura de una rendija a través de la cual podría penetrar el peligroso “derecho penal del enemigo” (Feindstrafrecht) de Jakobs¹³

Y, por último, en el más difícil todavía, lo que, desde luego, resulta obsceno es la perversión procesal que, a no dudar, se produce cuando la parte acusadora, fruto del acuerdo alcanzado con el coimputado, lo presenta como “testigo” en otros procesos o piezas separadas desgajadas de la matriz o principal, admitiéndose dicha condición procesal. Hasta la fecha, el TC tan solo ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto cuando el coimputado es presentado como testigo en causas con el mismo objeto pero enjuiciado de modo separado por las causas que fueren (rebeldía y posterior detención, por ejemplo). Y en estos supuestos, el TC ha matizado que a pesar de concurrir

¹²O abandonarla cuanto antes, en los supuestos –cada vez más frecuentes- en los que se decreta la prisión preventiva de los imputados.

¹³Es suma, un conjunto de normas jurídicas excepcionales, de combate, caracterizadas por un incremento de las penas y -en lo que aquí interesa- supresión de garantías jurídicas, únicamente aplicables a los enemigos o no-personas (Unpersonen), quienes, para Jakobs, son los integrantes de la criminalidad organizada y grupos terroristas: individuos que han “abandonado” el Derecho por tiempo indefinido, con la consecuente amenaza que ello implica para los fundamentos de la sociedad que constituye el Estado. Para este autor, el Derecho penal (del ciudadano) se muestra inútil a la hora de plantar cara a los enemigos: todas sus garantías y principios básicos carecen de sentido si pretenden ser aplicados a un sujeto (el enemigo) que en modo alguno garantiza ni la más mínima seguridad cognitiva en su comportamiento personal. Vid., Jakobs, G. y Cancio Meliá, M. (2006). *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas. Un comentario sobre esta obra puede verse en Campaner Muñoz, J. (2008). *Derecho penal del enemigo*. Pórtico Legal, sección artículos doctrinales, disponible en el siguiente enlace:
http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=307

al juicio oral en calidad de testigo, debe exigirse una mínima corroboración a la declaración del coacusado (SSTC 111 y 126/2011)¹⁴. Por su parte, el TS se ha mostrado menos exigente (o más abstracto, según se mire) al conformarse con una valoración de la expresada declaración en términos racionales (ATS de 16 de diciembre de 2008).

Como he dicho, ningún tribunal se ha pronunciado, hasta donde alcanzo, sobre la última problemática descrita. Actualmente empiezan a proponerse como testigos de la acusación a coimputados que en los concretos hechos por los que declararán en el juicio oral no habrían tenido una participación delictiva (o no para el Fiscal), por lo que, *strictu sensu*, darán cuenta como testigos de su conocimiento, de su experiencia personal sobre la existencia y naturaleza de unos hechos de algún modo percibidos por su parte, teniendo la obligación de comparecer y declarar lo que supieran sobre lo que les fuera preguntado, en los términos del artículo 410 LECrim., todo ello bajo juramento o promesa de decir verdad. Visto el nivel de degradación de las garantías constitucionales del proceso penal, no sería de extrañar que se midiera con el mismo rasero la declaración de un testigo cualquiera que la del coimputado colaborador de Fiscalía –*sit venia verbo*- disfrazado de testigo.

4. CONCLUSIÓN: A MODO DE PROPUESTA DE SOLUCIÓN

En mi opinión, la solución a la dramática situación expuesta en su conjunto a lo largo de la presente ponencia exige, de un lado, y como premisa básica, grandes dosis de sentido común, responsabilidad y concienciación por parte de jueces y magistrados y miembros del Ministerio Público, y, de otro, la normativización de la regla de suficiencia¹⁵ en términos que respeten el estándar que marca la presunción de inocencia, sin olvidar las exigencias

¹⁴Al respecto, *vid.* Alcácer Guirao, R. (2012). *El imputado que declara como testigo en otro procedimiento: ¿coimputado o testigo?* (Comentario a las SSTC 111/2011, de 4 de julio, y 126/2011, de 18 de julio). *La Ley Penal: revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, (94-95), págs. 119 a 125.

¹⁵No deja de resultar desolador que el Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal dado a conocer a comienzos del año 2013 guarde un espeso silencio sobre las declaraciones de coimputados. Contrariamente, el malogrado Borrador anterior (de julio de 2011), preveía en sus artículos 530.2 a/ y 600.3, como excepción a la regla de libre valoración probatoria, el archivo y la absolución, respectivamente, si no concurría una corroboración objetiva.

del proceso justo, constitucionalizado en nuestro ordenamiento como el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. Así, y solo así, los derechos serán tomados en serio, según la célebre fórmula de Dworkin (2012), y evitaremos peligrosos acercamientos a la –en palabras del Magistrado Andrés Ibáñez¹⁶- historia de “horrores y errores” que ha albergado la historia del proceso penal, precisamente, al haber estado informada por “criterios de pura eficiencia represiva sin principios”.

BIBLIOGRAFÍA

Alcácer Guirao, R. (2012). El imputado que declara como testigo en otro procedimiento: ¿coimputado o testigo? (Comentario a las SSTC 111/2011, de 4 de julio, y 126/2011, de 18 de julio). *La Ley Penal: revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, (94-95).

Campaner Muñoz, J. (2008). *Derecho penal del enemigo*. Pórtico Legal, sección artículos doctrinales.

Carnelutti, F. (1982). *La prueba civil*. Trad. de N. Alcalá-Zamora. Buenos Aires: Depalma.

Jakobs, G. y Cancio Meliá, M. (2006). *Derecho penal del enemigo*. 2 ed. Navarra: Civitas.

Lozano Eiroa, M. (2013). *La declaración de los coimputados en el proceso penal*. Navarra: Thomson Reuters, Civitas.

Miranda Estrampes, M. (2009). La declaración del coimputado como prueba de cargo suficiente: análisis desde la perspectiva de la doctrina del TC (Radiografía de un giro constitucional involucionista). *Revista Xurídica Galega*, (58).

_____. (1993). *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: Bosch.

¹⁶*En su Voto Particular a la STS 654/2012.*

Sánchez Yllera, I. (2006). Dudas razonables: la declaración de los coimputados. *Revista Xurídica Galega* (50).

Sentís Melendo, S. (1978). *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: Ejea.

Vegas Torres, J. (1993). *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid: La Ley.

A large, stylized graphic of a leaf or branch, rendered in shades of gray, curves from the top right towards the bottom right of the page. It features several pointed, overlapping segments that create a sense of movement and depth.

Capítulo 10

PROLEGÓMENOS DEL ESTADO ACTUAL
DEL DERECHO PROBATORIO UNA
PROPUESTA SISTÉMICA

Prolegómenos del estado actual del derecho probatorio una propuesta sistémica

Adrián Polanco Polanco*

INTRODUCCIÓN

Antes de hablar de los preámbulos referentes de la prueba en el Derecho Procesal, es necesario señalar, en primer lugar, que la palabra prueba tiene muy diversos significados en su aplicación práctica y dogmática. En segundo lugar, resulta claro que el estudio de la figura jurídica de la prueba en el Derecho Procesal, se limita a un simple repertorio de temas no unificados aún del todo. En este ensayo vamos a seguir un método dialéctico, en el cual se esbozará una hipótesis aplicada al aspecto procedimental, es decir, un modelo elemental que sirva de guía para el razonamiento judicial. Es por ello que tomaremos en cuenta el campo procesal probatorio que existe en la actualidad, en toda su variedad y desorden; a continuación se propondrá

**Licenciado en Derecho, titulado con mención honorífica por la Universidad Nacional Autónoma de México, Maestro en Derecho, titulado con mención honorífica por la Universidad Nacional Autónoma de México. Becado como investigador por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología CONACYT, para realizar la investigación titulada "La Cosa Juzgada en Materia Penal" (pendiente de publicación). Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México en las siguientes materias en Licenciatura: Práctica Forense de Derecho Fiscal, Práctica Forense de Derecho Privado, Metodología de la investigación Jurídica, Técnicas de investigación, Taller de tesis, Derecho Procesal Penal, Laboratorio de Derecho Procesal Civil y Laboratorio de Derecho Procesal Penal. En Especialidad: La Empresa y sus contribuciones, Impuesto Sobre la Renta para Personas Físicas; Juicio de Nulidad Federal; Facultades de Comprobación del Servicio de Administración Tributaria; en Maestría: Metodología Jurídica, Lógica Jurídica, Teoría de la Norma Jurídica, Filosofía Política, Teoría del Sistema Jurídico; es Miembro Adherente del Instituto Panamericano de Derecho Procesal capítulo México, Miembro del Colegio de Profesores de Derecho Fiscal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Miembro del Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Miembro del Consejo Consultivo- Evaluador Externo de la Revista de Investigación Jurídica Avances, de la Facultad de Derecho y CC.PP de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo de Cajamarca, Perú. Ha dirigido múltiples tesis y participado como jurado de licenciatura y posgrado en diversas instituciones tanto públicas como privadas; obtuvo el Primer Lugar en el PRIMER CONCURSO DE ENSAYO PARA PROFESORES PROCESALISTAS, convocado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, por conducto del Seminario de Derecho Procesal de la misma institución.*

un modelo unificador que permita la aplicación fáctica de la valoración de los medios de prueba, teniendo siempre como faro la validez lógico formal de la decisión procesal, asimismo emplearé la contrastación deductiva de teorías, para poder determinar la falsabilidad de nuestras conclusiones obtenidas por el procedimiento anterior, es decir, la nueva naturaleza jurídica del proceso jurisdiccional cognitivo contencioso, como una relación comunicativa, sistémica y autodeterminante, en virtud de su propia clausura operativa, considerando que con ello se permite sentar las bases de una teoría probatoria integral, para ello, debemos en primer lugar, extraer conclusiones de los muy diversos estudios hechos de la prueba forense por medio de la deducción lógica. Estas conclusiones iniciales serán comparadas entre sí y con otros enunciados pertinentes, como lo son las diversas teorías que han tratado de explicar nuestro tema tratado desde el enfoque argumentativo del Derecho, con el solo objeto de hallar las relaciones lógicas que existan entre ellas, para ello seguiremos el siguiente procedimiento: a) la comparación lógica de las conclusiones unas con otras, realizando un contraste de la coherencia interna del sistema, b) el estudio en forma lógica de la teoría, con el objeto de determinar su carácter, como teoría empírica, c) enseguida realizaremos la comparación con otras teorías, para poder determinar si la teoría propuesta constituye un avance científico y d) por último contrastamos de modo empírico las conclusiones que pueden deducirse de ella, de este modo se permitirá descubrir hasta qué punto las nuevas conclusiones propuestas satisfacen los requerimientos de la práctica.

Con base en el procedimiento indicado se pretende realizar una correcta demarcación de nuestro objeto de estudio, que permita proporcionar un criterio que distinga entre las ciencias empíricas y los sistemas metafísicos, para ello emplearemos a la falsabilidad como criterio de demarcación.

La pregunta que se pretende contestar con estas consideraciones teóricas ha inquietado el pensamiento procesal a lo largo de siglos, es decir, ¿El trato actual que se le brinda a la naturaleza del proceso jurisdiccional cognitivo contencioso, en cuanto a los medios probatorios y su valoración, ocasiona que las decisiones definitivas de los tribunales no concuerden con la realidad material? Esta interrogante ha sido motivo de los más diversos estudios y a su vez de las más contradictorias respuestas.

Finalmente, con el fin de facilitar la comprensión del texto se proponen como palabras clave: argumentación forense como proceso; argumentación forense

como procedimiento; argumentación como producto; autodeterminación; autopoietico; cláusula operativa; pretensiones de validez; racionalidad comunicativa*

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Actualmente existe un innegable vacío entre los últimos desarrollos de la ciencia procesal y el grupo de hombres que debía aprovecharla, es decir, vemos que la doctrina sigue cometiendo los viejos errores, el proceso penal sigue siendo la cenicienta del derecho, el proceso administrativo, divorciado del proceso civil, el proceso laboral, sigue sin volverse clínico, escudándose en la sencillez del mismo, el proceso civil estancado en doctrinas con más de 80 años de antigüedad; las nociones primitivas y hartamente superadas de contienda y conflicto de intereses, son la base de todo proceso jurisdiccional de cognición contencioso, que se realice en nuestro país en el ámbito federal, aunado a la conciencia ingenua y al subconsciente de los juristas que usan como muletillas pseudocientíficas frases sacramentales que perturban todo conocimiento cabal del proceso. La acción sigue concibiéndose como actividad, a más de siglo y medio de saber que es una facultad, la jurisdicción contenciosa, mantiene un decoroso ostracismo, se habla de obligaciones procesales como si existieran, se nota un estancamiento de la ciencia procesal que trae como resultado que se revivan teorías que se pensaban superadas para regularla nuevamente, se deja de hablar de proceso, y regresamos al procedimiento, o peor aún al juicio, ya no se elaboran sistemas procesales, ni tratados respecto a la teoría del proceso.

Parece que la gran doctrina del proceso se ha detenido, las ideas de Carnelutti, Chiovenda, Calamandrei, mismas que siguen siendo utilizadas y enseñadas para explicar el proceso, pero se utilizan de igual manera los errores en ellas contenidas.

El aspecto dogmático de la prueba en el proceso jurisdiccional cognitivo contencioso, es un tema que ya no se discute, no se escribe sobre él, se repite una y otra vez, lo mismo: “la prueba es el alma del proceso”, “la prueba tiene como objeto encontrar la verdad”, “valorados los medios probatorios en su conjuntos y de acuerdo a las reglas de la lógica y la

**El autor ofrece una definición de estos términos en el glosario al final del capítulo.*

experiencia jurídica se llega a la siguiente conclusión:...” parece que no importa saber que es la prueba en el Derecho Procesal, a los estudiantes no les interesa saber qué es el proceso, sino únicamente cómo se hace el mismo. A los juzgadores no les importa la naturaleza de la relación que surge entre ellos y las partes, aplicar justicia, encontrar la verdad, sino que lo más importante para el órgano jurisdiccional es dictar la sentencia y descargar el trabajo de su juzgado. A las partes, no les motiva buscar la verdad, sino que condenen a su contraparte, los doctrinarios ya no les llama la atención, escribir sobre la prueba forense y la epistemología jurídica, incluso se señala de modo indebido que ya está todo dicho.

Al no entender la naturaleza epistémica de la prueba forense, se reglamenta mal, poniendo parches legales y regresando a errores que ya se han cometido, se habla de volver orales, a los procesos, o de hacerlos en línea, pero se pierde de vista el objeto del proceso, y se piensa que con una reforma legislativa se puede acabar con los problemas facticos del procedimiento probatorio, en la práctica cada juzgador hace su propio proceso, sin que interese cómo está reglamentado el mismo en el código, cada parte interpreta las normas procesales a su gusto para justificar su pretensión, el derecho probatorio es un tópico procesal que ya no se estudia, todo se resuelve con formatos preestablecidos e inmutables, las pruebas se valoran de modo indebido.

Parece ser que no se ha entendido que el Derecho es complicado, complejo y sistémico. Estas líneas pretenden sentar las bases de una naturaleza del proceso, como comunicativa, autopoietica, para lo cual, estableceremos la clausura operativa que permita su autodeterminación, situación que pretende ser de utilidad para la ciencia procesal, y a su vez para los impartidores de justicia y la sociedad por cuanto se refiere a la pretensiones de validez de las pruebas procesales.

2. LA PRUEBA EN EL PROCESO JURISDICCIONAL COGNITIVO CONTENCIOSO

2.1 Concepto de prueba

Conceptualizar la palabra prueba desde el punto de vista del Derecho Procesal, es una de las tareas más complejas, es por ello que múltiples autores han realizado los más diversos estudios al respecto. Haciendo

una rápida y superficial revisión de dichos estudios podemos indicar que hay doctrinarios que le otorgan un exacto significado científico, en tanto que otros hablan de i) acreditación (semánticamente es hacer digna de crédito alguna cosa); ii) verificación (es comprobar la verdad de algo); iii) comprobación (es revisar la verdad o exactitud de un hecho); iv) búsqueda de la verdad real, de certeza (conocimiento seguro y claro de alguna cosa) y de v) convicción (resultando de precisar a uno. con razones eficaces, a que mude de dictamen o abandone el que sostenía por convencimiento logrado a base de tales razones; en otras palabras. aceptar una cosa de manera tal que, racionalmente, no pueda ser negada), etcétera (Alvarado Velloso, 2006, pág. 13).

Resulta claro que no existe una idea generalizada respecto de la palabra prueba, lo cual ocasiona múltiples problemas, en el proceso jurisdiccional, cognitivo contencioso, es decir al no saber qué es la prueba, el juzgador interpreta de distinto modo que las partes, los elementos fundamentales para acreditar las pretensiones solicitadas en el proceso.

Una de las primeras objeciones que realizamos respecto al estudio actual de la prueba, es que en la práctica forense no se aplica nada de lo que nos dice la doctrina, es decir, la dogmática de modo general establece que el objeto de la prueba es descubrir la verdad, pero las partes en el proceso y el juzgador, saben que la sentencia no contiene verdad respecto de los hechos debatidos, es por ello que, de modo general existe repudio social por las decisiones jurisdiccionales.

Pero, ¿Qué debemos entender por prueba? La conceptualización general del vocablo nos indica que es: “un procedimiento adecuado para establecer un saber, esto es, un conocimiento válido”(Abagnano, 1974, pág. 963) de esta idea se parte al hablar de la prueba en el derecho procesal, ya que de acuerdo con la misma, las pruebas nos permiten establecer la verdad de un conocimiento, en este caso los hechos manifestados por las partes, es esta la idea que diversos autores toman como válida¹, pero la conceptualización de la palabra abarca mucho más aspectos que el indicado. La prueba es un

¹Véase *Hernando Devis Echandía, Hernando en su Compendio de pruebas judiciales, (1984) Santa Fe: Rubinzal Culzoni, también Nicola Framarino dei Malatesta en su Lógica de las Pruebas en Materia Criminal, (2006) publicado en México por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.*

término más amplio que el de demostración, que usualmente se usa como sinónimo, es decir "...las demostraciones son pruebas, pero no todas las pruebas son demostraciones" (Abbagnano, 1974, pág. 963). Es claro que la conceptualización de la palabra prueba presenta dificultades enormes, que no son examinadas en la materia procesal.

Aristóteles indica que "prueba es lo que produce el saber", es por ello que en su obra filosófica distingue entre prueba e indicio (1973, págs. 31-34), señalando que los segundos no son pruebas, sino meras suposiciones, sin embargo, se puede constatar en cualquier código procesal que los indicios constituyen pruebas, ¿Por qué ocurren estas contradicciones? ¿Por qué la doctrina procesal ha perdido el rumbo lógico filosófico? Siguiendo la evolución del concepto prueba, observamos que Locke define a la prueba del siguiente modo:

Estas ideas intervinientes que sirven para mostrar el acuerdo entre dos ideas se llama prueba y cuando, por medio de esas pruebas, se percibe llana y claramente el acuerdo o desacuerdo, a eso se llama demostración, puesto que dicho acuerdo o desacuerdo le ha sido mostrado al entendimiento y a la mente se le hace ver así es y no de otro modo. (Abbagnano, 1974, pág. 963)

Como se puede apreciar en este acercamiento somero, la idea de prueba es que ella siempre que produce un conocimiento verdadero, o que no admite discusión, situación que no es aplicable al proceso cognitivo jurisdiccional, ya que en el proceso no tiene como finalidad descubrir la verdad (Alvarado Velloso y Águila, 2011, págs. 17-19).

Resulta claro que en el proceso nunca se llega a establecer la verdad² en una sentencia, las partes en el proceso afirman mentiras, con la finalidad de acreditar sus dichos y la sentencia sea favorable. Los testigos siempre declaran a favor de la parte que los presenta, las confesionales provocadas mediante la absolución de posiciones. Generalmente en el desahogo de la prueba, las partes niegan todos los hechos que se les imputan, los peritos

²No existen diversos tipos de verdad, como se afirma por diversos procesalistas, es decir no existe verdad formal y material, la verdad es única y de modo muy somero se indica que ella es la adecuación del pensamiento con la experiencia objetiva respecto de las cuestiones fácticas; por ello indicamos que la verdad formal que en esencia es una verdad falsa (vaya contradicción), ya que su propia definición indica que no se corresponde con la verdad material.

técnicos³, presentan sus dictámenes y conclusiones siempre a favor de la parte que lo ofrece y cubre sus honorarios; motivos por los cuales resulta ingenuo creer que en las sentencias se establece verdad como afirma la doctrina dominante.

En nuestra opinión, el conflicto de la prueba, el proceso y la verdad, consiste en un problema de adquisición de conocimiento, es decir de epistemología, ya que es claro que el paradigma dominante en la dogmática jurídica procesal, construida alrededor de una filosofía que “se ha vuelto insostenible, y, sin embargo a ella permaneció ligada todavía la vieja Teoría Crítica” (Habermas, 1992, pág. 562) claro que el pensamiento jurídico procesal actual en nuestro país tiene una clara construcción epistemológica, realista, estructuralista- individualista⁴, trascendental⁵. En virtud de esta construcción del conocimiento, y a su vez de la realidad, es que se afirma que el proceso jurisdiccional cognitivo contencioso, construye decisiones no verdaderas (verdad formal), que son llamadas por nuestros códigos como presunciones de verdad⁶, en virtud de las cuales, lo dicho y decidido en el proceso se vuelve por arte de magia, en verdad, esta concepción, impacta directamente en el estudio de los medios probatorios, que en el proceso, tienen como finalidad (según la doctrina dominante) descubrir la verdad. Analicemos un segundo esta situación con un ejemplo un poco extremo pero que lo consideramos ideal para los propósitos de estas líneas.

³Realizamos la división entre peritos científicos: que son aquellos que realizan sus dictámenes con base a métodos estrictos y que son reproducibles, de modo tal que sus conclusiones se pueden repetir en circunstancias similares, motivo por el cual tienen un alto grado de aceptabilidad, como ejemplo de ellos tenemos dictámenes en ADN, en química sanguínea, etcétera; los peritos técnicos, son aquellos en los que se emite solamente una opinión, respecto al problema planteado, como ejemplo tenemos dictámenes en grafoscopia, documentoscopia, tránsito terrestre, etcétera, por lo común son estos últimos los más empleados por las partes en el proceso.

⁴Altamente influenciado por la forma de percibir la sociedad de Max Weber.

⁵Sin duda por una mala interpretación de los postulados filosóficos de Imanuel Kant y Hegel, respectivamente.

⁶Esta teoría es la más aceptada a nivel mundial, en los países donde su ascendencia jurídica es la romano- francesa, como es el caso de México, es la primera idea que se concibió, para tratar de explicar la naturaleza de la cosa juzgada, podemos afirmar que los romanos lograron impedir que lo resuelto en juicio pudiera nuevamente revisarse.

Recordemos qué ocurrió en el proceso de Galileo Galei. En el año de 1635, fue juzgado por el Tribunal de la Inquisición por haber cometido el pecado de postular una doctrina distinta a la aceptada por la Iglesia, en el sentido de que es el sol el centro de nuestro sistema planetario y la tierra se mueve alrededor de él, una vez sometido a proceso Galileo, en confesión, indica que abandonaba por completo la falsa opinión de que el sol era el centro del mundo y permanece inmóvil mientras la tierra no se halla en el centro y se mueve. Con base a esta prueba el Tribunal de la Inquisición absolvió de su pecado a Galileo, y en su resolución indicó que el sol gira alrededor de la tierra. Según la teoría de la presunción de verdad, lo declarado por esa sentencia es verdadero formalmente, es decir, el sol gira en torno a nuestro planeta, es claro que resulta ilógico tratar de fundamentar que cada vez que se emita un fallo con base a los medios probatorios que obran en el expediente, deba crearse una ficción de verdad, donde lo falso se convierte en cierto, lo negro en blanco, lo grande en pequeño; lo cual no puede sostenerse por ningún argumento lógico o jurídico, en esto, al igual que la teoría de la presunción de verdad, ambas doctrinas coinciden en que la cosa juzgada es el equivalente de la verdad:

Para alcanzar una epistemología jurídica que realmente merezca tal nombre deben de producirse tres cambios importantes en nuestra percepción del Derecho y de la sociedad: primero, debe pasarse del realismo al constructivismo; segundo de la construcción individual de la realidad a la construcción social; tercero del Derecho como un sistema de norma al derecho como un sujeto epistemológico. (Gunther, 2005, pág. 29)

Resulta fundamental y necesario cambiar nuestro enfoque de la prueba en el proceso, en primer lugar se debe de abandonar la conceptualización de prueba, que no constituye avance alguno, sin importar el enfoque que se le pretenda otorgar: acreditación, verificación, comprobación, búsqueda de la verdad real, de certeza, convicción, etcétera, ya que esta concepción de la prueba ocasiona que las sentencias emitidas en proceso partan de “la asunción de que el lenguaje no tiene ninguna correlación con la realidad y que no existe conocimiento objetivo de hecho empírico alguno” (Taruffo, 2005, pág. 33). Motivo por el cual es imposible que el juez descubra la verdad de los hechos que ante él se presentan, notemos la contradicción: por un lado se nos indica que la prueba tiene como finalidad descubrir la verdad y por otro se nos dice que el proceso nunca tiene por objeto descubrir la verdad, sino resolver conflictos intersubjetivos por medio de una sentencia.

Una vez sentado lo anterior nos resulta claro que no debemos hablar de prueba en el proceso jurisdiccional, sino emplear el término de racionalidad procesal, que tiene menos que ver con el conocimiento o con la adquisición de conocimiento, que con la forma en que los sujetos capaces de lenguaje y de acción hacen uso del conocimiento. Resulta claro que el proceso no es una serie de relaciones jurídicas como nos indica la mayoría de los doctrinarios, sino que es un proceso comunicativo, autopoietico⁷, con la clausura operativa⁸ que permita su autodeterminación⁹ y lo vuelva sistémico (Luhmann, 2005, pág. 77).

El discurso de racionalidad empleado por las partes para justificar sus aseveraciones procesales y, a su vez, por el juzgador para comunicar su dicho tiene tres vertientes que pasan desapercibidas generalmente: la argumentación forense como proceso, trata de reconstruir las condiciones generales de simetría que todo hablante competente tiene que dar por suficientemente satisfechas en la medida en que cree entrar genuinamente en una argumentación (habermas, 1987, págs. 43-63); la argumentación forense como procedimiento, que se trata de una forma de interacción intraprocedimental, sometida a una regulación normativa legal y discursiva especial, es decir el debate argumentativo, respecto de las pretensiones de validez de los argumentos vertidos entre las partes procesales; y por último la argumentación como producto, que tiene como finalidad producir argumentos pertinentes, que convencan al juzgador y a las partes en virtud de sus propiedades intrínsecas, con los cuales se pueda desempeñar o rechazar las pretensiones de validez¹⁰.

Con base a lo expuesto se propone que en lugar de medios probatorios procesales, nos refiramos a medios de razonabilidad procesal, entendiéndose por ellos, todos aquellos elementos, objetivos y subjetivos, empleados por las partes procesales, en el proceso jurisdiccional cognitivo, para producir

⁷Afirma que sin clausura operativa no podría darse la autodeterminación.

⁸Enlace selectivo que cualifica los elementos y sólo esto es lo que confiere sentido a que se hable de elementos propios del sistema, de límites del sistema, o de diferenciación.

⁹Señala que ninguna estructura que provenga de fuera del sistema puede alertar la reglamentación del mismo.

¹⁰Entiéndase por ellas la pertinencia de las razones que exponen un argumento.

racionalidad procesal¹¹, en virtud del sistema normativo legal, preestablecido de pretensiones de validez argumentativa, para calificar el discurso forense.

Analicemos los problemas técnicos de la razonabilidad procesal, siguiendo el camino trazado por el maestro Couture y enriquecido por Sentís Melendo.

2.2 Qué es objeto de la razonabilidad procesal

Es común que se nos diga que “se prueban los hechos. No. Los hechos no se prueban: los hechos existen. Lo que se prueban son afirmaciones, que podrán referirse a los hechos” (Sentís Melendo, 1979, p.12) En el proceso cognitivo jurisdiccional son objeto de prueba los hechos alegados por las partes. Así tenemos que en el proceso jurisdiccional existen siempre argumentaciones, realizadas por las partes, con las cuales se conforma el tipo de habla en que los participantes tematizan las pretensiones de validez, que se han vuelto dudosas y tratan de desempeñarlas o de recusarlas por medio de argumentos, para obtener una sentencia favorable.

En el proceso no se probaran hechos, ya que recordemos que se discuten hechos pasados, en el tiempo presente, para regular el futuro.

2.3 Con qué se produce la razonabilidad procesal

Existen dos tipos de elementos para producir razonabilidad procesal, las fuentes de razonabilidad y los medios de razonabilidad, las fuentes son los elementos que existen antes del proceso y con independencia de este (el testigo, documentos, la cosa litigiosa, las partes) los medios son las actuaciones judiciales con las cuales las fuentes se incorporan al proceso por medio de un conjunto de reglamentaciones positivas, principios y doctrina, que regulan el proceso y establecen un sistema de pretensiones de validez para resolver el debate. Las fuentes pertenecen a las partes, y los medios son el resorte de del juez.

¹¹Entendida como la capacidad de aunar sin coacciones y de generar consenso que tiene un habla argumentativa en que diversos participantes superan la subjetividad inicial de sus respectivos puntos de vista y merced a una comunidad de convicciones racionalmente motivada se aseguran a la vez de la unidad del mundo objetivo y de la intersubjetividad del contexto en que desarrollan sus vidas.

2.4 Quién ha de producir la razonabilidad procesal

En este aspecto resulta como regla general que quien afirma está obligado a probar, para poder realizar esta actividad, se indica que son las partes y únicamente las partes las que tienen la carga de justificar sus aseveraciones. Para ello se ha establecido un sistema probatorio, que es el conjunto de medios de prueba que se autoriza emplear a las partes en los procesos. El legislador ha establecido los medios probatorios para encontrar la verdad en la secuela procedimental, debiéndose usar únicamente los reglamentados por la ley; en las leyes procesales se delimitan con nombres específicos los medios probatorios, o solamente lo autorizan genéricamente sin establecer cuáles ni cuántos y algunas leyes procesales abarcan tanto la enumeración como la libertad probatoria, de lo dicho se desprende que existen los sistemas legal y lógico de los medios probatorios.

Existe el sistema legal, se refiere a la reglamentación taxativa que hace la ley respecto a los medios probatorios a emplear en el transcurso del procedimiento penal, sin que permita otros medios probatorios. El sistema lógico, consiste en que la propia ley deja abierta la posibilidad de hacer uso de cualquier elemento probatorio durante el procedimiento; por consiguiente, el sistema lógico de los medios de la prueba que deja libertad al oferente para utilizar todos los elementos probatorios, con la finalidad de justificar sus aseveraciones respecto al hecho ilícito punible, sus circunstancias o modalidades, debe considerarse bajo el presupuesto de que estos medio aportados sea idóneos para justificar los objetivos del interesado, porque de no ser pertinentes, carecerán de utilidad en el proceso. Estos sistemas constituyen los límites de la argumentación, que son el marco dentro del cual se puede llevar una argumentación, que se condiciona por elementos internos y externos del auditorio, el emisor y el mensaje, que son fijados por la norma procesal. La razonabilidad procesal únicamente se presenta con base al acuerdo, que es el convenio entre los participantes de una argumentación que limita el debate, se da con los escritos de demanda y contestación de la demanda, ya que como regla general existe un sistema de litis cerrada procesal, una vez establecido el acuerdo o límites de la argumentación procesal, ocurre por las partes la presentación de datos, es la forma en que se otorga el respaldo y la garantía de los argumentos presentados con la finalidad de convencer y respaldar nuestras pretensiones y lograr razonabilidad en el juzgador.

2.5 Procedimiento de la razonabilidad procesal

Producir razonabilidad procesal solamente se puede hacer por medio de procedimientos previamente establecidos por la norma procesal, si no se cumple con los presupuestos otorgados por la ley procesal, las fuentes de razonabilidad no podrán convertirse en medios de razonabilidad.

Este es el elemento formal de la razonabilidad, si no se hacen llegar los medios de razonabilidad, del modo rígido establecido por la norma los mismos no pueden ser tomados en cuenta al momento de resolver el fondo del debate.

2.6 Para quién se produce la razonabilidad procesal

La razonabilidad procesal, no se produce para las partes, ni para el juzgador, el principio de adquisición nos indica que las fuentes de razonabilidad dejan de ser de las partes para existir en el proceso.

2.7 Valor de la razonabilidad procesal

Qué valor se le va otorgar a los elementos de razonabilidad procesal, es una cuestión por demás complicada. Este tema es normalmente estudiado como los sistemas de valoración de las pruebas, “Cuando las pruebas se han adquirido, hay que valorarlas, en el momento solemne del proceso para llegar a la sentencia, para construir ésta definitivamente.”

Aunque la mayoría de los autores incluyen en sus conceptos los elementos, actividad mental del juzgador, finalidad, convicción o certeza, para llegar a la verdad, por medio de la valoración de la prueba (Polanco Braga, 2012, págs. 9-38), existen diversos sistemas para valorar las fuentes de razonabilidad, de modo general señalamos los siguientes: i) El sistema tasado, también conocido como sistema legal. En él se fijan reglas legales para el convencimiento del juzgador, por lo que la ley le fija valor a los medios prueba en forma taxativa, este sistema de valoración tasada lo acoge de modo general la mayoría de los códigos procesales de nuestro país, ya sea local o federal y en todas las materias. ii) El sistema de libre apreciación, en este sistema el juzgador no se rige por ningún criterio establecido con antelación en la ley, puesto que lo dejan en libertad de aplicar su propio juicio, de acuerdo a lo que considere adecuado, por lo tanto, él mismo le

fija el valor a la prueba. A este sistema también se le conoce como libre convencimiento. iii) El sistema mixto es el producto de la combinación de los sistemas tasado y el de libre apreciación, sin embargo, muchos autores niegan su existencia, en virtud del principio lógico de tercero excluido como lo manifiesta Hernando Devis Echandía, cuando afirma que:

No hay sistemas mixtos. O el juez tiene libertad de apreciación o no la tiene; no existe libertad a medias. Cuando la ley impone reglas de valoración para ciertas pruebas y deja al juez el determinar la fuerza de convicción de otras o le permite calificar su contenido para rechazarlas a pesar de que formalmente reúnan los requisitos para su obligatoriedad... existen atenuaciones al sistema de la tarifa legal y no un sistema mixto. (1984, pág. 44)

Por último, iv) el sistema de la sana crítica, en este sistema es requisito fundamentar el por qué le formaron convicción al juzgador los medios de pruebas en su conjunto, puesto que no se debe dejar de valorar los que existan en el proceso, con la debida aplicación de la experiencia jurídica, puesto que los juzgadores son peritos en derecho y por último, que su resolución sea lógica con las constancias del expediente. En síntesis, se le debe dejar al juzgador discernir con absoluta libertad para tener por probados los hechos ilícitos con sus circunstancias o modalidades con los medios de prueba que existen en autos, con la única limitación que razone el por qué le produjeron convicción para apreciar la verdad y poder condenar o absolver.

Ahora bien es necesario hablar del sistema de racionalidad cognitivo-instrumental, que es aquel que a través del empirismo ha dejado una profunda impronta en la autocomprensión de la modernidad, es decir es la posibilidad de manipular infamadamente y de adaptarse inteligentemente a las condiciones de un entorno. Este tiene como base las pretensiones de validez de los argumentos vertidos por las partes en el proceso, valorando con ello la pertinencia de las razones que exponen un argumento, realizando con estas pretensiones preestablecidas por el código procesal se produce la acción comunicativa en la sentencia como forma de pensamiento que permite una categorización del plexo de la vida social, con la que se puede dar razón de las paradojas de la modernidad y proporcionar decisiones razonables para las partes que intervienen en el proceso, y los terceros que no fueron parte, en virtud del acuerdo argumentativo.

3. CONCLUSIONES

La naturaleza del proceso jurisdiccional es comunicativa, autopoiética, con clausura operativa que permite su autodeterminación, con pretensiones de validez previamente establecidas, de los medios y fuentes de razonabilidad.

Para alcanzar una epistemología jurídica que realmente merezca tal nombre deben producirse tres cambios importantes en nuestra percepción del Derecho y de la sociedad: primero, debe pasarse del realismo al constructivismo; segundo, de la construcción individual de la realidad a la construcción social; tercero, del Derecho como un sistema de norma al derecho como un sujeto epistemológico.

Resulta claro que no debemos hablar de prueba en el proceso jurisdiccional, sino emplear el término de racionalidad procesal.

En el proceso cognitivo jurisdiccional, son objeto de prueba los hechos alegados por las partes.

Existen dos tipos de elementos para producir razonabilidad procesal: las fuentes de razonabilidad y los medios de razonabilidad, las fuentes son los elementos que existen antes del proceso y con independencia de este (el testigo, documentos, la cosa litigiosa, las partes) los medios son las actuaciones judiciales con las cuales las fuentes se incorporan al proceso por medio de un conjunto de reglamentaciones positivas.

Son las partes y únicamente las partes las que tienen la carga de justificar sus aseveraciones.

Existen límites de la argumentación procesal, que son el marco dentro del cual se puede llevar una argumentación, que se condiciona por elementos internos y externos del auditorio, el emisor y el mensaje, que son fijados por la norma procesal.

La razonabilidad procesal únicamente se presenta con base al acuerdo, que es el convenio entre los participantes de una argumentación que limita el debate, se da con los escritos de demanda y contestación de la demanda, ya que como regla general existe un sistema de litis cerrada procesal.

La presentación de datos, es la forma en que se otorga el respaldo y la garantía de los argumentos presentados con la finalidad de convencer y respaldar nuestras pretensiones y lograr razonabilidad en el juzgador.

La razonabilidad procesal, no se produce para las partes, ni para el juzgador, el principio de adquisición nos indica que las fuentes de razonabilidad, dejan de ser de las partes, para existir en el proceso.

En la actualidad es necesario hablar del sistema de racionalidad cognitivo-instrumental, que tiene como base las pretensiones de validez de los argumentos vertidos por las partes en el proceso, valorando con ello la pertinencia de las razones que exponen un argumento, con lo cual se produce la acción comunicativa en la sentencia como forma de pensamiento que permite una categorización del plexo de la vida social, con la que se puede dar razón de las paradojas de la modernidad y proporcionar decisiones razonables para las partes que intervienen en el proceso, y los tercero que no fueron parte, en virtud del acuerdo argumentativo.

GLOSARIO

Argumentación forense como proceso: trata de reconstruir las condiciones generales de simetría que todo hablante competente tiene que dar por suficientemente satisfechas en la medida en que cree entrar genuinamente en una argumentación.

Argumentación forense como procedimiento: trata de una forma de interacción intraprocedimental, sometida a una regulación normativa legal y discursiva especial, es decir el debate argumentativo, respecto de las pretensiones de validez de los argumentos vertidos entre las partes procesales.

Argumentación como producto: tiene como finalidad producir argumentos pertinentes, que convengan, al juzgador y a las partes, en virtud de sus propiedades intrínsecas, con los cuales se pueda desempeñar o rechazar las pretensiones de validez

Autodeterminación: señala que ninguna estructura que provenga de fuera del sistema puede alertar la reglamentación del mismo.

Autopoiético: afirma que sin clausura operativa no podría darse la autodeterminación.

Clausura operativa: enlace selectivo que cualifica los elementos y sólo esto es lo que confiere sentido a que se hable de elementos propios del sistema, de límites del sistema, o de diferenciación.

Pretensiones de validez: la pertinencia de las razones que exponen un argumento.

Racionalidad comunicativa: la capacidad de aunar sin coacciones y de generar consenso que tiene un habla argumentativa en que diversos participantes superan la subjetividad inicial de sus respectivos puntos de vista y merced a una comunidad de convicciones racionalmente motivada se aseguran a la vez de la unidad del mundo objetivo y de la intersubjetividad del contexto en que desarrollan sus vidas.

BIBLIOGRAFÍA

Abbagnano, N. (1974). Diccionario de filosofía. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica.

Alexy, R. (1997) Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Alvarado Velloso, A. (2006) La prueba judicial: reflexiones críticas sobre la confirmación procesal. Valencia: Tirant lo Blanch.

Alvarado Velloso, A. & Guido, A. (2011). Lecciones de derecho procesal civil. 2 ed. Lima: EGACAL.

Aristóteles. (1973). Metafísica. 3 ed. México: Porrúa.

Bentham, J. (1971). Tratado de las pruebas judiciales. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América.

Cappelletti, M.(1972). La oralidad y las pruebas en el proceso civil. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América.

- Carnelutti, F. (2005). Sistema de derecho procesal civil. México: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
- Chiovenda, G. (2008). Instituciones de derecho procesal civil. México: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
- Couture, J. E. (1981) Fundamentos del derecho procesal civil. México: Editorial Nacional.
- Devis Echandía, H. (1984). Compendio de pruebas judiciales. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Döhring, E. (1972). La prueba (su práctica y apreciación. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América.
- Framarino dei Malatesta, N. (2006). Lógica de las pruebas en materia criminal. México: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
- Goldschmidt, J. (1936). Derecho procesal civil. Barcelona: Labor.
- Habermas, J. (2005). Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. 4 ed. Madrid: Trota.
- _____. (1987). Teoría de la acción comunicativa I: racionalidad de la acción y racionalización social. Barcelona: Taurus.
- _____. (1992). Teoría de la acción comunicativa II: crítica de la razón funcionalista. Barcelona: Taurus.
- Luhmann, N. (2005) El derecho de la sociedad. 2 ed. México: Herder.
- Polanco Braga, E. (2012). La dinámica de las pruebas en el procedimiento penal. México: Porrúa.
- Rosenberg, L. (2002) La carga de la prueba. Buenos Aires: B de F.

Sentís Melendo, S. (1979). *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Taruffo, M. (2005). *La prueba de los hechos*. 2 ed. Madrid: Estructuras y Procesos.

Teubner, G. (2005). *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Lima: Colección Teoría de Sistemas y Sistema Jurídico.

Weston, A. (1994). *Las claves de la argumentación*. Barcelona: Ariel.

Wittgenstein, L. (2007). *Gramática filosófica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

A large, stylized graphic of a leaf or branch, rendered in shades of gray, curves from the top left towards the bottom right, framing the text on the left side of the page.

Capítulo 11

EL DINAMISMO PROBATORIO EN LA
JURISPRUDENCIA PERUANA: CRÍTICA DESDE
EL GARANTISMO PROCESAL

El dinamismo probatorio en la jurisprudencia peruana: crítica desde el garantismo procesal

Elisban Dante Mamani Laurente¹

“En la vida o nuestra existencia que también es un proceso continuo de aprendizaje, a veces de forma inesperada, nos encontramos con maestros de quienes tomamos enseñanzas preciosas e irremplazables que marcan nuestra vida, de allí que surge la necesidad y la importancia del reconocimiento y la gratitud para el artífice de ese magisterio. En esta fecha importante para quienes nos dedicamos al ejercicio de la abogacía o “la tarea de abogar” –en frase muy conocida de don Adolfo–, no encuentro palabra más adecuadas para expresar todo lo que Ud., representa para nosotros. Simplemente le decimos gracias, maestro”.

(Palabras pronunciadas el día del abogado en el Perú, con motivo del “Seminario Internacional de Derecho Procesal. El Aporte del Adolfo Alvarado Velloso al derecho procesal”, Lima, 2 de abril de 2014).

INTRODUCCIÓN

A modo de introducción queremos hacer breve referencia a lo que denominamos la vida del derecho en la internet. Las redes sociales en un mundo virtual cada vez más interconectado hoy –qué duda cabe– tienen gran importancia en materia de difusión e incluso discusión –cada vez con mayor frecuencia con la rigurosidad que merece– de aspectos de la realidad social y del derecho como tal, siempre en constante transformación. El derecho, parafraseando al profesor Ariel Álvarez Gardiol, en esta contemporaneidad, no puede estar ajena a la discusión en estos espacios virtuales, donde grupos de profesionales y en algunos casos, estudiosos del derecho, se encuentran activamente interactuando.

Es muy cierto también que no todo es fiable en la red, existe abundante información que nunca llegaremos a entender y leer; sin embargo, también

¹Abogado, consultor jurídico, especialista en Derecho Procesal y Teoría de la Argumentación. Conferenciante Internacional en temas de su especialidad. Egresado de la Escuela de Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano, Puno. Estudios de Maestría en Derecho Procesal en la Universidad Nacional de Rosario – UNR, Argentina. Diplomatura Internacional de Especialización en Argumentación Jurídica por la Pontificia Universidad Católica del Perú – PUCP y Universidad de Alicante – España. Profesor universitario en los cursos de Teoría General del Proceso; Conciliación y arbitraje; Derecho Empresarial, Derecho Procesal laboral. Miembro Adherente del Instituto Panamericano de Derecho procesal, Miembro de la Red Peruana de profesores de Teoría de la Argumentación Jurídica.

existen sitios web, páginas o enlaces autorizados de mucho rigor científico, allí es donde se presenta la oportunidad, la posibilidad de acceder a información privilegiada.

Información que en muchos casos es soslayada y hasta “prohibida”, “escondida” (en términos de no querer dar a conocer posturas, distintas de las que cómodamente tienen vigencia y aceptación mayoritaria en nuestros países) por círculos oficiales que excluyen a quienes piensan distinto y por tanto por omisión rehúyen el debate; “información prohibida” que no tiene el patrocinio de las grandes editoriales -por lo menos eso ocurre en el Perú- pero cuya profundidad de análisis, solidez y lógica de argumentos nos hacen preguntar el porqué de la falta o poca difusión de estas posturas contrarias a un discurso oficial -Estatad. En suma, en nuestro caso, porqué la falta de difusión, conocimiento y entendimiento de otras formas de encarar el derecho procesal.

Es común en el contexto latinoamericano, asistir a una suerte de discurso oficial en materia de Derecho Procesal, hecho que no es ajeno a nuestro país de marcada tendencia publicista en el proceso civil, con tendencias hacia el acusatorio -con fuertes rezagos inquisitoriales- en el proceso penal. Sin embargo vivimos tiempos de cambio y tiempo de crisis en la administración de justicia que requieren respuestas y una mirada crítica en la posibilidad de dar soluciones. Nuestros países asisten a una serie de “reformas” (legislativas, sustantivas, procesales) que en el fondo son más de lo mismo, tomando prestado las palabras del Ortega Y Gasset² no deja ser un mal peruano el hecho de que se pretenden reformas sin estar forma -idea sobre la cual invitamos a reflexiones al pie de página-.

²*Quiero compartir con ustedes, algunas ideas que, nos son sino, el hurto intelectual que le hago al gran filósofo español José Ortega Y Gasset: “En ese sentido, quiero decirles apreciados míos, que vengo aquí con entusiasmo, pero sin mucha fe. Evidentemente estas son dos cosas muy diferentes. El horizonte es el símbolo de las posibilidades que se ofrecen a nuestra vida. Pero nuestra vida es además, la realización actual de esas posibilidades. Aquí es donde claudica nuestra fe. Porque en la historia, en la vida, las posibilidades no se realizan por sí mismas, automáticamente; es preciso que alguien, con sus manos y su mente, con su esfuerzo y con su angustia, les fabrique su realidad, historia y vida son por eso un perpetuo, un continuo hacer. Nuestra vida no nos es dada ya hecha, sino que vivir es, en su raíz misma, un estar haciendo nosotros nuestra vida. Y esto lo es siempre, en cada minuto: nada nos es absolutamente regalado; todo, aun lo que parece más pasivo, más insignificante tenemos que hacerlo. El humilde Sancho lo sugería a toda hora, repitiendo su proverbio: “si*

te regalan la vaquilla tienes que correr con la soguilla". Solo nos son dadas posibilidades para hacer nosotros esto o aquello. Ahora, por ejemplo, están haciendo ustedes una cosa: leer - escuchar, que, por cierto no es floja faena, como lo demuestra el que, a poco que se descuiden, su escuchar se depotenciará en simple oír, y a poco más, en fugitiva la atención llegaremos a no oír ni el estruendo o los relámpagos de la lluvia."

Digo entonces que en nuestro país se presentaron y se presentan magníficas oportunidades y posibilidades para una reforma. Reforma que tiene que ser hecha necesariamente por alguien, pero ese alguien no es necesariamente un individuo, de allí que se afirma que la historia no la hace un hombre por grande que sea. La historia es hecha por muchos: por grupos humanos pertrechados para ello. Para cualquier reforma se requiere estar en forma, en el derecho y particularmente en el derecho procesal debe exigirse como requisito sine qua non estar en forma y respetar las formas. Lo contrario significa orteguiamente caer en una vulgaridad. ¿Qué es lo contrario de la vulgaridad? Lo diremos con una palabra que casi a todos nos es muy habitual, porque pertenece al vocabulario de los deportes. Lo contrario de la vulgaridad es estar en forma. Harto conocida es la fabulosa diferencia que hay entre un jugador cuando está en forma, y el mismo cuando está fuera de ella. Diríase que nos son la misma persona: tal distancia lo notamos entre lo que es capaz de hacer uno en un caso y en el otro. Pero la forma tiene que ser conquistada; lograrla supone que el individuo se ha recogido y concentrado sobre sí mismo, que ha practicado un entrenamiento, que ha renunciado a muchas cosas, que vive sobre sí, alerta, tenso, elástico. No le es nada indiferente, porque cada cosa, o le es favorable a la forma o la hace bajar, y en vista de ello la procura o la evita. En suma, estar en forma es no abandonarse nunca en nada. Pues esto -el abandonarse, el "de cualquier manera" el "lo mismo da", el "poco o más o menos", el "que importa" el "ya lo solucionaremos" el "veremos cómo lo hacemos" etc. eso es la vulgaridad. Como en el individuo, hay también en los grupos el estar o no en forma, y claro que solo han hecho algo en la Historia los que conquistaron la forma, los grupos compactos, perfectamente organizados, donde cada miembro sabe que los otros no le fallarán en los momentos decisivos, que se mueve presto y ágil a todas las brechas sin perder jamás su estabilidad y su centro. Pero un grupo no logra esta forma si no se ha disciplinado, y no se disciplina si no ve con perfecta claridad lo que se propone, y no lo puede ver así cuando el propósito no es en sí mismo claro, meditado, evidente y tan completo como la situación requiera.

A todo esto nos referíamos antes, al señalar que la reforma en el derecho procesal exige estar en forma y respetar las formas, y es dudoso realmente, de que, en este día, en estas circunstancias o en esta contemporaneidad exista grupo alguno en el Perú que este en forma para la reforma. Y si no lo está, cuantos intentos existan sin las calidades requeridas no servirá de nada: es evidente que siendo el mal radical peruano la vulgaridad, va servir de muy poco una reforma -procesal- también vulgar.

La reforma del proceso civil de 1993 en el Perú, por poner solo un ejemplo, terminó generando el mismo o mayor grado de insatisfacción, inseguridad, e imprevisibilidad, en la sociedad peruana, y con ello llegamos al colmo de la vulgaridad. Que conste sin embargo, que no es mi pretensión recomendar que no se exija una reforma, digo por el contrario, debemos exigir que se hagan las reformas procesales que correspondan, pero todo eso en serio, todo eso en forma. De otro modo es perfectamente posible pronosticar cual será el porvenir.

Una generación en forma puede lograr lo que en siglos sin ella no consiguieron. He ahí una incitación genuinamente orteguiana.

Precisamente el motivo de esta breve reflexión, es realizar un análisis de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, que ha aplicado la denominada “Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba” en un proceso sobre impugnación de acuerdos asociativos, posición de la Corte que –nos adelantamos en señalar– es sumamente cuestionable, en razón de una adopción o recepción que creemos ha sido, por decir lo menos, poco reflexiva y que ha sido duramente criticada en las redes sociales, en la internet, pero que, curiosamente en el papel escrito (por ejemplo, el diario oficial del Estado, medios de prensa, revistas especializadas) encuentra a sus más fervientes defensores y difusores.

En el ámbito del derecho probatorio la denominada “Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba” tiene su origen en una sala superior o cámara de apelaciones de los tribunales de la Provincia de San Fe – Rosario en la República de Argentina y cuyo máximo cultor y figura visible es el influyente procesalista Jorge W. Peyrano. En dicha ciudad se viene discutiendo profusamente la viabilidad del dinamismo probatorio, sin que exista consenso en la academia, entre los estudiosos de derecho procesal, jueces y abogados sobre las bondades de tal doctrina. Por el contrario otro sector del procesalismo que se ha venido en llamar Garantista o Republicano –al cual adherimos– cuestiona fundadamente la auto-denominada “elaboración científica” de la “teoría de las cargas probatorias dinámicas”, científicidad que siendo un asunto mayor, sería materia de otra ponencia, por lo que, sin dejar de analizarla, trataremos de centrar nuestra atención en las implicancias que tiene las denominadas cargas probatorias dinámicas y cuán nociva resultan a la administración de justicia y al proceso entendido este como garantía máxima para la solución de conflictos en un Estado democrático y republicano.

Para tal efecto es necesario tener presente un breve marco conceptual en la idea de lograr comprender a cabalidad el proceso, entendido este como método de debate argumentativo dialogal, donde las partes se expongan y aportan el material probatorio o la prueba, que sea sustento de sus afirmaciones y alegaciones para que el juzgador imparcialmente decida emitiendo la sentencia correspondiente.

1. MARCO CONCEPTUAL: EL PROCESO

En tal sentido conviene en esta parte hacer un alto, para conceptualizar la idea de proceso en el marco de una Teoría General del Proceso y responder a interrogantes como: ¿Qué es el proceso?; ¿Existe varios procesos o el proceso es uno solo?

Diremos entonces, desde autorizada doctrina procesal, que el proceso no es otra cosa, que una “serie lógica y consecucional de instancias bilaterales conectadas entre sí por la autoridad (juez o árbitro)” (Alvarado Velloso, 2009, pág. 308), “serie lógica, consecucional y dinámica de instancias proyectivas” en palabras de Omar Benaventos (2001, pág. 213), –fundamento de una visión unitaria del proceso– Es decir el proceso visto como “un método pacífico de debate dialéctico” (Alvarado Velloso, 2009, pág. 46)

Método pacífico cuya meta concreta es el restablecimiento de la paz social y la erradicación del ejercicio ilegítimo de la fuerza en una determinada sociedad (verbigracia, uso de la violencia, hacerse justicia por mano propia o cualquier otra forma de autotutela, lastimosamente de uso casi consuetudinario en algunos espacios sociales).

Creemos, además –y así lo venimos sosteniendo en las aulas universitarias–, que el proceso así entendido, se erige como la garantía por excelencia en todo Estado democrático y republicano, a través de cual se logra, lo que denominamos el “milagro jurídico” de la igualdad procesal o igualdad legal de las partes. Demandante(s) y demandado(s), los que por naturaleza nunca serán iguales. Partes parcializadas en sus afirmaciones, cada una exponiendo su razón o razones, “la razón, de su sin razón, que a su razón se hace” diría el Quijote de la Mancha del genio Cervantes, las mismas que son expuestas o van dirigidas en el proceso ante un tercero imparcial: el juez que sentencia.

El proceso además es “único y de carácter lógico”³, pues la serie consecucional; que exige una necesaria afirmación de quien pretende algo

³Omar Benaventos, importante procesalista argentino en su *Teoría General Unitaria del Proceso y su problemática textualmente señala: en el marco del XVII Congreso Argentino de Derecho Procesal.: “trabajando en la comisión de derecho procesal laboral me convertí en testigo presencial de la ardua discusión suscitada en torno a la conveniencia o inconveniencia*

para sí, es requisito *sine qua non* para dar inicio al litigio; seguidamente como consecuencia de la afirmación tenemos la negación de quien se resiste a ver sometida su voluntad frente a la afirmación del pretensor; concluida la etapa

científica de concederle “autonomía” a esa rama. También tuve oportunidad de rebatir las ideas “separatistas” o “autonómicas” que tenían un consenso muy importante.

Mis reparos se concentraron en una ponencia a la que denominé “La Inconveniencia Científica de Postular la Autonomía del Derecho Procesal Laboral”. La tesis que sostenía en mi ponencia fue recogida -en disidencia- en las conclusiones del trabajo de comisión.

[...]

Queda claro, entonces, que el recorrido del sinuoso sendero en pos de la unidad del derecho procesal no se redujo sólo a buscar la compatibilidad entre el derecho procesal civil y penal (que desde siempre se presentó las diferencias más importantes de sortear) sino, como se dijo, también supuso el desafío de superar los escollos “separatistas” que deben afrontarse en el andarivel propio de la teoría general del derecho procesal civil.

Aquellas ideas contenidas en la ponencia a la que hice referencia, vinculadas con la unidad procesal (en todas las áreas del proceso civil), miradas desde la perspectiva actual, no han perdido su vigencia.

[...]

¿Autonomía del derecho procesal laboral?

La ponencia comenzaba con un interrogante: ¿Será exacto que estaremos colaborando con el desarrollo científico del derecho procesal laboral si pretendemos para el mismo una formulación autónoma, propia, específica y singular, apartada de la discusión genérica (y más amplia) sobre el tipo de proceso ideal y común que queremos forjar en todas las ramas de nuestra disciplina? y esa pregunta encontraba la siguiente respuesta: El interrogatorio es, desde ya, difícil de responder, pero me lleva a reflexionar que hoy, no ya en el derecho procesal laboral sino en el “genérico” tronco del derecho procesal, las nociones elementales sobre las que se anuda la plataforma científica del proceso se encuentran en pleno debate y, también, en una constante mutación. En efecto: los conceptos sobre la acción, jurisdicción y proceso, lejos de estar consolidados, siguen siendo profundamente re-elaborados. Y esas nuevas formulaciones sobre las nociones estructurales de la ciencia del proceso busca alcanzar un consenso, o si se quiere una uniformidad, que debería tener una incidencia operativa en la estructura y la unidad científica que se propone -sin exclusiones- para “todo” debate judicial.

Ahora bien, de ese estado de “evolución o crisis” de las ideas lo ideal sería pasar a un estado de consolidación o consenso dogmático que permita asentar las bases doctrinarias de una teoría que, en la búsqueda de su unidad, necesita de una amarre firme de donde partir.

Por tanto, no parecería conveniente que el derecho procesal laboral se aparte de la especulación doctrinaria, que compromete a toda la doctrina procesal (sin distinguo alguno). Si el tema convocante es la “unidad” del derecho procesal, se trata de aproximar las ramas al tronco común, y no al revés. Por una simple economía de esfuerzos, entre otras razones, se aprovecharía el formidable efecto de cambio que en el procesalismo científico ha provocado, por ejemplo, las brillantes ideas del maestro mexicano Humberto Briseño Sierra, continuadas y enriquecidas en la Argentina por Adolfo Alvarado Velloso. Las teorías de mis maestros han conmovido algunos pilares dogmáticos de la ciencia del proceso (que otrora aparecían como inamovibles). Para mayor amplitud Vid.: BENAVENTOS, Omar A., Teoría General Unitaria del Derecho Procesal, Editorial Juris, Rosario - Argentina, 2001, págs. 210 – 217.

de negación, en la misma serie tenemos la confirmación tanto de quien afirma como de quien niega, del pretensor y resistente, quienes prueban sus afirmaciones y negaciones; en la misma serie consecucional y concluida la etapa de confirmación se apertura la de alegación, etapa final de la serie donde el pretendiente y resistente exponen sus razones y argumentan sobre las bondades de sus pruebas o elementos de confirmación procesal; para luego, fuera de la serie, llegar al objeto del proceso: la sentencia, acto de autoridad que crea una norma jurídica de naturaleza especial de cumplimiento obligatorio una vez adquirida la calidad de cosa juzgada, con lo cual se resuelve el conflicto. Como es evidente, la serie se compone del siguiente modo: (1) Afirmación – 2) Negación – 3) Confirmación – 4) Alegación

Es consecucional –actos de procedimiento y de carácter lógico– porque una es consecuencia de la otra, esta serie, se presenta en todo tipo de controversias sean estas de carácter no penal como en el proceso civil, familiar, laboral, mercantil, y procesos de naturaleza penal, constitucional, electoral etc., y esta serie es la que realmente “hace que el proceso sea un proceso y no otra cosa”.

2. NOCIÓN DE PROCESO Y SISTEMAS PROCESALES

El proceso es entonces un conjunto de actos de procedimiento en cuya ejecución intervienen el actor o demandante, el demandado y el juez, los que deben realizarse en un orden predeterminado por la ley.

En algunos casos su iniciación es actividad reservada a los particulares (sistema dispositivo), en tanto que en otros es facultad del juez o de un órgano del Estado (sistema inquisitivo); los medios de expresión que se utilicen durante la tramitación pueden ser la palabra o la escritura, y en ese caso el proceso será oral o escrito; según que se permita o se prohíba el acceso de las partes o de terceros a los actos de procedimiento, el proceso será público o secreto; en algunos casos la justicia se administra por jueces técnicos y en otros por legos; unas veces la ley establece la forma de apreciación de las pruebas (pruebas legales), otras deja librada al criterio del juez (libres convicciones) o establece límites que condicionan la convicción (sana crítica); el proceso puede terminar por sentencia en una sola instancia, pero normalmente recorre por lo menos dos instancias mediante el recurso de apelación (unidad o pluralidad de instancias); también el juez puede ser

único, o estar constituido por un tribunal de varios jueces (colegiado) (Alsina, 1956, pág. 99).

El proceso como método de debate: cuando nos referimos al proceso como “un método pacífico de debate dialéctico”(Alvarado Velloso, 2009, p 46) siempre frente a un tercero imparcial⁴, imparcial⁵ e independiente⁶, que busca alcanzar la paz social y la erradicación del ejercicio ilegítimo de la fuerza, donde no se persigue la “verdad verdadera” a toda costa, sino algo más humilde pero más real como es la “verdad legal”, la única que es posible obtener en el proceso, con las garantías propias del mismo (Montero, pág. 279), nos referimos a un proceso que responde al sistema dispositivo o garantista – republicano.

El proceso como medio de investigación: cuando nos referimos al proceso como un “medio de investigación”, donde el juez quiere llegar a la “verdad real” a la “verdad verdadera”, persigue una meta justiciera, quiere hacer justicia y con tal objeto interviene activamente en el debate procesal, actúa pruebas de oficio, pregona el solidarismo procesal, tiene además un rol protagónico en el proceso al punto que se le asigna el deber de sancionar la conducta de las partes en contienda en procura de la buena fe procesal y exige el deber de colaboración en el proceso. Hacemos referencia a un “proceso inquisitivo” del cual se duda mucho que realmente sea tal.

3. FUNCIÓN DEL JUEZ EN EL PROCESO

¿Cuál es entonces la función del juez en el proceso?, ¿cuál es actualmente, según el concepto abstracto que le otorgan las leyes, pero según también la concreta realidad histórica, la función del Juez situada en el sistema jurídico de una Constitución democrática? (Calamandrei, 2006, pág. 53)

⁴Es decir que ese tercero (el juzgador) no tiene ningún interés personal en el resultado del proceso.

⁵El tercero no se hace parte, es decir no es ni pretendiente ni resistente.

⁶El tercero no se encuentra en situación de obediencia debida respecto de alguna de las partes en conflicto.

Históricamente la cualidad preponderante que aparece inseparable de la idea misma del juez, desde su primera aparición en los albores de la civilización, es la imparcialidad. El juez es un tercero extraño a la contienda que no comparte los intereses o las pasiones de las partes que combaten entre sí, y que desde el exterior examina el litigio con serenidad y con despego; es el tercero inter partes, o mejor a un, supra partes (Ibíd.).

El mismo Calamandrei⁷ señaló que la función del juez en el proceso es el de constituirse en un tercero imparcial sin ningún interés en el resultado del proceso. En efecto, y tal como lo propone Eisner:

Si el proceso es un método de debate, una estructura, un mecanismo, mediante cuyo uso se llega a la demostración o la verificación de los hechos controvertidos, en procura de dirimir las contiendas. Exige que esa discusión sea ordenada; que esa discusión que se celebra ante los jueces siga un método, una regla, un principio y una pauta. Es decir, no es un debate cualquiera; es un debate en el que deben asegurarse oportunidades parejas para ambos contendientes – pretendiente y resistente– y ciertas seguridades. (1970)⁸

Una de estas seguridades es precisamente la conducta imparcial de ese tercero (juez) que llegado el caso debe resolver la controversia.

4. LA IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR

¿Cómo entender la imparcialidad exigida al juzgador? el maestro mexicano Humberto Briseño Sierra, con suma claridad señaló que “Lo propio del

⁷Calamandrei en 1940 fue el máximo colaborador del guardasellos Grandi. Además fue testigo en el proceso en contra de Grandi, donde aseguró bajo juramento, que el Código era “liberal y democrático”. Sobre el particular, dos colosos del pensamiento procesal europeo, como son, Franco Cipriani y Juan Montero Aroca han demostrado con sólidos argumentos que “el Código de Procedimiento Civil italiano, aquél promulgado en 1940 y que casualmente o por cause lleva las firmas del cavaliere Benito Musolini y del Conde Dino Grandi, es antiliberal y autoritario y, como tal, facista”. Cfr. CIPRIANI, F.: “El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas”, Montero J. (coord.) *Proceso Civil e Ideología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 53.

⁸EISNER, Isidoro, los “Principios Procesales” conferencia pronunciada en el Colegio de Magistrados del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe - Rosario en diciembre del año 1967 en *Revista de Estudios Procesales*, N° 34 Autor: Autores Varios, Co-autores: Alvarado Velloso, Adolfo, Editor: Centro de Estudios Procesales de Rosario, Año: 1970.

derecho procesal es alcanzar la resolución de los problemas jurídicos, pero no cualquier resolución, ni obtenida en forma indeterminada, sino una resolución imparcial y por obra de tercero” (1989, pág. 27). Señala además el profesor mexicano que “la imparcialidad puede atribuirse a la resolución, a la conducta realizada para alcanzarla, o a la condición de la persona” (pág. 28).

“La conducta imparcial se percibe en una secuencia de actos y aun de abstenciones que muestran el desinterés del tercero por el resultado a que se llegue. La condición de las personas es conocible a través de datos exteriores, de manera que la imparcialidad provendrá de la ausencia de vínculos con los intereses en contienda. La resolución imparcial es aquella que se justifica por razones objetivamente válidas, lógicamente comprensibles” (Eisner, 1970).

El derecho procesal y el proceso propiamente nos es útil en una democracia, allí donde el juzgador cumple con el deber de actuar (conducta) imparcialmente al momento de resolver; donde el juzgador no tenga interés alguno en la contienda, solo así podrá llegar a emitir una resolución imparcial.

Como es evidente, una resolución donde el juzgador en base a teorías exóticas, flexibilice el esfuerzo probatorio de las partes, de tal suerte que “prueba el que mejor puede hacerlo” en supuesto homenaje a la justicia, lo que hace en realidad es atentar y alterar el carácter lógico del proceso y la regla conocida de que quien afirma los hechos está obligado a probarlos.

5. LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN EL PERÚ ¿TEORÍA JURÍDICA O SIMPLE MODA?

Un sector del procesalismo peruano realiza severas críticas al dinamismo probatorio. Reflexionando sobre la importancia de la comparación jurídica como herramienta que nos permite tener una visión más amplia del derecho, Luis Alfaro nos dice que el derecho comparado permite tener mayores elementos de análisis y de soluciones a casos concretos, analizando diferentes modelos jurídicos sea a nivel normativo, teórico y jurisprudencial. Asimismo, no comparte la idea de que en un país deban importarse –a ciegas– modelos jurídicos que no tienen un sustento y consolidación en el sistema jurídico de origen; es decir, emplear esquemas jurídicos por mera moda para dar solución a una determinada problemática.

Este es el caso de la denominada teoría de las cargas probatorias dinámicas o dinamismo probatorio, difundida por un sector de la doctrina y jurisprudencia argentina y que está siendo aplicada por la Corte Suprema (v. gr. CAS 4445-2011 Arequipa) e incluso el TC (Exp. 1776-2004-AA/TC Lima, f.j. 50 c). Esta teoría muchas veces es presentada como la evolución o superación a la carga de la prueba; de modo que la primera sería una perspectiva estática y la segunda dinámica; pero en ninguno de estos casos los magistrados se han preguntado si realmente se trata de una teoría jurídica propiamente dicha o simplemente es una creación exótica sin una solvencia jurídica-real.

Quienes pontifican el dinamismo probatorio bajo el supuesto teleológico del constituyente de afianzar la justicia, señalan sin rubor que:

Dentro del cauce del derecho, luce con singular esplendor el fenómeno del desplazamiento de las cargas probatorias entre ellas la llamada “teoría de las cargas probatorias dinámicas”. Sostienen también, que ésta se constituye en una genuina elaboración científica. (Vargas, 2009)

El profesor Gustavo Calvino⁹, voz autorizada en el procesalismo latinoamericano —en opinión que hacemos nuestra— señala críticamente que:

Los argumentos de quienes promueven el acogimiento de las llamadas cargas probatorias dinámicas, que merecen desecharse, se fundan en la supuesta búsqueda de la justicia del caso y entre los más repetidos, se sostiene que deben ser aceptadas por estar basadas en ciertos “principios” —lealtad, probidad, buena fe, colaboración o moralidad— que serían aplicables al proceso civil, o por representar un “corolario de las reglas de la sana crítica en materia de valoración de la prueba”. Incluso no falta alguno que sostiene que la aplicación de la carga dinámica de la prueba se justifica porque lo se quiere o pretende es llegar a la “verdad real.

La jurisprudencia peruana sustenta su aplicación en el denominado “principio de colaboración” o el deber de colaboración en materia de producción de pruebas bajo el supuesto —de reprobables— situaciones de “acaparamiento

⁹Vid. <http://gustavocalvino.blogspot.com/2013/02/cargas-probatorias-dinamicas-exotismo-y.html>

y especulación de la prueba”; se dice además que si la parte demandada incumple el deber de colaboración, resulta válido extraer argumentos en contra de ella, por falta —precisamente— de esa colaboración o asistencia. Lo que se busca es flexibilizar y repartir mejor el esfuerzo probatorio en homenaje a la justicia. Así las cosas el juez sentenciará en contra de quien debió probar y no lo hizo. Lo que no se entiende en el caso peruano, es ¿por qué la ley procesal civil omite regularla? ¿por qué los jueces aplican una “teoría” que no está reglada en la norma procesal? Resulta de una obviedad innegable que la aplicación de una supuesta “teoría” por cierto —no reglada— desnuda un activismo judicial que pone en serio riesgo el derecho defensa de las partes en controversia.

No se repara, en que la supuesta “teoría”, no es genuina y no esplendorosa, y menos que no tiene reconocimiento legal en el Perú.

El dinamismo probatorio conlleva a una discusión que tiene un fuerte componente ideológico, exactamente entre quienes defendemos el proceso como método de debate dialogal y argumentativo previsible y seguro dentro de un sistema de justicia edificado para las personas que recurren a ella, por un lado, y quienes pugnan por sostener un sistema de justicia hecho a la medida del poder y de la autoridad, para lo cual nunca está de más promover el respeto y reivindicación de la distribución judicial de la carga probatoria.

6. LA CARGA DE LA PRUEBA Y DINAMISMO PROBATORIO: CRÍTICA

El profesor Calvino realiza una esclarecedora notación, que desde el más básico manejo del lenguaje —cosa que no es baladí— y hurgando algunos antecedentes históricos, nos orienta hacia el entendimiento del significado de la categoría carga procesal que es distinto de la obligación y deber de probar en el proceso. Así nos ofrece los siguientes párrafos:

El concepto de carga procesal debe ser diferenciado acabadamente, por ser una categoría completamente distinta, al de obligación y al de deber; la carga es, ante todo, una facultad —y no un imperativo— que tienen las partes en el proceso y en su propio interés, cuya observancia obsta a que sufran un perjuicio ulterior. Por consiguiente, son ellas las que asumen los riesgos de no levantarlas. Sin embargo, cuando se entiende ya la carga como un imperativo, es este vocablo el que conduce a otorgarle un significado de deber, y con ello se tergiversa la concepción de la carga procesal en sí y se la transforma en

deberes a asumir por ambas partes. Si se piensa de esta manera, se puede pasar a justificar, entonces, un deber de colaboración con la contraria y con el juez, sin importar que se distorsione el proceso como garantía.

Entre las distintas cargas que se pueden ir generando, la carga de la prueba reviste particular importancia. Porque, para evitar que se declare la absolución de instancia o *non liquet*, es imprescindible establecer reglas de carga de la prueba que le indiquen al juez cómo debe fallar cuando un hecho afirmado necesitado de prueba o no ha sido probado o no se ha alcanzado a producir certeza en el juzgador. Por consiguiente, las reglas de la carga de la prueba son utilizadas al dictar sentencia, luego de agotado el debate —y con él, la fase probatoria— si se cumple como condición la carencia o insuficiencia de prueba acerca de un hecho afirmado y necesitado de ella. Sin dudas, constituyen directamente reglas de juicio de carácter subsidiario, porque sólo se aplican una vez cumplida la condición.

Pero también esta regla de juicio, indirectamente, opera en relación a las partes como una regla de conducta, a la cual tienen el interés de ajustarse para no sufrir más adelante los perjuicios por no observarla. Ha quedado bien asentado que no sólo se atiende al diseñar la estrategia procesal, sino que desde mucho antes las partes la pueden tomar en consideración.

Con acierto se pone énfasis en que toda persona debe saber con antelación a la entrada en juicio —es más, con antelación a los hechos que pueden generadores de responsabilidad contractual o extracontractual— cuáles son sus obligaciones en materia probatoria; de nada sirve que esto ocurra en la audiencia preparatoria, o cuando se dicta sentencia.

Al tratarse principalmente de una regla de juicio, es evidente que la carga de la prueba sólo puede hacerse efectiva al momento de sentenciar, nunca antes. Inexorablemente, su aplicación se hará una vez que se ha cerrado el debate procesal. No obstante, y dado su efecto secundario de regla de conducta para las partes, lo óptimo es que se encuentre determinada antes de la generación misma de los hechos, para que las partes actúen en consecuencia, tomando las previsiones en sus comportamientos y en el eventual desenvolvimiento estratégico procesal posterior, a fin de ejercer plenamente su derecho de defensa en juicio.

Las circunstancias apuntadas denotan importante misión del legislador: prever con la mayor exactitud las reglas sobre carga de la prueba a las que se atenderá el juzgador. Si, en cambio, una vez concluido el debate procesal, se le reconoce al juez el poder de decidir a discreción quién debió probar cierto hecho afirmado no probado o insuficientemente demostrado, en realidad se le está dando el poder de resolver el litigio arbitrariamente, a pesar del debate y del derecho de defensa de las partes. En otras palabras, se le permite que cambie las reglas de juego una vez que el juego finalizó.

Esto resulta inaceptable aún si lo permitiese la norma, además de poco práctico, porque sumaría más cúmulo de trabajo a los tribunales: las partes, para evitar sorpresas desagradables al anoticiarse de la sentencia, se verían obligadas a probar todo lo afirmado en un juicio, por ella y por la contraria. No en vano, la evolución procesal se dio en el sentido de reemplazar la fijación judicial de la incumbencia probatoria en el caso concreto por reglas objetivas generales dispuestas por el legislador.

Sin embargo y en este entorno, puede haber algo que sí es disvalioso y peor: que, aun habiendo brindado el legislador las reglas sobre carga de la prueba, sean los mismos jueces los que se arroguen la facultad de dejarlas de lado y fijar otras diferentes al momento de sentenciar, aduciendo sólo argumentos etéreos tales como “las particularidades del caso” o “la dificultad probatoria para una de las partes”.

Hechas estas consideraciones, regresemos a la teoría de las cargas dinámicas probatorias. Ni bien son apenas examinadas, se advierte que se trata ni más ni menos que la introducción de la distribución judicial de la carga de la prueba una vez concluido el debate procesal. No olvidemos que, desde su génesis, fue planteada con la intención de aumentar los poderes de los jueces, con fuerte influencia del llamado principio de autoridad. Por consiguiente, constituyen en realidad la imposición arbitraria del juez, a una de las partes, de las consecuencias perjudiciales a sus intereses de la falta de prueba de un hecho afirmado en el proceso por la contraria, necesitado de prueba. De allí que, como dijimos, un sector de la doctrina ha encontrado en esta prédica un carácter de inversión judicial de la carga de la prueba. Y, de este modo, si reparamos en que conceptualmente las cargas son facultades de las partes, hasta se debe cuestionar que se denomine como “cargas” a la figura ya que se trata, en verdad, de una facultad o poder propio del juez.

Es interesante, tras un desapasionado análisis, buscar el campo de acción real en el que se puede llegar a aplicar la teoría de las cargas dinámicas probatorias para sacar conclusiones acerca de su necesidad y utilidad. Tendremos, cuando no está legislada esta figura, dos escenarios posibles: en el primero, el menos habitual, no existe norma que fije una regla general sobre carga probatoria; en el segundo sí la hay. A lo que debemos añadir que, amén de la regla general que puede estar o no, la experiencia enseña que siempre habrá reglas especiales diseminadas por el ordenamiento jurídico, además de contemplarse distintas presunciones como método de prueba.

El carácter excepcional que los mismos defensores de la carga probatoria dinámica confieren a su teoría, conduce a desecharla como regla general y aceptarle aspiraciones como regla especial para casos concretos. El interrogante se sitúa, entonces, en definir si el juez cuenta con facultades para dictar reglas especiales para el caso, como si fuera el legislador, lo que sólo podría hacerse cuando ni las reglas especiales ni el régimen presuncional brindan la solución que alejen el *non liquet*. A falta de norma expresa que le otorgue esas potestades, antes de atribuírsela a sí mismo, al menos es de esperar que cumpla postulados superiores y respete la inviolabilidad del derecho de defensa en juicio. En la medida en que la regla que construya genere indefensión en alguna de las partes —y esto ocurrirá porque se trata de regla de juicio pero también de conducta para los litigantes— habrá quebrantado la garantía del proceso. Pero aun si se reconoce en este escenario que el juez puede dictar una regla especial para distribuir la carga de la prueba, ello se dará en una ínfima porción de los juicios en trámite que acabarán con una sentencia que, por aplicación de una regla no prevista, dará motivo para el agravio. Entonces, si el juez en su sentencia decide dejar de lado las reglas legales sobre carga de la prueba, siempre se estará violando el derecho de defensa porque —como alguien expuso y con razón— necesariamente estará violando el principio de imparcialidad

De manera particular, creemos que el dinamismo probatorio en la jurisprudencia peruana es congruente con la línea sistémica (publicista) a la que responde, tenemos un código procesal civil de corte inquisitorial, donde el poder Estatal representado por los jueces reduce al ciudadano a su más mínima expresión haciéndole ver a este como el desvalido, al cual es Estado tiene el deber de asistir, en una errada concepción de la “verdad real” “la justicia” y “la igualdad”.

Corresponde entonces dar una respuesta preliminar al interrogante planteado sobre la carga dinámica de la prueba en el Perú: ¿teoría jurídica o simple moda? Como no puede ser de otro modo, nos inclinamos por la segunda opción. Aquí algunas razones:

- Hasta donde se ha investigado, sus orígenes no están propiamente en la doctrina argentina, sino que se remontan hasta 1823 en la obra Tratado de las pruebas judiciales (Jeremy Bentham); sin embargo, sus defensores no han tenido presente el contexto histórico cultural inglés (common law) donde fueron planteados estas ideas, que no serían las mismas de los países de Latinoamérica (civil law)¹⁰.
- Los casos tomados como ejemplos que pueden ser solucionados aplicando tal teoría, como los de responsabilidad civil contractual o extracontractual; bien pueden ser resueltas acudiendo a las presunciones (legales o judiciales).
- Su aplicación antojadiza podría propiciar las llamadas decisiones sorpresas (o de terza vía), lo que importa una abiertamente afectación al principio de audiencia (o contradicción). Ahora bien, ello no implica que se desconozca que existan controversias jurídicas que realmente merezcan una razonable distribución de la carga de la prueba; consistente en atribuirla a la parte que se encontrase en mejor posición para producirla; que bien pueden ser solucionadas, por ejemplo, aplicando los criterios de disponibilidad y factibilidad probatoria (artículo 217.7 LEC -Ley de Enjuiciamiento Civil). Criterios que son completamente distintos a postular una “teoría” y que de modo alguno implica una eliminación de la categoría de la carga de la prueba sino simplemente su desarrollo.

7. CONCLUSIONES

La doctrina de las cargas probatorias dinámicas, afectan el derecho de defensa, el principio de imparcialidad del juzgador, desdibujando el rol que correctamente le corresponde en el proceso debido. Es innegable que el dinamismo probatorio conlleva a una discusión que tiene un fuerte componente ideológico, exactamente entre quienes defienden el proceso

¹⁰CALVINHO, en riguroso ensayo, publicado en: <http://gustavocalvinho.blogspot.com/2013/02/cargas-probatorias-dinamicas-exotismo-y.html>, desmitifica y da a conocer claramente el verdadero origen de esta “teoría”, desarmando críticamente cada uno de sus fundamentos.

como método de debate dialogal y argumentativo previsible y seguro dentro de un sistema de justicia edificado para las personas que recurren a ella, por un lado, y quienes pugnan por sostener un sistema de justicia hecho a la medida del poder y de la autoridad.

BIBLIOGRAFÍA

Alsina, H. (1956). Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. 2 ed. Buenos Aires: Ediar.

Alarcón Polanco, E. F. (2002). La constitución como fuente primigenia de la independencia e imparcialidad del juez. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura.

Alvarado Velloso, A. (2009). Sistema procesal: garantía de la libertad. Santa Fe: Rubinsal-Culzoni.

_____. (2009). Garantismo procesal versus prueba judicial oficiosa. Panamá: Juris.

Arévalo Vela, J. (2010). Antecedentes de la reforma del proceso laboral en el Perú. En Doctrina y análisis sobre la nueva ley procesal del trabajo. Lima: AMAG.

Benaventos, O.A. (2001). Teoría General Unitaria del Derecho Procesal. Rosario: Juris.

Briseño Sierra, H. (1989). Compendio de derecho procesal. México: Humanitas.

Calamandrei, P. (2006). Proceso y democracia. Lima: ARA.

Eisner, I. (1970). Los principios procesales. Revista de Estudios Procesales, (34).

Ledesma Narváez, M. (2008). Comentarios al Código Procesal Civil. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.

Montero Aroca, J. (2006). Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal. En J. Montero (coord.) Proceso Civil e Ideología. Valencia: Tirant lo Blanch.

_____. (s.f.) La prueba de oficio (libertad y garantía frente a autorización y publicización del proceso civil. Memorias del I Congreso Panameño de Derecho Procesal.

_____. (2011). Conferencia dictada en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario en noviembre de 2011. Apuntes personales de derecho procesal, Maestría Universidad Nacional de Rosario - Argentina.

Vargas, A. L. (2009). Cargas probatorias dinámicas: sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos. En Garantismo y activismo procesal. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Volumen XLVII.

Yáñez Monje, Eduardo. (2010). Unificación de Jurisprudencia, precedente judicial y aplicación directa de la constitución. Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social, 1 (2).

ANEXO

CAS. N° 4445-2011 AREQUIPA

En un proceso de impugnación de acuerdos de asamblea de una asociación, ante la sola afirmación de la parte actora en el sentido que la convocatoria no fue hecha conforme al estatuto, corresponde a la parte demandada acreditar lo contrario; pues, ésta, se encuentra en mejores condiciones para acreditar este extremo, debido a que tuvo la responsabilidad de hacer la citación correspondiente; esto, en aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

CAS. N° 4445-2011 AREQUIPA. Lima, veinticinco de octubre del dos mil doce.- LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; con los acompañados; vista la causa número cuatro mil cuatrocientos cuarenta y cinco - dos mil once, en audiencia pública de la presente fecha y producida la votación conforme a ley, se expide la siguiente sentencia.

I. MATERIA DE RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto a fojas seiscientos cuarenta y cinco por el demandado Félix Churata Churata contra la sentencia de vista obrante a fojas seiscientos trece, su fecha cinco de agosto del dos mil once, emitida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia da Arequipa, que revocando la sentencia apelada la reformó declarando fundada la demanda, en consecuencia nulos los acuerdos de las Asambleas Extraordinarias realizadas el veinticuatro de mayo de dos mil siete y veintitrés de julio de dos mil siete e ineficaces los documentos que lo contienen, en los seguidos por María Jesús Apaza Tiznado y otros, sobre impugnación de acuerdo. II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Mediante resolución de fecha veinticinco de enero de dos mil doce, se declaró procedente el recurso de casación propuesto, según fluye del cuadernillo formado por esta Sala Suprema, por la infracción normativa de los artículos 196 y 200 del Código Procesal Civil, al sostener el recurrente que la regla general de la carga de la prueba responde al carácter dispositivo que tiene el proceso civil en el Perú, consagrado en el artículo IV del Título Preliminar del citado Código, según el cual se deja a las partes la iniciación y desarrollo del proceso, la delimitación del contenido de la tutela y la aportación de los hechos y de las pruebas que constituirán el fundamento de las sentencias, por lo tanto son las partes quienes tienen la carga de probar lo que dicen. La doctrina de la prueba dinámica no está estatuida como norma legal en nuestro ordenamiento jurídico como si lo está en otros países, por lo que al aplicarse ésta se vulnera el principio dispositivo de nuestro sistema procesal civil y el principio de legalidad, incurriendo en un acto prevaricador. Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional aplicó la prueba dinámica, lo hizo en un caso muy excepcional donde se ve que efectivamente la parte demandante no puede ofrecer un medio de prueba; sin embargo, en el caso de autos no se dio el supuesto de imposibilidad de probar dicho hecho afirmado por los actores, ya que si se trataba de probar que la esquila o citación no se entregó con tres días de anticipación como lo afirma la demandante, muy bien pudo ofrecer la propia esquila o citación para la asamblea, a la que entendemos la parte demandada accedió y verificó que no se entregó con tres días de anticipación (a la que tuvo acceso para poder afirmar tal hecho), así como pudo ofrecer la propia declaración testimonial de los asociados concurrentes y no concurrentes para probar tal hecho. Más aún si estas personas concurrieron a la asamblea, lo que sale del tenor de la propia demanda pero no participaron algunos porque empezó a deshora (cuatro de la tarde), según versión de la misma. Asimismo se inaplicó el artículo 200 del Código Adjetivo, pues esta norma habla tanto de la prueba

ofrecida por el demandante, por el demandado y la dispuesta de oficio por el propio juez, pero no así de extraer hechos probados sobre la base del silencio de la partes no corroborados con material probatorio que determinen su acreditación del hecho. III. CONSIDERANDO: Primero.- Que, la causal invocada por el recurrente se sustenta en dos argumentos invocados en sede casatoria, relativos a la inaplicación de las normas procesales; el primero, referido a la inaplicación del artículo 196 del Código Procesal Civil y el segundo, a la inaplicación del artículo 200 del citado Código. Antes de absolver las denuncias efectuadas por el recurrente conviene hacer un breve recuento de lo acontecido en el proceso: i) Es de advertir que a fojas sesenta y cinco, María Jesusa Apaza Tiznado y otros Interponen demanda contra don Juan Sánchez Huamán y doña Hilaria Qquecho Cusi sobre impugnación de acuerdos y de las actas de asambleas generales extraordinarias de la Asociación de Comerciantes “El Baratillo los Cuatro Suyos” de fechas veintisiete de mayo y veintitrés de julio de dos mil siete, que designan a los miembros del Jurado Electoral y al Consejo Directivo demandado por adolecer de nulidad insalvable, a efecto de que se declaren nulos los acuerdos adoptados, en dichas asambleas, así como nulas las actas que lo contienen y consecuentemente se deje sin efecto, ni valor alguno la designación de miembros del jurado electoral y el nombramiento del nuevo Consejo Directivo demandado; ii) la Asociación de Comerciantes “El Baratillo los Cuatro Suyos” representada por don Félix Churata Churata en su contestación de demanda, alegando que la convocatoria a la asamblea del veinticuatro de mayo de dos mil siete, se hizo llegar personalmente a los asociados con varios días de anticipación, consignando el orden del día (revocatoria de la junta directiva anterior y nombramiento del jurado electoral para elecciones de nueva junta directiva) una vez presentes en junta general se procedió a establecer el quórum, acreditándose veintiséis asociados que representan la mayoría absoluta, por lo que las notificaciones surtieron sus efectos. En cuanto a la asamblea para elecciones de la nueva Junta Directiva periodo dos mil siete - dos mil diez, se presentaron dos listas, y no habiendo cumplido la lista dos con los requisitos previstos en el reglamento de elecciones dentro del plazo, quedó una sola lista presidida por Félix Churata, procediéndose a su proclamación; cumpliéndose con todas las formalidades por lo que Registros Públicos, inscribió dicho acto; iii) En la Audiencia respectiva, cuya acta obra a fojas cuatrocientos ochenta y ocho, se fijó como punto controvertido establecer si los demandados están en la obligación de transferirle al accionante sus derechos de socios de la Cooperativa de Servicios Especiales Mercado Central Limitada, en virtud del contrato de

Compra Venta del stand que celebró con el codemandado en su condición de vendedor de fecha veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y nueve; iv) el Juez de Primera Instancia, mediante sentencia número 161-2010-9JEC, su fecha veintitrés de setiembre de dos mil diez, declaró infundada la demanda, estableciendo que la demandante no acompañó prueba que corrobore esta afirmación, finalmente estando al número de personas que asistieron y las que firmaron se aprecia que se da cumplimiento a lo dispuesto en la parte final del artículo 22 de los Estatutos de la Asociación. Además de las actas se aprecia que el orden del día era la revocatoria de la Junta Directiva y el nombramiento del Jurado Electoral, lo cual coincide con lo consignado en la declaración jurada de fojas cuarenta y dos. A fojas treinta y siete vuelta y ciento treinta y ocho se deja constancia que la asamblea acordó revocar el Consejo Directivo presidido por el señor Félix Churata Churata, por solicitud directa del propio Presidente, acordando además el nombramiento de una nueva Junta Directiva. Siendo esto así, no se probó la afirmación realizada por la actora; v) La Sala Civil absolviendo el grado, revocó dicha decisión y reformándola declaró fundada la demanda, precisando sustancialmente que el Presidente de la Asociación en el escrito de fojas ciento ochenta y seis (declaración asimilada según el artículo 221 del Código Procesal Civil), señaló lo siguiente: “para tal fin debido a que somos un pequeño grupo de asociados (...), la citación se les hizo llegar en forma personal con varios días de anticipación”; sin embargo, ello en modo alguno fue acreditado en autos, por cuanto el representante de la asociación no cumplió con presentar las esquelas de citación que permitan verificar que se cumplió con lo señalado en el Estatuto, extremo probatorio que no puede ser de cargo de la parte demandante, en vista que es la demandada quien se encuentra en mejores condiciones para acreditar tal extremo, debido a que dicha parte es la que realiza la convocatoria y por ello mismo es la que señala que cumplió con hacer la citación correspondiente dentro del plazo señalado en el estatuto y con el orden del día respectivo que se iba a tocar. Segundo.- Que, el derecho a la prueba es un derecho constitucional implícito que se encuentra albergado en el derecho al debido proceso contenido en el artículo 139 inciso 3 de nuestra Constitución. Derecho complejo que engloba a su vez, cinco derechos específicos: a) a ofrecer los medios probatorios que la parte procesal considera necesarios para probar los hechos alegados. Ofrecimiento que debe efectuarse en conformidad con el marco legal que para tales efectos establecen las normas pertinentes; b) a que se admita la prueba ofrecida que respete los límites inherentes a la actividad probatoria y a los debidos requisitos que para ello prevé el ordenamiento procesal civil.

Este derecho exige que el Juez admita las pruebas pertinentes, conducentes e idóneas, útiles, lícitas y ofrecidas en forma oportuna. En caso de duda en cuanto a su admisión debe ser admitida. Todo rechazo a la prueba ofrecida debe hacerse mediante resolución debidamente motivada adecuada y razonablemente; c) a que se actúe el medio probatorio ofrecido y admitido, pues no puede considerarse como admitido un medio probatorio no actuado, vulnerándose el derecho a la prueba. La actuación de la prueba no se encuentra sujeta a discrecionalidad del Juez; d) a que se someta al contradictorio, esto es, una vez admitida la prueba debe ponerse en conocimiento de la contraparte y pueda formular sus apreciaciones o cuestionamientos o desvirtuada con otros medios de prueba, ajustando su actividad procesal a lo establecido en las normas procesales correspondientes. No puede permanecer oculta, en caso contrario sería vulnerar ese derecho a la prueba; e) a que el medio probatorio admitido, sometido al contradictorio y actuado sea valorado adecuadamente y con la motivación debida por el órgano jurisdiccional. La vulneración del derecho a la valoración de la prueba aportada, generalmente, se manifiesta por la falta de apreciación del material probatorio o por la valoración arbitrada, puesto que deben valorarse no en forma exclusiva o aislada, sino en forma integral o conjunta y razonada, empero en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión. Tercero.- Que, en líneas generales puede definirse el sistema procesal dispositivo como aquél en virtud del cual se confía a las partes la iniciación y desarrollo del proceso, la delimitación del contenido de la tutela y la aportación de los hechos y de las pruebas que constituirán fundamento de las sentencias. Este principio dispositivo está consagrado por el artículo 196 del Código Procesal Civil, siendo que la carga de probar sus dichos y afirmaciones recae en las propias partes. Esto significa que el demandante y el demandado son los primeros llamados a ofrecer y proporcionar los medios probatorios que respaldan y demuestran la veracidad de lo que dicen en la demanda y contestación de demanda, respectivamente. La regla general de la carga de la prueba contenida en nuestro Código Procesal Civil responde al carácter dispositivo que tiene el proceso civil en el Perú, y en una gran parte de países. Cuarto.- Que, no obstante lo expuesto, la carga dinámica de la prueba es una teoría del derecho probatorio que asigna la carga de probar a la parte procesal que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo. Esta modalidad de carga procesal fue aplicada por el Tribunal Constitucional en la sentencia número 1776-2004-AA/TC, respecto a la utilización de la prueba dinámica señalando que: “es necesario plantear nuevas reglas de reparto de la imposición

probatoria, haciendo recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva”. Es así que en su primera fase, la carga probatoria dinámica fue utilizada pero con una inversión probatoria que se tornó estática, posteriormente se fueron unificando conceptos para determinar que la carga dinámica probatoria debía ser aplicada siguiendo sus lineamientos y no a través de la petrificación de una regla de prueba. Quinto.- Que, debe ponderar la situación que cuando quien tiene la carga de probar se enfrenta a la prueba diabólica, mientras que quien está en la contraparte tiene fácil acceso a los medios probatorios, pero que al verse beneficiado por no estar gravado con la carga de la prueba y en consecuencia no tener incentivos para aportar las mismas, toma ventaja de esta situación para ganar posiciones dentro del proceso o probablemente obtener un resultado final favorable ante la imposibilidad de quien alega los hechos de comprobar sus afirmaciones. Sexto.- Que, el proceso, tal como lo establece el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil tiene por finalidad resolver conflictos de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica, para ese fin el Juzgador tendrá que hacer una labor de reconstrucción de los hechos a través de las pruebas que se aporten para poder determinar la pretensión de cuál de las partes amparar, por su lado las partes en conflicto previsiblemente actuarán en forma egoísta y conforme sus intereses, elaborando estrategias legales que supeditarán como van a proceder para persuadir al Juez que les dé la razón. Al respecto es importante tener presente que, si bien los procesos en teoría fueron creados para darle finalmente la razón a quien la tiene, en la práctica esto no ocurre necesariamente de esa manera pues son muchos los factores que intervienen dentro de los mismos y en consecuencia condicionan su resultado, es determinante la habilidad con que las partes estructuran sus posiciones pues al igual que en los juegos, en los procesos, para ganar no basta con conocer las reglas sino que además se debe tener pericia para jugar, gana quien persuade al Juez que le dé la razón, y este último al no haber sido partícipe del conflicto ni conocer los antecedentes del caso, va a fundamentar sus decisiones en aquellos argumentos que le causen convicción y los hechos que sean probados por las partes; sobre el particular, el Maestro Piero Calamandrei nos dice: “La sentencia no es, por consiguiente, el producto automático de la aplicación de las leyes a los hechos, sino la resultante de tres fuerzas en juego, dos de las cuales, al tratar cada una de arrastrar en su propia dirección a la tercera, despliegan entre si una competición reñida, que no es solo de buenas razones, sino también de habilidad técnica para hacerlas valer. Afortunada coincidencia es

la que se verifica cuando entre los dos litigantes el más justo sea también el más hábil: pero cuando en ciertos casos (y quiero creer en raros casos) esa coincidencia no se dé, puede ocurrir que el proceso de instrumento de justicia, creado para dar razón al más justo, pase a ser un instrumento de habilidad técnica, creado para dar la victoria al más astuto”. Sétimo.- Que, siguiendo esta idea es natural que las partes actúen estratégicamente dentro del proceso para disimular sus falencias y acrecentar sus fortalezas a fin de convencer al Juzgador sobre sus pretensiones. Una de las piezas claves con las que juegan este ajedrez es la prueba, el litigante sagaz dentro de su estrategia tendrá presente además de sus fortalezas y debilidades las de su contraparte, y dentro del esquema que plantee tratará de debilitar las fortalezas del contrario y explotar sus falencias, siendo muy importante dentro de este esquema la evaluación de los medios probatorios que serán ofrecidos y establecer a quien corresponde la carga de la prueba, a fin de propiciar escenarios favorables a sus intereses. En tal sentido, es importante que nuestro ordenamiento a fin de procurar un fallo justo proporcione al Juzgador las herramientas necesarias para evitar que los obstáculos o barreras que puedan poner las partes le impidan acercarse a la realidad de los hechos, siendo que además de las alternativas que da el Código Procesal Civil al Juez en materia probatoria, sería importante incorporar como una norma los principios de disponibilidad y facilidad probatoria que flexibilizan el criterio de distribución de la carga probatoria. Octavo.- Que, al respecto, Alvaro Luna Yerga nos explica lo siguiente: “La disponibilidad probatoria consistirá en que una de las partes posee en exclusiva un medio probatorio idóneo para acreditar un hecho, de tal modo que resulta imposible para la otra parte acceder a él. Por su parte, el Principio de Facilidad, de alcance más amplio que el anterior, exige tener en cuenta la existencia de impedimentos que dificulten a una de las partes la práctica de un medio de prueba, mientras que para la otra ésta resulta más fácil o cómoda. Con la aplicación de estos principios, el Juzgador si bien inicialmente deberá tomar en consideración la regla que establece que quien afirma los hechos debe probarlos, al momento de sentenciar podría invertir la carga probatoria si la parte que tiene facilidad o disponibilidad de los medios o fuentes de prueba no colabora con el proceso u obstaculiza el acceso a los mismos”. Noveno.- Que, en el presente caso el *A quem*, en aras de llegar a la verdad jurídica aplicó la prueba dinámica, atendiendo a que es la demandada quien se encuentra en mejores condiciones para acreditar tal extremo, debido a que dicha parte es la que realiza la convocatoria y por ello mismo es la que señala que cumplió con hacer la citación correspondiente dentro del plazo

señalado en el estatuto y con el orden del día respectivo que se iba a tocar. No obstante ello, la parte demandada tampoco cumplió con adjuntar el “comunicado” que la demandante le imputa haber colocado en la “pizarra de la Asociación”, ello también a fin de desvirtuar la afirmación sostenida por la parte demandante respecto a que dicha comunicación citaba para las tres de la tarde, en primera citación y para las tres y treinta de la tarde en segunda citación, pero sin indicarse los puntos a tratar. Tampoco cumplió con exhibir el Libro de Actas número dos de la Asociación, ello a fin también de desvirtuar la afirmación de que en el folio ciento treinta y cinco del libro, existiría otra acta realizada en la misma fecha. Que, el hecho que los acuerdos impugnados hayan sido inscritos en Registro Públicos (sic). Décimo.- Que, atendiendo a que en el proceso existen “cargas”, es decir, situaciones de necesidad de realizar determinado acto para evitar que sobrevenga un perjuicio procesal. Con otras palabras, se trata de “imperativos del propio interés”. Las cargas procesales se hallan en una estrecha relación con las “posibilidades” procesales, puesto que toda “posibilidad” impone a las partes la carga de ser diligente para evitar su pérdida. El que puede, debe; la ocasión obliga (es decir, grava), y la más grande culpa frente a uno mismo es la de haber perdido la ocasión. Y ponderado que es la parte demandada quien ostenta la mejor posibilidad de demostrar que las convocatorias materias de controversia fueron realizadas cumpliendo con las formalidades de ley, y no obstante ello no acreditó en autos sus argumentos de defensa, en consecuencia, el recurrente ha violado la carga de probar lo que alega. Undécimo.- Que, en dicho contexto, resulta adecuado aplicar al caso de autos la carga de la prueba dinámica atendiendo a que era el recurrente quien se encontraba en mejores condiciones de probar lo que alega en su defensa, habiendo omitido la parte demandada acreditar lo que alega en su defensa, resulta adecuado lo resuelto por el Colegiado en aras del principio de facilidad y de acceder a la verdad legal para dilucidar la presente controversia, por lo que carece de asidero legal argumentar la aplicación de los artículos 196 y 200 del Código Procesal Civil en el presente proceso, deviniendo en inviable la causal denunciada por el recurrente. IV. DECISION: Por las consideraciones expuestas y en aplicación de lo previsto por el artículo 197 del Código Procesal Civil; NUESTRO VOTO es porque se declare INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Félix Churata Churata; DISPUSIERON: la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano conforme a ley; en los seguidos por María Jesusa Apaza Tiznado y otros con Inés Choque Yanque y otros sobre impugnación de acuerdo; y, los devolvieron; intervino como Juez Supremo ponente el

señor Castañeda Serrano. SS. RODRIGUEZ MENDOZA, CASTAÑEDA SERRANO, MIRANDA MOLINA, CALDERON CASTILLO.

EL VOTO EN DISCORDIA DE LA JUEZ SUPREMO DOCTORA HUAMANI LLAMAS ES COMO SIGUE:

1.- MATERIA DE RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandado Félix Churata Churata, (fs. 645), contra la sentencia de vista (fs. 613), su fecha cinco de agosto del dos mil once, emitida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que revocando la sentencia apelada la reformó declarando fundada la demanda, en consecuencia nulos los acuerdos de las Asambleas Extraordinarias realizadas el veinticuatro de mayo de dos mil siete y veintitrés de julio de dos mil siete e ineficaces los documentos que contienen. 2.- FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO: La Sala Suprema mediante resolución de fecha veinticinco de enero de dos mil doce, ha estimado procedente el recurso de casación interpuesto por el demandado Félix Churata Churata, por infracción normativa de los artículos 196 y 200 del Código Procesal Civil, al sostener el recurrente que la regla general de la carga de la prueba responde al carácter dispositivo que tiene el proceso civil en el Perú, consagrado en el artículo IV del Título Preliminar del citado Código, según el cual se confía a las partes la iniciación y desarrollo del proceso, la delimitación del contenido de la tutela y la aportación de los hechos y de las pruebas que constituirán el fundamento de las sentencias, por lo tanto son las partes quienes tienen la carga de probar lo que dicen. La doctrina de la prueba dinámica no está estatuida como norma legal en nuestro ordenamiento jurídico como si lo está en otros países, por lo que al aplicarse ésta se vulnera el principio dispositivo de nuestro sistema procesal civil y el principio de legalidad, incurriendo en un acto prevaricador. Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional aplicó la prueba dinámica, lo hizo en un caso muy excepcional donde se ve que efectivamente la parte demandante no puede ofrecer un medio de prueba; sin embargo, en el caso de autos no se dio el supuesto de imposibilidad de probar dicho hecho afirmado por los actores, ya que si se trataba de probar que la esquila o citación no se entregó con tres días de anticipación como lo afirma la demandante, muy bien pudo ofrecer la propia esquila o citación para la asamblea, a la que entendemos la parte demandada accedió y verificó que no se entregó con tres días de anticipación (a la que tuvo acceso para poder afirmar tal hecho), así como pudo ofrecer la propia declaración testimonial de los asociados

concurrentes y no concurrentes para probar tal hecho. Más aún si estas personas concurren a la asamblea, lo que sale del tenor de la propia demanda pero no participaron algunos por que empezó a deshora (cuatro de la tarde), según versión de la misma. Asimismo se inaplicó el artículo 200 del Código Adjetivo, pues ésta norma habla tanto de la prueba ofrecida por el demandante, por el demandado y la dispuesta de oficio por el propio juez, pero no así de extraer hechos probados sobre la base del silencio de la partes no corroborados con material probatorio que determinen su acreditación del hecho. 3: Antecedentes: Que, para analizar esta causa civil y verificar si se ha incurrido o no, en la infracción normativa reseñada en el párrafo que antecede, es necesario realizar las siguientes precisiones fácticas sobre este proceso: 3.1.- Que, mediante demanda de impugnación judicial de acuerdos de folios sesenta y cinco, subsanada a folios ochenta y cuatro, se pretende la nulidad de los acuerdos adoptados en las actas de Asambleas Generales Extraordinarias de los asociados de la Asociación de Comerciantes El Baratillo los Cuatro Suyos, de fecha veinticuatro de mayo y veintitrés de julio de dos mil siete, que designan a los Miembros del Jurado Electoral y al Consejo Directivo demandado, por adolecer las indicadas Asambleas de nulidad insalvable. 3.2.- Que, al contestar la demanda la Asociación El Baratillo los Cuatro Suyos representada por don Félix Churata Churata alega que, la convocatoria a la asamblea del veinticuatro de mayo de dos mil siete, se hizo llegar personalmente a los asociados con varios días de anticipación, consignando el orden del día (revocatoria de la junta directiva anterior y nombramiento del jurado electoral para elecciones de nueva junta directiva); una vez presentes en junta general se procedió a establecer el quórum, acreditándose veintiséis asociados que representan la mayoría absoluta, por lo que las notificaciones surtieron sus efectos. En cuanto a la asamblea para elecciones de la nueva Junta Directiva periodo dos mil siete - dos mil diez, se presentaron dos listas, y no habiendo cumplido la lista dos con los requisitos previstos en el reglamento de elecciones dentro del plazo, quedó una sola lista presidida por Félix Churata, procediéndose a su proclamación; cumpliéndose con todas las formalidades por lo que Registros Públicos, inscribió dicho acto; 3.3.- Que, el Juez de Primera Instancia, mediante sentencia número 161- 2010-9JEC, su fecha veintitrés de setiembre de dos mil diez, declaró infundada la demanda, estableciendo que la demandante no acompañó prueba que corrobore ésta afirmación, finalmente estando al número de personas que asistieron y las que firmaron se aprecia que se da cumplimiento a lo dispuesto en la parte final del artículo 22 de los Estatutos de la Asociación. Además, de las actas se aprecia que el

orden del día era la revocatoria de la Junta Directiva y el nombramiento del Jurado Electoral, lo cual coincide con lo consignado en la declaración jurada de fojas cuarenta y dos. A fojas treinta y siete vuelta y ciento treinta y ocho se deja constancia que la asamblea acordó revocar el Consejo Directivo presidido por el señor Félix Churata Churata, por solicitud directa del propio Presidente, acordando además el nombramiento de una nueva Junta Directiva. Siendo esto así, no se probó la afirmación realizada por la actora;

3.4.- La Sala Civil absolviendo el grado, revocó dicha decisión y reformándola declaró fundada la demanda, precisando sustancialmente que el Presidente de la Asociación en el escrito de fojas ciento ochenta y seis (declaración asimilada según el artículo 221 del Código Procesal Civil), señaló lo siguiente: “para tal fin debido a que somos un pequeño grupo de asociados (...), la citación se les hizo llegar en forma personal con varios días de anticipación”; sin embargo, ello en modo alguno fue acreditado en autos, por cuanto el representante de la asociación no cumplió con presentar las esquelas de citación que permitan verificar que se cumplió con lo señalado en el Estatuto, extremo probatorio que no puede ser de cargo de la parte demandante, en vista que es la demandada quién se encuentra en mejores condiciones para acreditar tal extremo, debido a que dicha parte es la que realiza la convocatoria y por ello mismo es la que señala que cumplió con hacer la citación correspondiente dentro del plazo señalado en el estatuto y con el orden del día respectivo que se iba a tocar.

4.- Considerando: Primero: Que, el principal argumento que sostiene el demandado se encuentra referido al derecho constitucional del derecho a la prueba, atendiendo a lo dispuesto en el artículo ciento noventa y seis del Código Procesal Civil. Segundo: Que, el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política del Estado. En este sentido, una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos y comprende cinco derechos específicos: i) El derecho de ofrecer las pruebas en la etapa correspondiente, salvo las excepciones legales; ii) El derecho a que se admitan las pruebas pertinentes ofrecidas en la oportunidad de ley; iii) El derecho a que se actúen los medios probatorios de las partes admitidos oportunamente; iv) El derecho a impugnar -oponerse o tachar- las pruebas de la parte contraria y controlar la actuación regular de éstas; y, v) El derecho a una valoración conjunta y razonada de las pruebas actuadas, esto es, conforme a las reglas de la sana crítica.

Como se advierte, el derecho de prueba no sólo comprende derechos sobre la propia prueba, sino además contra la prueba de la otra parte y aún la actuada de oficio, y asimismo el derecho a obtener del Órgano Jurisdiccional una motivación adecuada y suficiente de su decisión, sobre la base de una valoración conjunta y razonada de la prueba. Tercero: Que, en este esquema, una de las garantías que asiste a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que permitan crear la convicción en el juzgador de que sus argumentos son los correctos. Sólo con los medios probatorios necesarios, el juzgador podrá sentenciar adecuadamente. Por ello, el vínculo entre prueba y tutela procesal efectiva es ineludible: la primera constituye un derecho-regla de la segunda; una verdadera garantía de su ejercicio. Cuarto: Que, se verifica de autos que la Sala Superior revocó la sentencia de primera instancia, sosteniendo que la parte demandada se encontraba en mejores condiciones para presentar las pruebas que acrediten que las Convocatorias a las Asambleas Generales Extraordinarias de los Asociados de la Asociación de Comerciantes el Baratillo Los Cuatro Suyos, se efectuaron en la forma y plazos que exigen los estatutos, sin tener en cuenta que conforme ha desarrollado en la sentencia materia del presente recurso extraordinario que el demandado se encontraba en calidad de rebelde. Quinto: Que, estando a lo expuesto, si bien es cierto que la prueba es la actividad procesal que tiene como objetivo alcanzar certeza en el juzgador, respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se deriva del convencimiento razonado del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos; también lo es que el juzgador tiene el deber esencial de hallar la verdad jurídica objetiva con una sentencia ajustada a la verdad real, por lo que en aplicación del artículo ciento noventa y cuatro del Código Procesal Civil, el juzgador en uso de sus facultades puede ordenar de oficio la actuación de los medios probatorios adicionales que considere conveniente; siendo así, a fin de resolver un conflicto y lograr la paz social en justicia, se considera necesario antes de resolver la presente *litis*, que se disponga la presentación de las esquadras de citación que permitan verificar que se cumplió con lo señalado en el Estatuto, así como tomar la declaración de las partes, a fin de acreditar la cantidad de socios hábiles al momento de la convocatoria a las indicadas Asambleas. Quinto: Que, este análisis pone en manifiesto que las sentencias expedidas en el presente proceso no se encuentran arregladas a derecho, pues si bien es cierto la carga de la prueba constituye un medio de gravamen sobre quien alega un hecho de manera que su incumplimiento determine la absolución de la contraria, también lo es que las pruebas deben ser

estudiadas en sus elementos comunes, en sus conexiones directas o indirectas. Ninguna prueba, deberá ser tomada en forma aislada, tampoco en forma exclusiva sino en su conjunto, por cuanto solo teniendo la visión integral de los medios probatorios se puede sacar conclusiones en busca de la verdad que es el fin del proceso, resultando amparable el recurso de casación en este punto, consiguientemente carece de objeto pronunciarse sobre las demás infracciones normativas; en consecuencia frente a la invalidez insubsanable de la sentencia de vista, corresponde disponer que el Juez de la causa emita nuevo pronunciamiento teniendo en consideración lo indicado en la presente resolución. 5.- DECISION: Por las consideraciones precedentes y conforme a lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 396 del Código Procesal Civil: MI VOTO es porque: Se declare FUNDADO el recurso de casación interpuesto a fojas seiscientos cuarenta y cinco por el demandado Félix Churata Churata, y en consecuencia NULA la sentencia de vista contenida en la resolución número 051 su fecha cinco de agosto de dos mil once de fojas seiscientos trece; e INSUBSISTENTE la sentencia apelada de fojas quinientos cincuenta y nueve, del veintitrés de septiembre de dos mil diez. Se DISPONGA el reenvío del proceso al Juez del Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, a fin de que emita nuevo pronunciamiento respecto al fondo de la controversia, conforme a las directivas de la presente resolución; y se ORDENE la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, conforme a ley; en los seguidos por María Jesusa Apaza Tiznado y otros contra Félix Churata Churata y otros, sobre Impugnación de Acuerdos; y los devolvió; S. HUAMANI LLAMAS.

A large, stylized graphic of a leaf or plant branch, rendered in shades of gray, occupies the right side of the page. It features several pointed, overlapping leaflets that fan out from a central stem-like base.

Capítulo 12

LOS PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PROCESALES,
ASPECTOS IMPERATIVOS Y ESENCIALES
PARA LA EXISTENCIA DE UN PROCESO

Los principios y garantías procesales, aspectos imperativos y esenciales para la existencia de un proceso

Joaquín Missiego Del Solar*

INTRODUCCIÓN

El proceso se constituye en la mejor garantía que tenemos todos y cada uno de los ciudadanos de un Estado para ser un espacio de discusión pacífica y equilibrada, donde las partes en discordia ponen en manos de un tercero imparcial la decisión de alguna controversia entre ambas. Por ello, la imperiosa necesidad de que durante el desarrollo de todo proceso afloren los principios y se respeten las garantías necesarias, donde las partes intervinientes no se sientan mermadas ni recortadas en sus derechos.

Sin la existencia de principios ni garantías; estaremos en cualquier escenario, menos en un proceso.

1. SOBRE LOS PRINCIPIOS Y GARANTÍAS DEL PROCESO

En torno al proceso giran una serie de principios y garantías cuyo mensaje principal lo encontramos a través de las siguientes ideas:

- Un juez imparcial. No solo en relación a las partes, sino en general; la imparcialidad judicial debe abarcar la independencia y libertad, dentro de los parámetros de la ley, para poder resolver.
- Igualdad de las partes. Desde épocas escolares nos han dicho que “todos somos iguales ante la ley”; pero si nos fijamos bien, esa igualdad recién se manifiesta en el proceso. Es evidente que la ley existe y se encuentra dirigida a todos, pero por ejemplo algunas

**Abogado de la Universidad de Lima, Profesor en Derecho Penal de la misma casa de estudios, miembro del consejo consultivo de la revista Avocatus (Perú), agente del estado peruano ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, profesor invitado en diversas universidades de latinoamericanas, conferenciante internacional en temas de Derecho Penal y Derecho Procesal.*

- personas en función a los cargos que puedan ocupar, pasan por filtros previos antes de la aplicación de la misma.
- Presunción de inocencia. Toda persona es considerada inocente hasta que judicialmente no exista una declaración que declare lo contrario. Véase que se habla de la necesidad de una declaración judicial y no de la frase típica “hasta que se pruebe lo contrario”. Una declaración judicial como la exigida, constituye una resolución que pone a fin un proceso en el cual han existido actos de investigación y juzgamiento, que han generado en el juzgador el convencimiento o no de la existencia de responsabilidad penal en la persona que ha sido materia de proceso.
 - En caso de duda se favorecerá al reo: implica que de no encontrarse fehacientemente acreditada la responsabilidad del sujeto cuestionado, no puede ser objeto de sanción.
 - La existencia de un plazo razonable. Es evidente que la justicia que tarda no es justicia, ni para el agraviado, ni para el propio investigado. No puede someterse a plazos indefinidos la duración de un proceso. La justicia que tarda no es justicia, ni para aquel que se acerca al órgano jurisdiccional y luego de largos años le dan la razón en su pedido, ni mucho menos para el otro que también luego de un largo plazo, se le da una palmada en la espalda y se le dice que no es responsable por los hechos que se le han juzgado en los últimos años.
 - Prohibición de revivir procesos fenecidos, conocida como la cosa juzgada. Un sujeto no puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos; lo que genera en las autoridades encargadas un serio compromiso en torno a una investigación prolija y adecuada. En pocas palabras no hay una segunda oportunidad.
 - El conocimiento del caso por un juez competente. El llamado juez natural, es decir, aquel que goza de la facultad legal para conocer y resolver un caso.
 - La imposibilidad de sanción sin juicio previo. No puede condenarse a una persona si previamente no ha sido objeto de un juzgamiento. No es factible que producido el supuesto de hecho o conducta prohibida se declare sin mediar un juicio, una sanción. Se le conoce como la necesidad de la existencia de un juicio previo o anterior.
 - No puede existir condena sin ley previa. Hablamos del principio de legalidad, el cual es un elemento básico y esencial dentro del desarrollo de todo proceso; las reglas de juego deben estar claras

desde un momento anterior a los hechos. Tampoco es factible aplicar sanciones no previstas que afecten a sujeto. Existe la posibilidad de aplicar sanciones menores a las pre establecidas, pero en ningún caso mayores.

- La necesaria comunicación entre el juez y las partes. Conocida como la inmediatez, donde quien va a resolver no solo toma contacto con las partes, sino además con las pruebas existentes en el proceso. Es imperativo el conocimiento global que debe tener el juez en relación a la persona a quien está juzgado y las razones por las que el caso es de su competencia.
- La publicidad del juicio. Implica la posibilidad de que todos tomemos conocimiento de la razón por la que uno de nuestros pares se encuentra siendo juzgado. A su vez, al propio interesado le permite la posibilidad de tener acceso, un acceso adecuado y libre, a los elementos que obran en autos.
- La motivación de las resoluciones. Las partes tienen todo el derecho no solo a obtener una respuesta del juzgador en torno a la controversia; sino además a que se les explique de manera clara la razón que conlleva a dicha decisión. Ello sirve además, para tener la opción de impugnar las resoluciones.
- La pluralidad de instancias. Toda persona que no se sienta conforme con lo resuelto, tiene todo el derecho de acudir al superior jerárquico a efectos de que la decisión inicial sea revisada y de ser el caso incluso hasta revocada.

2. ASPECTOS VINCULADOS AL RESPETO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Cuando preguntamos a cualquier persona ¿qué es lo que entiende por presunción de inocencia?, la respuesta común y mayoritaria que vamos a recibir es “toda persona es inocente mientras no se pruebe lo contrario”. Sin embargo, si le hacemos la misma pregunta a un abogado, la respuesta será “toda persona es inocente hasta que judicialmente se declare lo contrario”. La respuesta surge entre otros aspectos porque el abogado se ampara en la ley para contestar, el ciudadano de a pie se basa en una apreciación social que no es ni técnica, ni jurídica. Apreciamos por tanto una suerte de divorcio en torno a la apreciación y entendimiento de un vital y básico principio que debe regular no solo el proceso en sí, sino a las bases que han de regular la convivencia de las personas.

Es el caso en que una declaración judicial, como la ley señala, nos presenta una resolución que pone a fin un proceso en el cual, antes de la cesión final se han suscitado los actos de investigación y juzgamiento necesarios que motivan en el juzgador el convencimiento o no de la existencia de responsabilidad penal en la persona que ha sido materia de proceso. Dichos actos de investigación tienen por finalidad la obtención y acopio de pruebas; y, los de juzgamiento a la actuación y valoración de las mismas. Lo que se busca finalmente con las pruebas es crear en el juzgador la última convicción en relación a la existencia o no del hecho punible y de la responsabilidad o no del presunto autor.

Ahora bien, cabe preguntarse ¿desde qué momento prima la presunción de inocencia? ¿deberá ser respetada únicamente por los hombres de derecho o por todos en general? ¿es recién en la sentencia cuando debemos avocarnos a su cumplimiento o, debe estar presente desde el inicio de toda investigación?

En anteriores oportunidades hemos mostrado nuestra preocupación en relación al facilismo que existe hoy en día para imputar a cualquier persona de la comisión de hechos que ponen en duda su conducta, siendo señalada abierta y directamente como culpable de algún delito, cuando ni siquiera existe un proceso contra esta.

Con el avance científico hoy en día se ha logrado un valioso aporte e impacto dentro del desarrollo del proceso. Observamos y saludamos que la presencia de la tecnología se ha convertido en un importante elemento de apoyo y ayuda en la labor de los jueces, fiscales y abogados, tiene vital importancia en la búsqueda de respuestas a las interrogantes que cada caso nos presenta.

Los jueces necesitan de las pruebas que las partes aportan, se nutren de ellas, las cuales una vez actuadas y valoradas les permiten expresar su decisión final. Es en ese momento, en caso de que se produzca una condena, una vez firme y consentida la sentencia, cuando la presunción de inocencia desaparece.

Por un lado, las partes recurren a los peritos quienes con su conocimiento y/o experiencia sobre determinados temas en particular permiten con sus dictámenes, aportar elementos que lleven a la convicción del juez en los

temas que son de su conocimiento y es a través de una sentencia que el juez señalará si la persona es o no responsable penalmente de los delitos imputados. Los peritos ya no solo se basan en su conocimiento, sapiencia y experiencia, sino que además se respaldan de los propios adelantos que la ciencia les ofrece y les permiten sustentar y demostrar de la mejor forma sus conclusiones.

Sin embargo este importante avance ha traído también consigo que las comunicaciones se manifiesten y presenten en lo que se conoce como “tiempo real” y no sean solo los medios de comunicación, sino que también cualquier persona a través de las redes sociales dé a conocer, no solo a su localidad, sino al mundo entero cualquier acontecimiento. Es decir, sin interesar el lugar donde nos encontremos, podemos a los pocos segundos de sucedido un hecho tomar conocimiento al momento de lo que viene aconteciendo.

Surge de esta forma la exposición ante toda la opinión pública de un sin número de hechos, muchos de los cuales revisten indicios de naturaleza penal, pero que a diferencia de lo que pudiera acontecer en un proceso, la primera noticia del evento y de los presuntamente vinculados al mismo, resulta siendo una sobre exposición mediática y condenatoria de las personas que son mencionadas e involucradas en el tema, sobre quienes se afirma de manera categórica su autoría y participación en los hechos.

Quien aparece en algún medio de comunicación social sindicado o vinculado con algún hecho ilícito, resulta siendo socialmente culpable. Si mañana más tarde es absuelto, socialmente ya eso no tiene relevancia, no interesa; para la opinión pública es culpable, es lamentable, pero para la mayoría no interesa lo que diga el juez. Es cierto que el afectado puede iniciar las acciones legales contra aquel o aquellos que lesionaron su honor; pero de eso, poco o nada importa o trasciende en la opinión pública, salvo muy honrosas excepciones.

Cabe entonces la reflexión en torno a las preguntas anteriormente formuladas. Si la presunción de inocencia es un derecho y una garantía que solo es respetada por el mundo del derecho o si debe de extenderse ese respeto en todo el ámbito social; si la presunción de inocencia existe solo al momento de expedir sentencia o se presenta; o en todo caso, debe

presentarse bastante antes de la misma, para ser más puntuales, desde el inicio mismo de la difusión del hecho.

Es indudable que todo derecho y garantía abarca y debe importar a toda la comunidad y no solo a un grupo de integrantes de la misma, como es aquel que gira en torno al mundo jurídico. Resulta indiscutible que la presunción de inocencia es una garantía, un derecho, pero también es una obligación, la que surge de no señalar a nadie como culpable hasta que un juez declare a la persona como tal y, por ende, exige que la persona sea también tratada bajo tal presunción.

Es indudable que hoy en día se viene generando toda una corriente de cambios que vienen “constitucionalizando” al proceso buscando que el mismo se desarrolle en un marco de garantías tales que permitan finalmente transmitir seguridad a todos. En primer lugar al propio procesado, porque tendrá en claro que fue condenado o absuelto en un proceso en el que tuvo todas las oportunidades y posibilidades de participar ejerciendo ampliamente su defensa y con sus derechos respetados. Por otro lado a todos nosotros, como miembros de la sociedad donde tendremos la seguridad y tranquilidad que si uno de nuestros pares es expuesto ante la justicia, tendrá un proceso sobre el cual no cabrán cuestionamientos. Debe entenderse que una sentencia óptima, acorde a ley, fruto de todas las garantías del caso, le otorga seguridad al propio proceso.

3. CONSIDERACIONES EN TORNO AL ROL IMPARCIAL DEL JUEZ

Es imposible concebir un proceso donde no se tenga como premisa indispensable la exigencia necesaria de un juez imparcial, tal concepción no admite la menor discusión.

Sin embargo, en un proceso influenciado por el sistema inquisitivo donde se impone la presunción de culpabilidad sobre la de inocencia, donde además de las partes, es también el mismo juez quien se avoca a la búsqueda de pruebas y, cuando se analiza qué tipo de pruebas, hablamos en la gran mayoría de los casos de pruebas de cargo, hasta qué punto podemos hablar de la imparcialidad del juez.

Cuando un sistema como el inquisitivo, que permite de manera abierta que el juez busque las pruebas del delito, es decir, pruebas de cargo, lo que se hace es convertirlo en recolector de pruebas contra el investigado. Es

decir, el juez asume un rol de buscador de pruebas de la realización del delito, frente a ello, el imputado no solo tiene entonces al fiscal en la labor de recolección de pruebas contra él sino además al juez que finalmente va a decidir su suerte, puede ser que el mismo que investiga dicta sentencia. En tales circunstancias, la garantía de imparcialidad judicial queda en duda y no porque el juez quiera ser parcial, sino porque el sistema inquisitivo que dominaba la etapa de instrucción lo llevaba a ello.

La imparcialidad implica que el juez no tenga una función o intervención a manera de parte. El término “im” implica una negación, es decir “no” y, “parcialidad”, se refiere a “parte”. De manera muy simple la imparcialidad se resume en no ser parte y no serlo es entre otros aspectos, no comportarse como tal. Pero además de ello la imparcial debe abarcar la total independencia que debe tener un juez en el desarrollo de su función y la toma de decisiones.

4. EL ROL DEL FISCAL COMO DEFENSOR DE LA LEGALIDAD EN UN PROCESO CON GARANTÍAS

El fiscal si bien es cierto es parte en un proceso, no debe acusar por el simple hecho de ser fiscal. Debe hacerlo cuando se encuentra convencido de que las pruebas que fueron obtenidas en el desarrollo de la investigación, generan en él la certeza y el convencimiento en torno a la responsabilidad del sujeto procesado.

En tal sentido, siendo el *in dubio pro reo* una de las garantías de las que goza toda persona y que se encuentra estrechamente ligada a la presunción de inocencia, el fiscal solo deberá acusar, reiteramos, si se encuentra convencido de la responsabilidad penal, si no lo está, no deberá hacerlo.

Se habla de dos clases de acusación, la sustancial y la formal. La primera de ellas, la sustancial, implica que terminada la investigación, si las pruebas recabadas y actuadas llevan al fiscal a la convicción de la imputabilidad del inculcado, deberá acusarlo. Sin embargo también existe la llamada acusación formal en la cual el fiscal podrá acusar pese a que tenga dudas razonables sobre la responsabilidad del procesado.

Debe entenderse que la acusación es una solicitud de sanción que formula el fiscal al juez, en tal sentido, si estamos en un proceso penal es evidente que esa solicitud implica la posibilidad de la pérdida o restricción de la libertad

de una persona. Cabe cuestionar cómo se puede pedir que a una persona se le prive de su libertad si se tienen dudas sobre su responsabilidad penal, ¿acaso el *in dubio pro reo* es aplicable solo en la sentencia y no durante el proceso? El *in dubio pro reo* así como cualquier otra garantía, debe aplicarse durante todo el proceso, no solo en determinado momento.

5. EL PRINCIPIO ACUSATORIO, SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ Y LOS PRINCIPALES CAMBIOS QUE MOTIVA

El Tribunal Constitucional del Perú, citando a Juan Luis Gómez Colomer, se ha referido a los alcances del principio acusatorio a raíz de la sentencia en el Habeas Corpus 2005-2006-HC en la cual sostiene que:

La vigencia del principio acusatorio imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características: a) Que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada ésta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente; b) Que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada; c) Que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad.

A ello se suma la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal, bajo un modelo acusatorio adversarial, donde se aprecia una redistribución de las funciones de los sujetos procesales, principalmente en lo que respecta al fiscal y al juez. Solo el fiscal investigará, lo podrá hacer con el apoyo de la policía y de aquellos técnicos que puedan colaborar y ser útiles con la investigación; el juez ya no investiga, deja la función de instructor, queda como garante y luego otro juez distinto al primero, como juzgador. Es decir, habrá un juez durante la investigación, garante como hemos señalado, pero este no será el mismo que el del juzgamiento.

La investigación en el nuevo modelo tiene como objetivo reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa. Tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las

circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado.

Consideramos que basta con comparar los criterios y objetos de una investigación bajo un modelo inquisitivo y otra bajo el acusatorio para entender el cambio de mentalidad que es necesario entender en el proceso. Se trata pues de todo un cambio de mentalidad, no solo un cambio de norma o código.

La transición en torno a la aplicación real de un sistema a otro, implica todo un cambio de mentalidad, no solo hablamos de un cambio de norma por ello es importante que se entienda que los medios probatorios deben cumplir las exigencias necesarias para ser válidos, para ser útiles, que el respeto de las garantías procesales es indispensable no solo para el proceso, sino para la sociedad en general.

Una de las principales exigencias en todo proceso que se quiere catalogar de justo, es que el juez no puede ser tal y parte. Hemos visto que el sistema mixto, influenciado directamente por el sistema inquisitivo al ubicar al juez en un rol de instructor, en la práctica lo que hacía era convertirlo en un sujeto más que perseguía al procesado. Sin embargo, el sistema acusatorio influenciado con matices garantistas busca encontrar una investigación con una marcada orientación al equilibrio probatorio buscando determinar si la conducta incriminada resulta o no delictuosa; es decir, no existe el prejuicio previo que se notaba en la instrucción como consecuencia de la influencia del sistema inquisitivo en la misma.

Este último aspecto refuerza el pensamiento que tenemos en torno a la eficiencia que podrá observarse como consecuencia del nuevo modelo procesal. Como se ha referido, es necesario el cambio de mentalidad a efectos de motivar que la norma pueda cumplir su función, caso contrario, lamentablemente será un esfuerzo más por mejorar el sistema de justicia penal, pero no un remedio eficaz para la solución de las contiendas de naturaleza penal.

A través del nuevo sistema se pretende hacer más eficiente la tramitación del proceso; ello debe hacerse con suma cautela y prudencia, no por ir más rápido se va mejor, el vértigo nos puede llevar a perder precisión. Se presenta un modelo procesal que puede resultar más efectivo y eficaz, redefiniendo

los roles de los actores principales, quienes en la medida que entiendan la importancia de su misión, generaran un proceso dinámico y justo.

Debe tenerse en claro que las facultades y competencias constitucionales del juez son justamente las que le permiten asumir el rol de garante durante la investigación, garante, como se observa, viene de garantía.

Otro de los aspectos que nos parece positivo en el nuevo modelo procesal penal, lo vemos en lo que se refiere al control de la acusación. Ello porque como se ha señalado antes, le da la importancia debida al *in dubio pro reo* y no lo deja para el momento de la sentencia, sino como una garantía dentro del desarrollo del mismo proceso. Siguiendo con esta idea, es necesario tomar conciencia de que la acusación deberá ser lo suficientemente sólida y convincente para crear certeza en el juzgador y hablamos de certeza no solo para condenar, sino inclusive para dar paso al juzgamiento. En efecto, en el caso de que la acusación no convenza al juez, este podrá inclusive dictar un auto de sobreseimiento y no dar paso a la siguiente etapa. Por tanto, aquellas acusaciones formales o por imperio de ley, que eran costumbre en muchos casos, desaparecen del proceso y el alcance del principio *in dubio pro reo* no queda destinado a la sentencia, sino que se encuentra presente en todo el proceso. Es en la etapa intermedia del proceso donde se produce uno de los momentos de mayor importancia del mismo, aquel en el cual el Ministerio Público decide si formula acusación o solicita el sobreseimiento del proceso.

En tal sentido, si la acusación no genera convicción en el Juez, este tiene la potestad de sobreseer la causa; por tanto, la acusación dejó de tener el efecto vinculante que le conocíamos en el cual, producida la misma, el Poder Judicial dictaba un auto de enjuiciamiento programando el inicio del juicio oral. Este tema nos parece muy saludable para el proceso, no resulta ser justicia el ser acusado sin un convencimiento y sustento pleno por parte de la Fiscalía, tal como sucedía con las llamadas acusaciones por imperio de la ley, también conocidas como acusaciones formales, donde bajo el dominio de un pensamiento inquisitivo resultaba simple formular acusaciones sin un sustento probatorio suficiente.

Por ello, la importancia de un nuevo sistema procesal donde los roles de investigación y decisión se encuentren en distintos agentes, quienes independientemente de la distinta función que les corresponde, han de

desarrollar las mismas dentro de los parámetros que los principios y garantías que el proceso les exige.

6. CONCLUSIONES

El proceso debe ser un modelo de garantía y, la garantía es sinónimo de seguridad.

La presunción de inocencia de la que goza toda persona, no solo constituye un derecho para un imputado, sino además genera un deber en la sociedad.

El *in dubio pro reo*, es un principio a tenerse presente durante todo el proceso y no solo al momento de expedir una sentencia.

La obtención de las pruebas en el proceso penal debe realizarse respetando los procedimientos y garantías pertinentes, teniendo como finalidad determinar la existencia o no de responsabilidad.

La sanción no debe ser el objetivo, sino la consecuencia que surge a raíz del desarrollo de un proceso, donde con todas las garantías del caso, se ha llegado a demostrar indubitablemente la responsabilidad del imputado.

La imparcialidad del juzgador implica la verdadera libertad e independencia de este para emitir, dentro de los parámetros que la ley le propone, una decisión final a un conflicto entre partes.

BIBLIOGRAFÍA

Gozáni, O. A. (2004). El debido proceso. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.

García Toma, V. (2013). Derechos fundamentales. Lima: Editorial ADRUS.

Prado Saldarriaga, V. R. (2009). Nuevo proceso penal: reforma y política criminal. Lima: Idemsa.

Peña Cabrera, A. R. (2011). Manual de derecho procesal penal. Lima: Editorial San Marcos.

A large, stylized graphic of a leaf or branch, rendered in shades of gray, curves from the top right towards the bottom right of the page. The leaf has multiple parallel veins and a smooth, curved edge.

Capítulo 13

LA COSA JUZGADA IMPLÍCITA
Y EL DERECHO DE DEFENSA

La cosa juzgada implícita y el derecho de defensa

Dante Ludwig Apolín Meza *

INTRODUCCIÓN

Nadie discute hoy en día la importancia de la cosa juzgada como institución procesal que permite la estabilidad de las decisiones judiciales. El problema se presenta cuando se pretende extender los efectos de la cosa juzgada, no solo a la decisión sobre las pretensiones debatidas en el proceso, sino también a hechos o pretensiones que no fueron objeto de debate, ni de decisión, pero que pudieron serlo.

Estos pretendidos efectos de la cosa juzgada sobre “lo deducido y lo deducible”, que la doctrina italiana ha denominado “cosa juzgada implícita” (Allorio, 1964, págs. 174-175) nos llevaría a reformular instituciones procesales como la pretensión procesal, la acumulación de pretensiones, la congruencia procesal, entre otros, para guardar una coherencia lógica con aquel “tipo especial” de cosa juzgada. Además, podremos apreciar una tensión frente a garantías esenciales del proceso como el “contradictorio” y el denominado principio “dispositivo”.

De esta manera, en el presente trabajo analizaremos el ámbito de aplicación de la denominada cosa juzgada implícita y la tensión existente frente al principio del “contradictorio”.

1. CUESTIONES PREVIAS

1.1 El fundamento de la cosa juzgada

Desde un punto de vista práctico, resulta altamente probable que si las partes de un proceso supieran que la sentencia que resuelve la controversia no

**Elaborado por Dante Ludwig Apolín Meza, abogado peruano, egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú con estudios de Maestría en Derecho Procesal en dicha universidad y en la Universidad Nacional de Rosario en Argentina.
Correo dapolin@pucep.pe*

tiene el carácter de definitiva, emplearían todos los medios a su disposición para impugnarla o lograr una reparación por el daño que pudo haberles causado. Esta tentación de seguir discutiendo aquello que fue resuelto mediante sentencia, debido a la esperanza de obtener una resolución judicial que modifique la situación existente, haría interminable la actividad jurisdiccional impidiendo que el proceso y la función jurisdiccional cumplan su finalidad.

Ciertamente, el permitir que las partes puedan reabrir las controversias ya resueltas, con el objetivo de obtener una decisión “justa” implicaría que:

Ninguna sentencia significaría el fin de las controversias, y la inseguridad constituiría una perpetua amenaza; los jueces serían constantemente importunados con negocios resueltos mucho tiempo antes; nadie que venciera en el proceso podría estar seguro de no ser arrastrado a un nuevo procedimiento, por una misma cosa, a capricho de su contrario. Pero lo más peligro sería la posibilidad de fallos contradictorios sobre la misma cosa: un gran peligro que iría tanto en contra de los intereses de las partes como de la reputación de los tribunales. (Kish, 1940, págs. 258-259)

Por ello, se ha sostenido que el riesgo de proteger una resolución “injusta” bajo la autoridad de la cosa juzgada, resulta ser un mal menor frente a la “inseguridad del derecho” que sería insoportable (Rosenberg, 1955, Tomo II, pág. 449). Esta inseguridad y los perjuicios concretos que genera, nos lleva a una ineludible conclusión: que las sentencias finales adquieren aquella cualidad denominada “cosa juzgada”

Tan importante resulta la cosa juzgada, que constituye un elemento esencial sin el cual no es posible hablar de función jurisdiccional o de proceso. En este sentido, si el proceso tiene como objetivo la satisfacción de las pretensiones a través de la emisión de una sentencia, no será posible sostener que dicho objetivo ha sido cumplido si es que es posible renovar indefinidamente la discusión sobre las pretensiones, con lo cual el proceso y la función jurisdiccional carecerían de sentido frente a otras formas de solución de conflictos como la autotutela que resultarían más eficaces.

En consecuencia, el fundamento de la cosa juzgada es la seguridad jurídica y no la justicia de la decisión judicial, la cual puede o no estar presente en una sentencia. Es precisamente la inmutabilidad de la sentencia la que

evitará la discusión en torno a una misma pretensión procesal se prolongue de manera indefinida, o que vuelva a entablarse pese a que ya fue satisfecha, y de igual manera, evitará que se emitan sentencias contradictorias.

1.2 Los límites objetivos de la cosa juzgada

Por límites o alcances objetivos de la cosa juzgada, se entiende a todo aquello que resulta susceptible de esta última (cosa juzgada) en un proceso, en tal sentido, la concreta determinación de cuáles son los aspectos o contenidos de la sentencia que resultan susceptibles de gozar de esta cualidad nos permitirá establecer una regla general y sus excepciones.

En particular, consideramos que la cosa juzgada producirá sus efectos con relación a lo que se ha denominado objeto del litigio y de la decisión. “El precepto clásico en este sentido era el de que la cosa juzgada cubre todo cuanto se ha disputado” (Couture, 1985, pág. 426). Este objeto del litigio y de la decisión no es otro que la pretensión o pretensiones formuladas en la demanda o la reconvenición, las que van a constituir el objeto de debate entre las partes y vincularán al juzgador a efectos de que emita sentencia sobre dichas pretensiones, respetando el principio de congruencia. En consecuencia, el alcance o límite objetivo de la cosa juzgada estará determinado por las pretensiones que hayan sido objeto de pronunciamiento en la sentencia, ya sean de la parte demandante o de la reconviente, si fuera el caso.

De esta manera, estamos de acuerdo con Guasp cuando sostiene que:

La cosa juzgada no opera cuando el segundo proceso tiene un objeto distinto del primero. El objeto procesal auténtico lo constituye la pretensión de parte, sobre la que recaen las actividades de los diversos sujetos del litigio. Identidad objetiva entre dos o más procesos la hay, pues, cuando es la misma la pretensión procesal que en cada una figura. (1948, pág. 444)

Desde nuestra perspectiva, la pretensión procesal es el acto o declaración de voluntad por la cual se solicita la declaración y actuación del órgano jurisdiccional de acuerdo a los hechos señalados en la demanda. Nótese que para esta postura es tan importante el pedido concreto como los hechos o fundamentos que lo sustentan que, como veremos, se encuentran identificados como el objeto y la causa de la pretensión.

Esta perspectiva, tiene como precursor a Leo Rosenberg para quien la pretensión “debe definirse como la petición dirigida a la declaración de una consecuencia jurídica con autoridad de cosa juzgada que se señala por la solicitud presentada y, en cuanto sea necesario por las circunstancias de hecho propuestas para su fundamento” (1955, pág. 35-36).

Desde nuestro punto de vista, la pretensión procesal consiste en una petición dirigida al órgano jurisdiccional con el objeto de obtener de este la tutela jurisdiccional (ya sea declarativa, constitutiva, de condena o ejecutiva) frente a otro u otros sujetos, que deberá ser coincidente con la consecuencia jurídica solicitada y fundamentada en supuestos de hecho previstos en la norma jurídica de la cual es derivada dicha consecuencia jurídica. En otras palabras, la pretensión procesal implicará el pedido de una consecuencia jurídica establecida en una norma, pedido que deberá ser fundamentado en virtud a hechos que deberán ser coincidentes con el supuesto de hecho de la norma jurídica de la cual se hace derivar la consecuencia jurídica solicitada. Por ello, el pedido de aplicación de la consecuencia jurídica se traducirá en la solicitud de una forma concreta de tutela jurisdiccional respecto de un bien concreto, entendiendo bien desde un punto de vista amplio (Asencio, 1997, pág. 109).

Un problema distinto y mucho más relevante a efectos de establecer adecuadamente los límites objetivos de la cosa juzgada, consiste en determinar cuáles son los elementos que constituyen la pretensión (estructura) y en qué consiste cada uno de ellos. Por ello, cuando hablamos de “estructura”, nos referimos a aquella distribución y orden de las partes que componen un todo, es decir, a aquellos elementos que constituyen una entidad, por lo que es posible hablar de elementos constitutivos o estructurales. Asimismo, es posible también comprender como parte de una estructura a los “presupuestos”, como entidades externas y diferentes de la figura concreta, pero necesarias para su existencia.

De esta manera, consideramos que la estructura de la pretensión se encuentra formada, en primer lugar, por aquellos “elementos” que componen el interior de dicha institución, es decir, aquellos elementos que la conforman, diferencian e identifican. Estos elementos son la causa *petendi* y el *petitum*. En segundo lugar, también formarán parte de la estructura de la pretensión aquellos elementos que, sin componer su interior y por lo tanto sin identificarla ni diferenciarla, son necesarios para su existencia

siendo por ello indispensable su “preexistencia”. A estos últimos podemos denominarlos “elementos externos” o simplemente “presupuestos”. A partir de lo señalado, sostenemos que serán elementos de la pretensión tanto el objeto (*petitum*) como la causa (*causa petendi*), mientras que el llamado elemento subjetivo (los sujetos) será un presupuesto de la pretensión, ya que trata de una entidad ontológicamente distinta de la pretensión procesal.

Con relación al objeto o *petitum* de la pretensión este será, para algunos autores, aquel bien jurídico cuya protección o concesión se solicita al juzgador (Serra, 1969, p. 326); para otros, será la prestación que se reclama o sea el derecho, la medida, la ventaja o la situación jurídica que se demanda y no la cosa corporal sobre la cual puede recaer la pretensión (Dorantes, 1986, págs. 278-279). De otro lado, se ha señalado que el objeto consistiría en el pedido concreto, es decir, aquello que en el campo de la realidad el pretensor quiere que sea una actuación de lo pretendido (Monroy, 1996, pág. 274). Nosotros consideramos, de acuerdo con el profesor español Asencio Mellado (1997, pág. 112) que el objeto de la pretensión, no solo consiste en la realización de un pedido concreto, sino esencialmente en la solicitud de una “consecuencia jurídica” prevista en el ordenamiento jurídico, la cual necesariamente deberá estar sustentada en la afirmación de un supuesto de hecho.

En tal sentido, teniendo en cuenta la definición de objeto o *petitum* de la pretensión, la *causa petendi* ha sido entendida, por lo general, como el fundamento o la razón de la pretensión (Costa, 1945, pág. 264). Sin embargo, consideramos que la *causa petendi* es, en esencia, la razón que motiva la solicitud de una “consecuencia jurídica” concreta, por lo que será necesario que la causa de dicho pedido sea también “jurídica”. Por ello, coincidiendo con un gran sector de la doctrina (Ezquiaga, 2000, pág. 54), sostenemos que la *causa petendi* se encuentra conformada por supuestos de hecho a partir de los cuales se podrá derivar lógicamente la consecuencia jurídica solicitada. Es por ello que los denominados fundamentos de hecho o la simple narración de hechos no constituye la *causa petendi*. Al respecto, Chioventa sostenía que:

No cualesquier hecho deducido en juicio puede tener importancia para la determinación de la causa. Entran en juego aquí únicamente los hechos jurídicos, es decir, aquellos que son los únicos que pueden tener influencia en la formación de la voluntad concreta de la ley. Cuando se cambia el simple hecho

o motivo (...), pero para deducir de él el mismo hecho jurídico, no hay diversidad de acción; no hay cambio de demanda y persiste la excepción de cosa juzgada. (1948, pág. 371)

Asumir otras concepciones con relación a la definición de la causa de la pretensión, como aquella que sostiene que esta se encuentra conformada simplemente por los hechos o situaciones fácticas, genera grandes problemas con relación a la determinación de los límites objetivos de la cosa juzgada, ya que en este caso el juez se encontraría obligado a realizar una labor inmensa que consistiría en subsumir la narración fáctica de la controversia en todos los supuestos de hecho normativos posibles, por lo que de rechazarse una demanda, se debería entender que se ha rechazado la posibilidad de que tal narración fáctica de la controversia sea subsumible en cualquier supuesto de hecho que existe en el ordenamiento jurídico, pese a que jamás se haya discutido tal situación, lo cual resultaría inaceptable.

1.3 Efectos negativos y excluyentes de la cosa juzgada

Hemos señalado en los puntos precedentes que, desde un punto de vista práctico, resulta altamente probable que si las partes de un proceso supieran que la sentencia que resuelve la controversia no tiene el carácter de definitiva o inmutable, estarían tentados a seguir discutiendo aquello que fue resuelto mediante sentencia, debido a la esperanza de obtener una resolución judicial que modifique la situación existente. Este escenario haría interminable la actividad jurisdiccional impidiendo que el proceso y la función jurisdiccional cumplan su finalidad. De esta manera, cuando el vencido busca, a través de inicio de un nuevo proceso judicial, conseguir aquello que le fue negado en el proceso anterior, surge la necesidad de oponer la cosa juzgada existente, con la finalidad de evitar que el nuevo proceso continúe y se afecte la seguridad jurídica.

Esta consecuencia jurídica concreta, que consiste en la conclusión del nuevo proceso en el que se han formulado las mismas pretensiones, ya juzgadas en un proceso previo, se le conoce como el efecto negativo y excluyente de la cosa juzgada, ya que niega y excluye la posibilidad de dar inicio válido a un nuevo proceso sobre las mismas pretensiones, es decir, se vincula al principio *non bis in idem*.

Según Andrés de la Oliva y Miguel Ángel Fernández:

La vinculación que la cosa juzgada entraña se proyecta de dos formas distintas. La primera y la más elemental, cuando se promueve un proceso con el mismo objeto ya decidido mediante resolución o sentencia firme en un proceso anterior. En este caso, la vinculación de la cosa juzgada consiste en obligar al juzgador del segundo proceso a ponerle fin, a la mayor brevedad posible, porque, como es patente, el segundo proceso, es más que inútil (la cuestión ya juzgada), perjudicial (no se puede condenar por segunda vez al anteriormente condenado ni condenar al que, respecto del mismo litigio, resultó absuelto antes, ni siquiera absolverá la que, siempre respecto de lo mismo, fue primero condenado). Y si el proceso no se puede yugular, se ha de excluir o evitar, al menos, una nueva sentencia sobre ese mismo objeto. (1990, pág. 162)

Este efecto negativo es inherente a la autoridad de cosa juzgada, y la manera como se hace valer dentro de un proceso judicial es deduciendo la excepción de cosa juzgada o de oficio, según cada ordenamiento procesal.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: LA COSA JUZGADA SOBRE LO NO PRETENDIDO Y LO NO RESUELTO

Como hemos señalado, por regla general, el alcance o límite objetivo de la cosa juzgada estará determinado por las pretensiones que hayan sido objeto de pronunciamiento en la sentencia, ya sean de la parte demandante o de la reconviniente si fuera el caso. No obstante ello, existe una posición en la que dicho alcance o límite de la cosa juzgada pretende ser ampliado.

Esta ampliación de los límites objetivos de la cosa juzgada se ha venido a denominar “cosa juzgada implícita” y consistiría en que la cosa juzgada produciría sus efectos, inclusive, sobre pretensiones que no fueron formuladas por las partes (y por lo tanto, sobre materias que nunca constituyeron objeto de debate) y que tampoco fueron objeto de pronunciamiento expreso por parte del juez en la sentencia, siempre que dichas pretensiones pudieron ser formuladas en el mismo proceso.

De este modo, el alcance o límite objetivo de la cosa juzgada alcanzaría no solo a aquellos temas que fueron materia de debate, sino también a aquellos que eventualmente pudieron ser debatidos y no lo fueron, impidiendo que en un nuevo proceso alguna de las partes pueda formular aquellas pretensiones

“no deducidas, pero deducibles” en el proceso precedente, oponiendo válidamente los efectos negativos y excluyentes de la cosa juzgada en el nuevo proceso sobre pretensiones que no fueron objeto de debate, ni objeto de decisión en la sentencia del proceso precedente.

Esta postura ha sido reconocida legislativamente en el artículo 400 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, que establece lo siguiente:

Artículo 400°. Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos.

1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior.

La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación.

2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste.

Según la legislación española, se estarían considerando los efectos negativos y excluyentes de la cosa juzgada respecto a todo “lo deducido” y “lo deducible” en el proceso, así no haya sido objeto de debate, ni de decisión.

Teniendo en cuenta esta postura que reconoce a la denominada cosa juzgada implícita, podemos describir, a manera de ejemplos, en qué casos podría alegarse esta forma particular de cosa juzgada.

- Procesos en los que se formulan pretensiones constitutivas, donde existan diversas causas o títulos no alegados para producir la misma consecuencia jurídica o *petitum*. Este es el caso del proceso de A contra B en el que se formula como *petitum* la nulidad de un acto o negocio jurídico y, como *causa petendi*, se fundamenta el “fin ilícito” como hecho jurídico constitutivo. Si junto a este hecho jurídico constitutivo o *causa petendi* fuera también posible

solicitar la nulidad en virtud de otros hechos jurídicos constitutivos o causales de nulidad que se derivan de otras situaciones fácticas como, por ejemplo, “que no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad”, llegaríamos a la conclusión estos nuevos “hechos jurídicos constitutivos” o nuevas causales de nulidad “pudieron” ser alegadas en dicho proceso y al no haber sido así, el sujeto A no podría iniciar un nuevo proceso (en caso se haya desestimado el anterior) en el que solicite la nulidad por la causal no alegada, ya que el sujeto B podría formular válidamente la excepción de cosa juzgada, produciéndose los efectos negativos y excluyentes de la cosa juzgada.

- Procesos en los que se formulan pretensiones constitutivas, donde los hechos pueden ser subsumidos de diversos supuestos de hecho normativos.

Este es el caso del proceso de A contra B en el que se formula como *petitum* la disolución del vínculo matrimonial (divorcio) y, como *causa petendi*, se fundamenta el “adulterio” como hecho jurídico constitutivo. Si los hechos que describen la controversia, pudieran ser subsumibles en otras causales de divorcio, como la “conducta deshonrosa que hace insoportable la vida en común” u otra causal que regule cada ordenamiento jurídico en particular, llegaríamos a la conclusión estos nuevos “hechos jurídicos constitutivos” o nuevas causales de divorcio “pudieron” ser alegadas en dicho proceso y al no haber sido así, el sujeto A no podría iniciar un nuevo proceso (en caso se haya desestimado el anterior) en el que solicite el divorcio por la causal no alegada, ya que el sujeto B podría formular válidamente la excepción de cosa juzgada, produciéndose los efectos negativos y excluyentes de la cosa juzgada.

- Procesos en los que se hubiera podido formular pretensiones contradictorias de manera subsidiaria o subordinada.

Este es el caso del proceso de A contra B en el que se formula como *petitum* la nulidad de un acto o negocio jurídico y como *causa petendi*, se fundamenta la “simulación absoluta” como hecho jurídico constitutivo. Si junto a este hecho jurídico constitutivo o *causa petendi* fuera también posible solicitar la ineficacia o inoponibilidad del mismo acto o negocio jurídico alegando como hecho jurídico constitutivo el “fraude al acreedor” (acción pauliana), llegaríamos a la conclusión de que esta última pretensión “hubiera podido” ser formulada en

dicho proceso de manera “subsidiaria o subordinada” para que, en el caso que la pretensión de nulidad sea desestimada, el juzgador se pronuncie respecto de la pretensión subsidiaria o subordinada y al no haber sido propuesta de esta manera, el sujeto A no podría iniciar un nuevo proceso (en caso se haya desestimado el anterior) en el que solicite la ineficacia o inoponibilidad del acto o negocio jurídico alegando el fraude al acreedor, ya que el sujeto B podría formular válidamente la excepción de cosa juzgada, produciéndose los efectos negativos y excluyentes de la cosa juzgada.

3. CRÍTICAS A LA TEORÍA DE LA “COSA JUZGADA IMPLÍCITA

Sostener que cosa juzgada se extiende no solo a aquello que fue materia de debate y objeto de decisión en la sentencia, sino también a pretensiones que no fueron formuladas en la demanda y no fueron objeto de pronunciamiento por parte del juez, nos lleva a una contradicción inicial frente a lo que pacíficamente se entiende por cosa juzgada. En efecto, si la cosa juzgada existe únicamente si un juez ha “juzgado”, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿cómo puede existir cosa juzgada sobre aspectos no juzgados? Evidentemente no podrá existir cosa juzgada sobre lo “no juzgado”, lo que constituye una verdad de Perogrullo:

Hablar de cosa juzgada sobre lo deducible es hablar de hechos y fundamentos jurídicos que no han sido alegados por las partes –pudiendo hacerlo-. Lo cual significa que el tribunal no debe pronunciarse sobre esos hechos o fundamentos, ni de forma expresa, ni de forma tácita, pues de lo contrario incurriría en un vicio de incongruencia por desviación. Pero si no hay pronunciamiento, ni expreso, ni tácito, no puede decirse que exista cosa juzgada, ni expresa, ni implícita. (De Padura, 2002, pág. 97)

Teniendo en cuenta esta contradicción evidente, algunos autores españoles han sostenido que la imposibilidad de iniciar un nuevo proceso en el que se formulen las pretensiones que pudieron ser formuladas en el proceso precedente, no se sustenta en los efectos negativos de la cosa juzgada, ya que ésta no existe, sino en la “preclusión” de alegaciones y de hechos. (De Padura, 2002, pág. 70)

Este cambio de denominación, si bien puede solucionar la contradicción teórica que existe en la denominada “cosa juzgada implícita” no soluciona

los problemas que se han podido percibir en los ejemplos descritos en el punto anterior.

Como es de pleno conocimiento, los intereses que se tutelan en el proceso civil son privados y disponibles, por lo que no cabe duda en calificar como “privado” el carácter del objeto del proceso. Este carácter privado del objeto del proceso, implica que únicamente las partes tienen la facultad de disponer de él, formulando pretensiones, modificando las pretensiones formuladas, desistiéndose de ellas o satisfaciéndolas mediante algún acuerdo autocompositivo privado.

Si las partes tienen la libertad de determinar el objeto del proceso, formulando las pretensiones que deseen, resulta claramente incompatible con este carácter privado el establecer una carga que consista en que el demandante deba formular todas las “eventuales” pretensiones que “podrían” deducirse en un proceso contra el mismo demandado, derivadas de la misma relación jurídica material. El incumplimiento de esta carga (que resulta aún más gravosa si se impone de *lege ferenda*), impedirá que el demandante pueda iniciar un nuevo proceso con aquellas pretensiones que pudo formular en el proceso precedente (en caso se hayan desestimado las pretensiones). Estaríamos, en la práctica, frente a una ficción jurídica que consiste en la desestimación de todas las pretensiones que pudo hacer deducido en el proceso precedente.

Frente a la vigencia de la cosa juzgada implícita, los procesos serían mucho más complejos, ya que los demandantes estarían más que tentados a sostener diversas *causas petendi* para obtener la consecuencia jurídica solicitada (*petitum*), dichas *causas petendi* se alegarían, aun cuando no se tenga certeza de su eficacia para generar la consecuencia jurídica solicitada. Este es el caso de la controversia entre el sujeto A y B. El sujeto A está convencido de demandar al sujeto B y formular una pretensión con la siguiente estructura: solicitar, como *petitum*, la nulidad de un acto o negocio jurídico y como *causa petendi*, fundamentar el “fin ilícito” como hecho jurídico constitutivo. Sin embargo, frente a la vigencia de la cosa juzgada implícita, su abogado le recomendará alegar todas las causales de nulidad reguladas en las normas vigentes, aun cuando, en ese momento no se tengan los argumentos para ello, o en su caso, subsumir los hechos en todas las causales de nulidad posibles, ya que de lo contrario no sería posible iniciar un nuevo proceso (en caso de perder el primer proceso) formulando las

pretensiones que no fueron substanciadas. Evidentemente esta situación afecta el carácter privado del objeto del proceso, afectando con ello, la esencia misma de lo que debe entenderse por proceso.

4. LA VULNERACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA

El derecho de defensa y su expresión concreta en el proceso a través del contradictorio ha sido reconocido por la doctrina como un elemento que identifica al proceso mismo (Monroy, 1996, pág. 83), teniendo en consideración que la dialéctica procesal se encuentra constituida por la afirmación de un derecho o realidad (tesis), una negación (antítesis), y una síntesis que parte necesariamente de lo expresado por las partes. No debemos olvidar que el proceso es un método de debate jurídico por lo que el derecho defensa adquiere una importancia vital que, en la práctica, define lo que significa el proceso.

Si bien es cierto que el proceso es un instrumento de satisfacción de pretensiones por medio de la tutela de las situaciones jurídicas subjetivas, es al mismo tiempo un instrumento a través del cual se ejerce un poder (poder que es ejercido a través de un procedimiento), el cual será válido en la medida en que se haya realizado en contradictorio (Comoglio, 1997, pág. 744).

De esta manera, el contenido mínimo del principio del contradictorio no se agota con la consagración de la denominada bilateralidad de los actos procesales y la correlativa posibilidad de contradecirlos, sino que en algunos casos incluye la necesidad de que los actos judiciales y su formación dependan de la efectiva participación de las partes (Alvaro de Oliveira, 2002, pág. 20), por ello resulta de suma importancia que los interesados deban tomar conocimiento oportuno de todas las alegaciones o argumentos que se consideren aplicables al caso (Ezquiaga, 2000, pág.31)

En el caso concreto, la vigencia de la cosa juzgada implícita afecta diversas manifestaciones del derecho de defensa, ya que con relación a una sentencia que desestima una pretensión concreta, podría afirmarse la existencia de cosa juzgada no solo respecto a la pretensión desestimada, sino también respecto de todas las pretensiones que “pudieron” ser formuladas en el proceso, conforme a los ejemplos propuestos en este trabajo. Estas otras pretensiones no formuladas en el proceso precedente se entenderían

también desestimadas, lo que producirá importantes efectos sustanciales colocando en indefensión a las partes, quienes más allá de los intereses sustanciales que cada una de ellas persiga, no tuvieron la oportunidad de alegar, ni probar. Estos efectos sustanciales se generaron sin participación alguna de las partes, por lo que el contradictorio natural de todo proceso se ve afectado.

Es posible también advertir la probabilidad de que en un caso concreto, la parte demandada tenga un claro interés en oponerse y contradecir una pretensión con una determinada *causa petendi*, sin embargo, estaría dispuesta a reconocer una pretensión con una *causa petendi* distinta no alegada en el proceso. Evidentemente el demandado no estaría en posibilidades de reconocer una *causa petendi* no alegada, sin embargo, la teoría de la cosa juzgada implícita impediría el inicio de un nuevo proceso en el que se formule la pretensión que el demandado desea reconocer.

Este el caso del proceso de A contra B en el que se formula como *petitum* la nulidad de un acto o negocio jurídico y como *causa petendi* se fundamenta el “fin ilícito” como hecho jurídico constitutivo. El demandado en este proceso no desea reconocer el fin ilícito del acto o negocio jurídico, por lo que niega su existencia. Sin embargo, es posible que el demandado sí esté dispuesto a reconocer una pretensión de nulidad que tenga como *causa petendi* una causal distinta (por ejemplo, que el acto “no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad”). Evidentemente el demandado no podrá reconocer esta nueva pretensión, si es que no se la formulan contra él. El problema consiste en que, aplicando la teoría de la cosa juzgada implícita, no sería posible formular la nueva pretensión contra el mismo demandado ya que (en caso se desestime la primera pretensión) existiría cosa juzgada, situación que es observable inclusive de oficio por parte del juez. Situaciones como ésta se pueden presentar en la práctica, cuando se trata de otorgar al proceso una finalidad política o pública, ajena a la razón de ser del proceso, el cual es un método de debate jurídico al servicio de los particulares.

5. ¿EXHAUSTIVIDAD DEL JUEZ O DE LAS PARTES?

La aplicación de la teoría de la cosa juzgada implícita no solo impone a la parte demandante, de manera indebida e innecesaria, la carga de formular o alegar todas las *causa petendi* que sean posibles de formular y alegar, sino

que además puede producir un efecto aún más perjudicial, afectando las garantías mínimas de un proceso.

Si el juez tiene la certeza de que el demandante no tiene la razón para solicitar la disolución del vínculo matrimonial basado en una determinada *causa petendi* (causal de divorcio “x”), pero sí tiene la certeza de amparar el *petitum* en base a una *causa petendi* distinta (causal de divorcio “y”) que no fue alegada en el proceso y por lo tanto estará implícitamente desestimada, entonces el juez estará tentado a declarar fundada la demanda sustentando su decisión en la *causa petendi* no alegada por el demandante, afectando con ello la congruencia procesal, el derecho de defensa del demandado y el derecho a un juzgador imparcial.

Quizá el juez se encuentre tentado a reconducir las pretensiones del demandante, alegando indebidamente ser “director” del proceso, afectando con ello el carácter privado del objeto litigioso. Esta situación podría ser mucho más grave que la preclusión a las partes, sustentada en la teoría de la cosa juzgada implícita.

6. ASPECTOS DONDE COSA JUZGADA IMPLÍCITA NO AFECTA EL DERECHO DE DEFENSA

Habiendo concluido que la aplicación de la teoría de la cosa juzgada implícita afecta algunas manifestaciones del derecho de defensa, así como el carácter privado del objeto litigioso, consideramos que existirán algunas situaciones en las que no habrá vulneración a estos derechos y, por lo tanto, podremos considerar válido que aun no existiendo un pronunciamiento explícito en la parte dispositiva de la sentencia con relación a una pretensión “no deducida”, sea posible sostener la extensión de la cosa juzgada a dichos aspectos “no deducidos”. En efecto, en estos casos excepcionales es posible sostener que, en realidad, sí ha existido un pronunciamiento sobre los aspectos sustanciales de la pretensión “no deducida”, conforme veremos a continuación.

Un primer caso en que podría operar la cosa juzgada implícita, sería el de las pretensiones meramente declarativas destinadas a determinar la existencia o inexistencia de ciertos hechos con relevancia jurídica. Este es el caso de una pretensión de declaración de inexistencia de una relación jurídico material interpuesta por A contra B. Si el juez emite una sentencia estimatoria

y luego, en un segundo proceso, B demanda a A la declaración de existencia de la misma relación jurídica, resulta claro que el demandado podrá deducir la excepción de cosa juzgada y lograr que esta sea amparada, ya que si bien no ha existido un pronunciamiento explícito en torno a la existencia de la relación jurídica, la inexistencia declarada implica necesariamente la imposibilidad de intentar discutir nuevamente la existencia de dicha relación jurídica ya que se trata de dos caras de la misma moneda. Debe tenerse en cuenta que las partes debatieron y el juez se pronunció respecto a la inexistencia, es decir, consideró que existe certeza de que la relación jurídica no existe y si esto es así, ¿cómo podría evaluarse en otro proceso la existencia y negar directamente la inexistencia declarada? Esto resulta de esta manera ya que la cosa juzgada se extiende a lo implícitamente negado por la afirmación contenida en la sentencia y a lo implícitamente afirmado por la negación que pudiera declararse.

Esto significaría que:

Si <<A>> entonces no <<no A>> (A = no <<no A>>). Si <<no A>> entonces no <<A>> (<<no A>> = no <<A>>). Esta igualdad es un principio lógico y metafísico que se conoce con el nombre de principio de contradicción. Una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto. (De Padura, 2002, pág. 100)

Otros casos en los que puede resultar válido sostener la aplicación de la cosa juzgada implícita, se presentaría en aquellos casos en los que desestiman pretensiones y luego se inicia un nuevo proceso en el que se solicita una cuestión accesoria que comparte la misma *causa petendi* con la pretensión desestimada en el proceso precedente. Ocurrido esto, resulta claro que al existir identidad de causas de pedir, todo lo que se debatiría y analizaría en el nuevo proceso ya fue debatido y analizado por el juez del proceso precedente, lo que podría generar una situación de contradicción absoluta.

Este es el caso en el que se formula una pretensión en la que se solicita el cumplimiento de una obligación de dar una suma de dinero. En dicho proceso el juez dicta una sentencia desestimatoria debido a que la obligación quedó extinguida antes que se inicie el proceso. En un nuevo proceso el demandante perdedor, ¿podrá plantear una pretensión en la que solicite el pago de los intereses derivados de la obligación? Creemos que no es posible, ya que la *causa petendi* que se alega para el pago de los intereses ya fue

objeto de pronunciamiento judicial en el proceso precedente. ¿Cómo sería posible debatir y analizar nuevamente la existencia de la obligación si fue ya debatida y analizada en el proceso anterior? Evidentemente el considerar que existe cosa juzgada implícita sobre estas cuestiones accesorias que comparten la misma causa de pedir, no afecta el derecho de defensa ya que el demandado ha podido discutir y oponerse a la *causa petendi* de la pretensión del primer proceso que resulta idéntica a la *causa petendi* del nuevo proceso.

7. CONCLUSIONES

Conforme a lo desarrollado, la cosa juzgada se extiende a la sentencia que se pronuncia sobre las pretensiones deducidas. En tal sentido, el considerar que la cosa juzgada pueda extenderse inclusive a las pretensiones no deducidas en el proceso, pero que pudieron ser propuestas por su estrecha vinculación, afecta el derecho de defensa y el carácter privado del objeto litigioso, generando problemas innecesarios. No obstante ello, es posible considerar que existirá cosa juzgada sobre aspectos que no fueron objeto de pronunciamiento explícito en la parte resolutive o dispositiva de la sentencia, pero que sin embargo fueron debatidos y analizados por el juzgador, como es el caso de las pretensiones meramente declarativas destinadas a determinar la existencia o inexistencia de hechos jurídicos o el caso de las cuestiones accesorias que comparten la misma *causa petendi* que la pretensión principal resuelta de un proceso precedente.

BIBLIOGRAFÍA

- Allorio, E. (1964). Problemas de derecho procesal. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Europa – América.
- Alvaro de Oliveira, C. A. (2002). A garantia do contraditório. Revista Peruana de Derecho Procesal, (5), 11-23.
- Asencio Mellado, J. M. (1997). Derecho Procesal Civil. Parte primera. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Chiovenda, G. (1948). Instituciones de Derecho Procesal Civil. Vol. I. 2 ed. Madrid: Revista de Derecho Privado.

- Comoglio, L. P. (1997). *Difesa e Contraddittorio nei Procedimenti in Camera di Consiglio*. Rivista di Diritto Processuale, Año LII, CEDAM, Padova.
- Costa, S. (1945). *Causa Petendi*. Jus (86).
- Couture, E. (1985). *Estudios de derecho procesal civil*. Tomo III. Buenos Aires: Ediar.
- De La Oliva, A. & Fernández, M. A. (1990). *Derecho procesal civil*. Volumen II. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- De Padura Ballesteros, M. T. (2002). *Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Dorantes Tamayo, L. (1986). *Elementos de teoría general del proceso*. 2 ed. México: Porrúa.
- Ezquiaga Ganuzas, F. J. (2000). *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*. Valladolid: Lex Nova.
- Guasp, J. (1948): *Los límites temporales de la cosa juzgada*. Anuario de Derecho Civil 1 (2), 435-472.
- Kisch, W. (1940). *Elementos de derecho procesal civil*. Traducción de la cuarta edición alemana por L. Prieto-Castro. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Monroy Gálvez, J. (1996). *Introducción al proceso civil*. Bogotá: Temis.
- Rosenberg, Leo. (1955). *Tratado de derecho procesal civil*. Tomo II. Traducción de Ángela Romero Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Serra Domínguez, M. (1969). *Estudios de derecho procesal*. Barcelona: Ariel.

A large, stylized graphic of a leaf or branch, rendered in shades of gray, curves from the top left towards the bottom right, framing the text.

Capítulo 14

LOS DILEMAS ÉTICOS DE UN JUEZ
Y SU IMPARCIALIDAD JUDICIAL

Los dilemas éticos de un juez y su imparcialidad judicial

Néstor Henry Gutiérrez*

Todo el Mundo miente, los policías mienten, los testigos mienten, las víctimas mienten. Un juicio es un concurso de mentiras y, en la sala todos lo saben, hasta el mismo juez. Entran a la audiencia, toman asiento y aceptan que les mentarán. Cuando empieza la audiencia, el truco es ser paciente. Esperar. No a cualquier mentira, sino a aquella a la que puedes aferrarte y usarla como hierro candente para fraguar una daga. Después usas esa daga, para desgarrar el caso y desparramar la bautizada "Sentencia". Ése es el trabajo del Juez: forjar la daga. Afilarla. Usarla sin misericordia ni cargo de conciencia. Ser imparcial, imparcial e independiente, en un sitio donde todo el Mundo miente".¹

Dicho esto, empecemos a desglosar las melodías rítmicas del presente libreto.

INTRODUCCIÓN

Hablar de un juez es como hablar de los grandes problemas que ocurren en el mundo, es hablar de la pobreza, de la prostitución, de la política, de la religión, de los pecados capitales, etc. Y aquende, me recuerda a un

*Autor de Nacionalidad Peruana. Presidente de la sección Juliaca del Instituto Panamericano de Derecho Procesal (Capítulo – Perú). Discente de la Maestría en Derecho Procesal (Cohorte 17) que dirige Adolfo Alvarado Velloso en la Universidad Nacional de Rosario – República de Argentina. Especializado en Técnicas de Litigación Oral por ITESIS (Medellín – Colombia). Discente de Maestría de la EPG – UANCV con mención en Derecho Procesal Penal – República del Perú. Abogado por la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez. Profesor de la Universidad Alas Peruanas (Filial – Juliaca) de los Cursos: Criminalística, Derecho Procesal, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal. Consultor principal del Estudio Jurídico Gutiérrez - Miranda Abogados. Perito Criminalístico y Dactiloscópico por el Instituto Nacional de Criminalística y seguridad de Lima (INCRIS). Presidente y Miembro Titular (2013) del Instituto de Altos Estudios Jurídicos para el Mejor Desarrollo del Derecho Procesal (IDEP). Director de las Revistas: "Herejías Procesales Garantistas" – "Temas en Derecho Procesal" y "Revista Jurídica de Derecho Procesal". Expositor, Conferencista y Autor de artículos en Derecho Procesal.

Correo electrónico: gutierrezmirandaabogados@hotmail.com

¹Algunas son frases de Michael Connelly de su libro "El Veredicto". Empero, para efectos del presente trabajo, el autor ideó nuevas frases para que hagan conexión con el tema que se está abordando.

maravilloso vídeo² que vi en mi paso por la ciudad Imperial de Cusco, ciudad denominada por los historiadores: “Ciudad de los Incas y Ombligo del Mundo”. Era uno de esos vídeos que te hacían ser más abogado, más profesional y, al verlo, pude apreciar una cinta llena de esperanza, de regocijos, virtudes, aspiraciones, defectos, ambiciones, fortalezas y corrupción. Empero, lo que más me conmovió fue ver a un abogado hecho juez frente a los dilemas que plantea la vida. Aquella vida, de un magistrado, frente a los litigios en el estrado de un poder judicial. En el vídeo se puede apreciar a un joven abogado, con pocos años de experiencia laboral (como abogado independiente), de nombre César Montalvo (Juez de Instrucción – Proceso Sumario – CPP de 1940) y que ocupa el cargo de juez producto de una recomendación que le asigna su profesor de Derecho de universidad de nombre Alfredo Rivasplata (Vocal Supremo). En consecuencia, la radiografía del vídeo se basa en la situación complicada del novel juez cuando se enfrenta en la resolución de una controversia del llamado caso “Leo”. Controversia que ameritaba la calidad de “no ser archivada”. Pero, como el diablo todo lo añasca y otorga debilidades frente a los goces dinerarios, regocijos, ascensos y condecoraciones (ello producto de la corrupción), aparece su profesor (que le había recomendado para ocupar el cargo de Juez Suplente) para decirle que “archive” el caso materia de discusión; caso que no ameritaba ser archivado por las investigaciones y diligencias realizadas en la etapa instruccional (CPP de 1940) y más por el contrario, tenía la fe de erratas de otorgarse una sentencia favorable a la parte agraviada y por consiguiente –solucionar el conflicto intersubjetivo de interés– y buscar la paz social. Lo cierto y, para los efectos de la sentencia su profesor Alfredo Rivasplata (Vocal Supremo) insiste y persuade, manifestando palabras de despidio y poco morales de un magistrado, palabras que a continuación transcribo:

–Alfredo Rivasplata– dirigiéndose al novel Abogado: Me parece bueno, que tenga una actitud firme. Pero, tampoco es bueno que se exceda mi amigo. Hay que saber manejarse en este medio, uno no puede quedar mal con los colegas

²*Vídeo presentado por la Academia de la Magistratura para la Educación con Valores y el Mejoramiento de la Función Judicial y Fiscal, ante el fenómeno de la corrupción que ha socavado los fundamentos de la moral en la administración de justicia. Por ello ha diseñado el “Módulo Educativo Ética del Magistrado”.*

y los superiores. Porque uno no sabe ¡cuándo los va a necesitar! Por eso, ese caso no debe seguir adelante— concluye³.

En el vídeo, Alfredo Rivasplata (Vocal Supremo) presiona, estruja y coacciona al novel juez para el archivo del caso “Leo” interpolando la independencia del juez César Montalvo— y sigue:

—Alfredo Rivasplata— dirigiéndose al novel abogado: los Magistrados estamos solos, por eso debemos de apoyarnos entre nosotros, especialmente cuando hay algunos casos complicados que resolver. Puedes portarte bien, pero ¡la justicia! No necesariamente es cumplir la ley y la Constitución— al pie de la letra; lo que te han enseñado en la Universidad, lo que te dicen los libros, no siempre se aplica. La justicia tiene sus variantes que las conocerás con el correr de los años. Así, que te pido que archives el caso Leo —concluye.

Cuando al no ver respuesta por parte del Juez César Montalvo, el Vocal Supremo Alfredo Rivasplata, envía a una tercera persona con una Constitución Política (para entregársela al juez). Lo curioso, y para causar más persuasión, la Constitución estaba henchida de dólares americanos. Dinero que le otorgarán al juez, si solo archiva el caso “Leo”.

El juez, César Montalvo (en la cinta), ahora tiene un dilema y pende de él. Dos vértices, dos directrices, que le llevarán al éxito o al fracaso. Ergo, nacen dos momentos en su axioma mental: de aceptar el dinero ofrecido por “archivar el caso” tendrá un ascenso como juez titular, tendrá dinero en el banco, reconocimiento por parte de sus superiores, obtendrá mejores condiciones de vida para su familia. Tendrá todo ello, pero ética y moralmente, frente a la sociedad, a los trabajadores honestos del poder judicial y a los litigantes; obtendrá rechazo, repudio, desprecio, desdén, abandono y dejación, ello a consecuencia de haber conculcado su imparcialidad, imparcialidad e independencia, tema *infra* al que volveré más adelante.

De no aceptar la donación y/o legado por parte de la corrupción (frente al caso materia de controversia), obtendrá valores morales y éticos del

³Este dato nos permite entender que los jueces durante la administración de justicia, están sometidos a muchos sobornos, dádivas, legados y corruptelas, ello por parte de sus superiores, los litigantes, abogados y la prensa amarilla.

deber ser de un verdadero juez. El mismo que se respeta a través de las buenas costumbres y el buen vivir de un sistema acorde a la defensa de la Constitución, las garantías constitucionales reconocidas y los Tratados Internacionales. Puede que lo destituyan y lo arruinen profesionalmente (ello a través de los jueces superiores). Puede que no tenga mucho dinero, riqueza, boato, fasto, opulencia, pompa, profusión y suntuosidad. Empero tendrá las indolentes ética y moral (que muchos jueces han perdido) de un excelente togado que ha resuelto un caso materia de controversia acorde al material confirmatorio presentado por las partes y sobre todo, acorde a su imparcialidad judicial.

Hasta aquí, algunas nociones básicas del tema que abordaremos, no obstante empecemos a explicar la ruta propuesta del presente y sencillo trabajo.

1. ÉTICA Y MORAL DEL TOGADO

La ética⁴ es considerada “como un régimen de aplicación de principios generales a las peculiaridades de la labor forense; el abogado (Juez) que no la respeta, se hará acreedor a los moteos peyorativos de rábula (...) y habrá perdido con ello, su dignidad” (Cueva, 2007, pág. 558). La ética implica actuar conforme a los valores y por encima de la simpatía y enemistad, ya que la decisión judicial (sentencia) no solo afecta al individuo o litigante, sino

⁴La primitiva función que en la antigüedad se confirió al vocablo fue fundamentalmente adjetiva y no sustantiva, ya que se usó la expresión ética para calificar, en general, los caracteres estimables del comportamiento humano ordenado. Cuando con el auge de la filosofía helénica, la ética surgió como una doctrina de las costumbres es decir, como una teoría de los actos y principios presupuestos o postulados por el hombre mismo.

La ulterior evolución del vocablo confirió a este un sentido más restringido y específico: el de aludir al comportamiento moral y, dentro de él, al comportamiento jurídico. De esta manera lo ético (en tanto dimensión ontológica de la conducta del hombre), fue siendo progresivamente identificable con lo bueno, lo honesto, lo justo y, en general, con lo positivamente valioso dentro de un orden de la vida plenaria exigible. Dos son en la actualidad las significaciones que se confieren al vocablo: a) en un sentido amplio ética alude, con función adjetiva, a los actos humanos, a sus objetivaciones y a las normas referibles a los dos órdenes de conducta fundamentales en la vida plenaria del hombre: el Derecho y la Moral; en ese sentido son consideradas como disciplinas éticas la ciencia del Derecho y la Doctrina Moral; b) en un sentido estricto el vocablo ética se refiere, con la misma función adjetiva, a los actos humanos, a sus objetivaciones y a las normas que constituyen determinado sistema de conducta moral. En ese sentido, la ética se integra con la doctrina moral.

que puede perjudicar a todo un grupo familiar en su libertad, patrimonio, tranquilidad, armonía, etc. El Juez, al dictar una sentencia, debe estar convencido de que a quien va a obtener favorable su decisión, le asisten el derecho constitucionalizado, la justicia y la razón en mérito al debido proceso (elementos fundamentales de una decisión judicial) y por ende, debe dejar de lado las famosas preferencias personales o, lo que es peor, los sobornos y corruptelas (dilemas que se presentan en la labor jurisdiccional).

El togado (juez), antes de proceder a dictar una resolución (sentencia), debe valorar las pruebas recibidas y confirmadas (en juicio oral), a la luz de la verdad procesal y la justicia y exponer sus interpretaciones, argumentos y razones en la sentencia con toda honradez, sencillez, claridad e imparcialidad⁵.

Por su parte, la moral, “integra a la función adjetiva de todos los actos humanos (en la sociedad) frente a un sistema de valores, llamada: Doctrina Moral” (Cueva, 2007, pág. 558) Por ello, el esfuerzo de quien busca la justicia (acorde a la Constitución), tendrá que anexionarse al plan de los sistemas de valores. Es de todos conocido, que el juez se enfrenta a la sagacidad de la controversia de los litigantes, a las sutilezas de los códigos, a presiones (externas e internas) para favorecer a alguna de las partes (afectación a su independencia), pero ante todo esto, el juez siempre debe mantenerse íntegro y respetar a los demás y a sí mismo, absteniéndose de sucumbir al peso del soborno y la corrupción, para ello debe conformarse con el salario que honradamente le corresponde (de acuerdo al presupuesto asignado) y disfrutar de sus emolumentos lícitamente obtenidos, sin pretender una vida de derroche, sino de austeridad, conforme a los valores que se indican en el inicio del presente párrafo.

Así mismo, el juez (respecto de las presiones externas), debe actuar con decoro y dignidad, respetando su criterio jurisdiccional (emanado por la Constitución) y su compromiso de lealtad con la institución (poder judicial), recordando, en todo momento, el juramento que hizo, al aceptar y protestar el cargo: de cumplir y hacer cumplir la ley, acorde a un método de debate dialogal (dos antagonistas en igualdad de armas frente a un tercero imparcial,

⁵Tema que se analizará en líneas más adelante.

imparcial e independiente⁶), instando garantías constitucionales concedidas, erradicar toda fuerza ilegítima dentro del proceso y buscar la paz social.

Paz social, que espera la gente del pueblo (en mérito a sus conflictos intersubjetivos de intereses), y que se le otorga (a través del Estado), aquel individuo, llamado “Juez” Este mismo personaje, debe de reflexionar diariamente, al momento de emitir una sentencia, porque, esta potestad sólo es (y debe ser) conferida a los abogados que se han distinguido por su honorabilidad y capacidad, pues se trata de un poder que, mal empleado, puede convertir lo justo en injusto, lo bueno a lo malo, lo blanco a lo negro. De nada sirve contar con excelentes leyes, si éstas se aplican a los casos concretos, con vileza y ruindad.

Por ello, sostengo que el juez, es el Derecho, hecho hombre; pero debo aclarar, que admiro y respeto a los Jueces probos y honrados, que estudian sus asuntos exhaustivamente, que invocan el irrestricto respeto de la Constitución como ley de leyes y que garantizan el debido Proceso acorde a los derechos fundamentales de las personas. No me refiero a los jueces firmones, que se limitan a rubricar los proyectos que el personal judicial les presenta, ignorando el contenido de la resolución (esos son los inmorales y poco éticos). La actividad jurisdiccional, produce una de las satisfacciones más preciadas, que es, “la paz social”; ninguna actividad humana (propia del hombre en sociedad) puede desarrollarse en un ambiente hostil e inseguro, solamente cuando la sociedad goza de paz, se puede aspirar a la realización de los anhelos más preciados del ser humano, como son la salud, la educación, la economía, la cultura, el deporte, el arte y, son precisamente los juzgadores, los encargados de concretizar la norma para conservar aquella palabra mágica “paz social”.

Paz social, como punto final que deben desarrollar los jueces en la actividad jurisdiccional, aterrizando del plano teórico (sus conocimientos) al de la práctica judicial. Quien desempeña el honroso cargo de juzgador, tiene la oportunidad de servir a sus semejantes, a sus prójimos, evitando que se cometan injusticias, solo se vive una vez (mañana puede ser muy tarde)⁷

⁶Tema que se abordará con sumo detalle en líneas infra.

⁷Palabras de Samuel Hernández en su canción “Por si no hay mañana”.

tarde para los arrepentimientos, para que los justos– leales– paguen por culpa de las malas actuaciones de los togados (jueces); porque los bienes materiales de una sociedad de consumo como la nuestra, no perduran, solo queda el recuerdo del deber cumplido, basado en los valores éticos y morales. Ahora, empecemos a explicar sus concepciones.

2. CONCEPCIONES BÁSICAS SOBRE IMPARCIALIDAD, IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA

Hablar de concepciones básicas (y para efectos del presente trabajo), implica realizar un pequeño paréntesis a dos doctrinas contrapuestas, parecidas a aquello que se manifiesta entre el agua y el aceite. Me refiero a las filosofías garantista y activista del Derecho Procesal⁸. Empero ahora, mostraré la versión de imparcialidad, imparcialidad e independencia desde la óptica garantista. Empecemos a conceptualizarla.

La “imparcialidad” del juez “supone que éste no debe tener interés alguno en el resultado del litigio que ha de juzgar, es decir, le debe resultar indiferente” (Canteros, 2012, p. 18) y en mi dogma, supone que el juez no debe tener ningún tipo de interés frente al litigio plasmado en controversia, la misma que solo es desarrollada entre un pretendiente y un resistente (personas que solicitan tutela jurisdiccional efectiva al Estado). Este mismo juez debe de ser completamente indiferente (frente a lo ya manifestado). La explicación es sencilla:

Si dramatizamos un proceso, existen en él una afirmación y una pretensión (dos sujetos en igualdad procesal frente al proceso) y que son llevadas a la instancia de un juez (en mérito a la acción procesal) y la misma ha sobrevolado hasta juicio. Este juez (al momento de resolver en sentencia) no debe de tener ningún interés en el resultado del pleito. Ojo, ninguno. Si este juez tiene interés en el resultado del litigio, entonces, pierde su imparcialidad y si pierde la imparcialidad no hay proceso⁹; si no hay proceso, no puede haber sentencia; ergo, tampoco condena. ¿Por qué? Porque si el juez, llegado al minuto de dar su fallo (sentencia), y este no tiene pruebas

⁸Tema que se abordará en el subtítulo número IV.

⁹Proceso presentado como un método de debate, dialéctico, pacífico, entre dos antagonistas en igualdad de armas frente a un tercero: que es el “juez”.

confirmatorias para condenar, entonces, conforme a la Constitución ya los tratados internacionales, debe absolver. Ojo aquí; y si no lo hace, es sencillamente porque no quiere absolver al acusado. ¿Entonces qué quiere? Desde mi punto de vista, este mismo juez quiere seguir buscando pruebas para tener con qué condenarlo. De este extracto se puede apreciar el gran interés del juez frente al proceso, y decimos que este juez ¡quiere condenar a toda costa!

Y si tiene interés en la pugna (como ya se ha manifestado), entonces no es imparcial. Así de simple.

Fermín Canteros señala que “el juez, al buscar la verdad, no pierde la imparcialidad, porque al momento en que lo hace no sabe a quién va a beneficiar esa búsqueda de la verdad, si al actor o al demandado”. Esto es muy cierto, pero peligroso. Cuando el juez comienza a buscar la verdad no sabe a quién esta beneficiará, pero atención, “sabe perfectamente a quién él quiere beneficiar”. (Canteros, 2012, pág. 19).

De lo anotado en la cita, nos encontramos frente a las preguntas clásicas que se dan en los congresos, seminarios y foros (eventos académicos). En mi dogma, comparto la opinión y desglose; porque el juez cuando otorga de oficio una prueba de oficio¹⁰ (valga la redundancia) sabe a quién él quiere beneficiar, ello por conocer los actuados y pruebas presentadas, en mérito a la audiencia de juicio. Y un juicio oral, es un gran momento, donde él, juez, apreciará quién no ha podido confirmar su afirmación. Por ello decimos “conoce perfectamente a quién quiere beneficiar”.

La “imparcialidad” del juez, indica que este “amén de no tener interés en el resultado del litigio, debe no ser parte procesal” (Canteros, 2012, pág. 19). La imparcialidad significa no ser parte en el proceso, contrario sensu, ser siempre juez (tercero), siempre tercero. Nunca primero ni segundo. Porque la atribución como primero en el proceso le corresponde al pretendiente (agraviado y/o Ministerio Público) y, el segundo en el proceso, al resistente (imputado). Por ello decimos que el juez no puede ser parte, la partes son el “pretendiente y resistente”. El juez es juez, entonces, no es parte. Y si el

¹⁰Llamadas en otras legislaciones como: pruebas para mejor proveer, pruebas para mejor resolver.

juez no es parte, como diría mi maestro Adolfo Alvarado Velloso, “no puede ni debe hacer las cosas que hacen las partes, pues si lo hace, deja de actuar como Juez y pasa a ocupar el lugar de parte procesal, actuando como ella”¹¹. Pues las partes como tales no pueden hacer las actividades propias del juez, *contrario sensu*, el juez, no puede hacer las actividades propias de las partes.

Y por tanto, esto queda de la siguiente manera:

- Las partes son las que afirman y/o pretenden. El juez no.
- Las partes son las que introducen hechos. El juez no.
- Las partes son las que abogan. El juez no.
- Las partes son las que recurren. El juez no.
- Las partes son las que prueban. El juez no.
- Las partes son las que confirman. El juez no.
- Las partes son las que alegan. El juez no.

Entonces, ¿qué hace el juez? El juez (como tercero) tiene la potestad y atribución de la “decisión” (resolución de sentencia) en el caso materia de controversia. Empero, qué pasa en la coetánea ¿realidad? Muchos jueces en la praxis, aún se les han quedado los caracteres de un juez inquisitivo (propio del Código de 1940), pues ellos, con la reforma del Código de 2004, aún actúan como en antaño (ello a consecuencia de los rezagos inquisitorios dejados en la normatividad actual). Esa misma situación parece facultarlos para que vulneren la división de roles (se entrometen en la labor del Ministerio Público con su investigación suplementaria)¹², ergo, también (los jueces) prueban con las llamadas pruebas de oficio; vale decir, realizan actividad confirmatoria. Hasta aquí, toca realizar la siguiente interrogante: ¿En realidad los jueces subrogan la inactividad propia de las partes procesales?

La respuesta es sí. Porque ocupan indebidamente la labor propia de la partes, se convierten en investigadores y confirmadores. Investigadores porque conculcan la tarea del Ministerio Público y confirmadores porque aportan al proceso las pruebas que una de las partes no aportó o se olvidó

¹¹Palabras otorgadas a los estudiantes de la Cohorte 17 de la Maestría en Derecho Procesal, Rosario – Argentina.

¹²Tema que trataremos en el subtítulo número V

de hacerlo. Por ello decimos que dejan de actuar como jueces y pasan a actuar como partes. Y si el juez es también parte procesal, entonces no es imparcial.

La “independencia” se manifiesta en la idea de que el juez “supone su no-dependencia de los factores de poder” (Canteros, 2012, pág. 22). En otras palabras, el togado (juez) no debe depender de nadie, ni de la Corte Suprema ni de la Corte Superior ni del poder político ni de la prensa amarilla. Incluso ni de las partes, de sus familiares y de sus prejuicios.

Entonces el juez con independencia ¿Cómo debe de resolver? El juez debe de resolver conforme al material confirmatorio presentado y probado. En el inicio del presente trabajo, se pudo apreciar a un juez joven de nombre César Montalvo, que ocupa el cargo de juez producto de una recomendación que le asigna su profesor de Derecho de nombre Alfredo Rivasplata (Vocal Supremo). En ese mismo extracto se puede ver, cómo es persuadido el juez joven por sus superiores a efectos de otorgar un favor frente a un caso en concreto, infringiendo el juez su propia independencia. Por eso decimos que el juez siempre debe mantener intacta su independencia (o por lo menos tratar de cumplirla). Atención, ahora hablemos del tema materia de conflicto.

3. EL PARADIGMA “PROCESO” Y LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ FRENTE A LAS LUCES DEL GARANTISMO Y ACTIVISMO JUDICIAL

Hasta aquí ya hemos tratado acerca de los dilemas de juez, de su ética, de su moral, imparcialidad, imparcialidad y su independencia. Nos corresponde ahora realizar algunas ideas en torno a cómo se vería un determinado proceso (junto a la imparcialidad) desde las ópticas garantista y activista del Derecho Procesal. Por ello, aclaremos bajo previos conceptos, las denominaciones garantista y activista del Derecho Procesal.

El “Garantismo Procesal”¹³ es la corriente filosófica del Derecho Procesal que pregona el respeto “irrestringido a la Constitución y a los pactos internacionales” (Alvarado, 2010, pág. 76) –de ahí su nombre– fundamentalmente promueve la garantía del debido proceso conocida como “Garantía Constitucional”.

¹³Tiene mucha relación con un sistema acusatorio y dispositivo.

Y por el otro lado, el denominado “Activismo Procesal”¹⁴ (decisionismo), es la corriente filosófica del derecho procesal que, antes de ocuparse de la absoluta e irrestricta observación de las normas constitucionales, busca “hacer justicia” y con “jueces más activos, más viriles, más comprometidos con su tiempo y decididos a vivir peligrosamente” (Alvarado, 2010, pág. 283) –de ahí el nombre “activismo”. El activismo pregona jueces más entrometidos en el proceso, jueces que aporten pruebas, jueces pesquisas. Por ello decimos que los activistas aporrean lo taxativamente por la Constitución y los pactos internacionales. Ya veremos porqué en líneas más adelante.

Si esto es así, ¿Cómo se verá vulnerada la imparcialidad (del juez) en el trámite de un proceso desde ambas posiciones?

Y decimos que desde la visión de un derecho procesal garantista, las respuestas son menos dificultosas, pues queda claro que la justificación a los poderes de los jueces en torno a la investigación y la prueba, obedece al respeto del diseño del debido proceso constitucional. En este sentido es el apego a la congruencia ideológica que debe corresponderse entre los códigos procesales y el diseño para ellos en la Carta Magna. La misma que lleva a los sistemas acusatorios a “desinteresarse” de que el juez acceda a la “verdad real” despachando pruebas de oficio o alterando el régimen de la carga de la prueba (investigación suplementaria), teniendo en cuenta la pérdida de la imparcialidad que ella misma contrae. El garantismo procesal –frente a un proceso– busca solucionar los fornidos poderes que tienen los jueces, en especial el de investigación y la prueba oficiosa (que debe imperar de un modo similar en los otros procesos de Derecho Público y Privado). Por ello el garantismo siempre tutelaré la imparcialidad, imparcialidad e independencia.

Sin lugar a dudas, el garantismo profesa la exclusión de los poderes de investigación y prueba oficiosa o libre manejo de las cargas probatorias.¹⁵ Ello, para no colisionar con su imparcialidad (tema que el activismo pregona).

¹⁴Tiene mucha relación con el sistema inquisitivo, publicístico.

¹⁵Solo procediendo de esta forma se eliminarán las antinomias de jueces probando oficiosamente en lo civil y jueces que hacen lo propio en los procesos penales, en especial en el Sistema Acusatorio (consagrado en el Código Procesal Penal de 2004).

Y por tanto, esto queda de la siguiente manera:

- Jueces sin pruebas de oficio. Imparcialidad
- Jueces sin investigación suplementaria. Imparcialidad
- Jueces que no interroguen en juicio. Imparcialidad
- Jueces que no hagan observaciones a la calificación jurídica del fiscal. Imparcialidad

Nos toca ahora hablar del proceso y su imparcialidad desde la visión activista. Aquí nos encontramos con muchos defectos y problemas, que no han sido sustentadas acorde a lo que se manifiesta en la Constitución y a los pactos internacionales. Ergo, para ellos, sus argumentos implican “buscar la verdad”, administrar justicia, entre otros discursos (poco convincentes por cierto). Pues las demostraciones para otorgar poderes probatorios oficiosos a los jueces tienen que ser sustentables— empero nunca lo han sido— es como caer en un lugar común y afirmar que el objetivo de la jurisdicción es resolver los litigios en un tiempo “razonable”, accediendo a “la verdad” y consagrando la “justicia” (discursos de activistas netos).

Pues los activistas, en el sistema procesal penal peruano (CPP de 2004), aún cuentan con sus instituciones taxativadas en la norma procesal. Instituciones que desnaturalizan la idea de un verdadero proceso y que conculcan la llamada “imparcialidad”. Ahora veremos cuáles son:

- La facultad de que los jueces puedan interrogar (Art. 88. 3 CPP)
- La facultad de disponer pruebas de oficio (Art. 385 CPP y 155. 3)
- La facultad de que pueda hacer observaciones a la calificación jurídica del Fiscal (Art. 374. 1 CPP)
- La facultad de que pueda realizar una investigación suplementaria (Art. 346. 5 CPP)

Pues estas Instituciones no hacen más que atentar contra la imparcialidad judicial en un determinado proceso.

Y por tanto, esto queda de la siguiente manera:

- Jueces con pruebas de oficio. Tropelía¹⁶ a la imparcialidad.
- Jueces con investigación suplementaria. Tropelía a la imparcialidad.
- Jueces con la facultad de interrogar en juicio. Tropelía a la imparcialidad.
- Jueces con la facultad de hacer observaciones a la calificación jurídica del fiscal. Tropelía a la imparcialidad.

En efecto, y más por el contrario, el garantismo se esfuerza por derrocar esa idea activista (inquisidora), uniformando criterios de construir un nuevo y más sólido discurso jurídico frente a la imparcialidad.

Hasta aquí uniformamos ideas sobre la imparcialidad desde las dos versiones del Derecho Procesal. Empero debemos saber que el garantismo, busca uniformar un ideario común en torno a los poderes de los jueces, limitándolos y aplicándolos con simétrica intensidad tanto en el proceso penal como en el proceso civil y si de buscar “simetrías” se trata, formaremos dos hipótesis en torno al proceso:

- O se mantiene el sistema inquisitivo y/o mixto (autoritario, fascista, nazista, totalitario) para el Código Procesal Penal; en ello incluido el Nuevo Código Procesal Penal de 2004¹⁷.
- O bien dotamos un nuevo diseño de proceso (garantista y/o acusatorio para el proceso penal).

La respuesta está en lo siguiente: en el proceso penal moderno, la opción más certera es buscar un nuevo sistema procesal, capaz de respetar lo consagrado en los cánones de la Constitución Política del Perú, capaz de respetar los derechos fundamentales de la persona, capaz de respetar los roles protagónicos de la película (eso sin aumentar guiones a cada actor de la película “proceso”) y capaz de respetar, la trilogía del proceso

¹⁶*Abuso, arbitrariedad, conculcación, infracción, vulneración, violación, quebrantamiento, hecho violento y contrario a las leyes.*

¹⁷*Código que aún cuenta con los llamados rezagos Inquisitorios y, por consiguiente (apoyado con la doctrina de Mixán Mass), este Nuevo Código es de corte Mixto (ahondando aún más los perjuicios provocados por esa ideología).*

(Juez – Defensa – Fiscal); mejor aún, dicho de este modo: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa (y como tal, imparcial, imparcial e independiente). Creo que todo ello está reflejado en el sistema garantista, Por consiguiente, urge hacer un cambio en nuestro Código Procesal Penal de 2004, urge atesorar el garantismo procesal.

Ahora presentaremos dos instituciones procesales que afectan y/o conculcan la llamada “imparcialidad del juzgador”. Expliquemos porqué.

4. BREVES APUNTES CONFLICTIVOS DE UN JUEZ FRENTE A LAS PRUEBAS DE OFICIO Y SU INVESTIGACIÓN SUPLEMENTARIA

Lo que voy a presentar a continuación, son dos de los muchos rezagos inquisitorios dejados por el vetusto Código de Procedimientos Penales de 1940. Siendo así, se advierte que este modelo procesal penal que data del 2004 (que se impone bajo el imperio de la ley) transmuta, de un sistema mixto a uno de corte acusatorio. En efecto, estos resabios inquisitivos dejados por el añejo código comprometen la imparcialidad judicial en el marco del Código Procesal Penal de 2004 (que no es uno puramente acusatorio, sino con tendencia a lo acusatorio).

Presentemos las dos instituciones en mención del presente subtítulo:

La primera Institución ya es conocida, es moneda corriente, me refiero a la llamada prueba de oficio (artículo 155, inciso 3 y artículo 385, inciso 2) y expresa lo siguiente:

Art. 155. Inc.3: La Ley establecerá, por excepción, los casos en los cuales se admitan pruebas de oficio.

Art. 385. Inc. 2: El Juez Penal, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El Juez Penal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes.

La segunda institución, no es moneda corriente, es un tema poco analizado, pero que en la presente abordaremos el tema; me refiero al inciso 5 del artículo 346, el misma que autoriza al juez a disponer la realización de una

investigación suplementaria, precisándole al Fiscal las diligencias que debe realizar. Y refiere lo siguiente:

El Juez de la Investigación Preparatoria, en el supuesto del numeral 2 del artículo anterior, si lo considera admisible y fundado dispondrá la realización de una Investigación Suplementaria indicando el plazo y las diligencias que el Fiscal debe realizar. Cumplido el trámite, no procederá oposición ni disponer la concesión de un nuevo plazo de investigación.

Estos extremos desnaturalizan y quebrantan la esencia misma del sistema. Un desaparecido Mixán Mass decía: “el Nuevo Código Procesal penal no debería denominarse sistema Acusatorio; *contrario sensu*, su verdadera denominación es: «Mixta»”.

Pues bien, empecemos a desarrollar las dos instituciones:

La prueba de oficio *supra*, aparece como una cualidad excepcional en el marco normativo peruano y en mi dogma (teoría) pienso que entre las facultades del juez no debería estar la de incorporar pruebas oficiosamente, dado que son las partes las que las ofrecen (el Ministerio Público al acusar y el Imputado para acreditar su defensa) y ellos mismos deben de probar y confirmar sus afirmaciones hechas ante el juez que actúa como tercer¹⁸ en la relación litigiosa y, este juez, no tiene que estar comprometido con los intereses de la pugna. Citando a Beccaria– al referirse al principio de imparcialidad y la prueba de oficio– manifiesta: “en la aplicación de la prueba de oficio, se vulnera el principio de imparcialidad del juzgador, también se afecta el derecho de toda persona a un juez imparcial y, consecuentemente, la tutela jurisdiccional efectiva”. Dicho de otro modo, con la aplicación de las pruebas de oficio¹⁹ se atenta contra la igualdad de armas, el debido proceso, la imparcialidad judicial, la división de roles y más aún, se hace una violación frontal a los derechos fundamentales de la persona (consagrados en nuestra Carta Magna y en los tratados Internacionales).

¹⁸Tema desarrollado en líneas arriba.

¹⁹Pruebas para mejor proveer – pruebas para mejor resolver.

Esto por la sencilla razón de que el juez se convierte en primero y/o en segundo (dependiendo el interés— y de qué sabe el juez— a quién va a favorecer), ello en mérito a la imparcialidad, porque sabemos que el juez es un tercero y, al ser tercero, no puede ser parte. Máxime, no puede hacer las labores del Ministerio Público ni tampoco las labores de la defensa.

Empero en estos tiempos, siempre se ha dicho (doctrina de los activistas) que las pruebas de oficio son necesarias, ello para evitar una impunidad o condena injustificada en un determinado proceso a resolver y; para tal consecuencia —y dar respuesta a esa afirmación hecha por los activistas judiciales— sustentaré mi apotegma, apoyado necesariamente en lo ya señalado precedentemente, esto es, que en este Nuevo Código Procesal Penal de 2004 (sistema de corte acusatorio), las partes procesales tienen que cumplir sus funciones y roles (visión), instando el desempeño de sus papeles en la forma debida, acorde a las exigencias del nuevo modelo procesal penal, así como satisfacer las exigencias de una sociedad con ansias de una justicia célere y oportuna, (puesto que la justicia que tarda no es justicia). En esta línea de razonamiento, el representante del Ministerio Público (fiscal) debe tratar en lo posible de garantizar que la decisión de someter a juicio al imputado no sea apresurada, superflua o arbitraria. Por ello, creemos que es necesario que los fiscales del Ministerio Público confeccionen una correcta investigación, instando pruebas de cargo y descargo que a posteriori, servirán en su apotegma para determinar si ese hecho constituye delito o no y pueda, por un lado, realizar la correspondiente acusación o, por otro lado, dictar el sobreseimiento de la causa. De ese modo se considerará que el hecho de someterlo a juicio oral no será superfluo. Todo esto lo apoyo con lo señalado por el maestro Binder quien afirma:

Pues si esto fuera así la mera sindicación sin pruebas no puede ser fundamento para establecer la responsabilidad penal del imputado, ya que no basta acreditar el hecho punible, sino que es necesario acreditar el vínculo de ese hecho con el imputado.” (2000, pág. 245)

Por ello sostengo mis ideas con lo manifestado en la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente 0618-2005 PHC7TC, Fj. 22, la misma que precisa:

Que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos hechos de prueba y, que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el tribunal la evidencia

de la existencia no sólo del hecho punible, sino también de la responsabilidad penal que el acusado tuvo y así desvirtuar la presunción de inocencia. (Taboada, 2009, pág. 494)

Esta sentencia está apoyada en los parámetros de presunción de inocencia, contenida en el numeral 2, inciso 24, literal “e” de la Constitución Política del Estado, que prescribe que “toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.” Por lo que se piensa que la denominada construcción de la culpabilidad del procesado tiene que basarse en despedazar esta presunción de inocencia.

En ese orden de ideas, y para unificar criterios válidos, le correspondería al representante del Ministerio Público (quien es el titular de la carga de la prueba) realizar una correcta investigación y romper la presunción de inocencia. A la defensa, su derecho de contradicción y al juez, dictar su resolución (en mérito a una imparcialidad implacable). Y si nos encontramos en la situación de que no hay pruebas para condenar a un imputado, pues el juez tiene que absolver de toda culpa. Esa es la idea lógica de proceso en aras del desarrollo de un mejor derecho de administrar justicia para nuestras naciones.

Ahora, hablemos de la segunda institución conflictiva, llamada: “investigación suplementaria”.

Como se sabe, el Ministerio Público es el titular de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba, por tanto, está obligado a actuar con objetividad indagando los hechos constitutivos del delito para que a posteriori determine y acredite la responsabilidad o inocencia del imputado, conforme lo señala el numeral IV del Título preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, quedando lo citado así: “sobre el fiscal pesa la obligación de probar en Juicio la hipótesis de autoría o responsabilidad que maneje” (Angulo, 2007, p. 18) y en relación de la carga de la prueba encargada al Ministerio Público “da sustento al sistema acusatorio y permite establecer las reglas del Proceso Penal.” Así mismo, el representante del Ministerio Público “se halla en la obligación legal de probar dichos cargos, esto es, de demostrar mediante los medios probatorios que la ley procesal penal regula la veracidad de sus imputaciones, tanto para acreditar la comisión del delito, como la responsabilidad penal del autor, coautores y partícipes” (Infantes, 2006, pág. 128).

De lo expuesto en lo citado, se colige que en todo proceso penal, es el fiscal el facultado y obligado a acreditar la responsabilidad penal del imputado a fin de que este –luego de acusado– sea condenado, por ello se le exige “demostrar que posee condiciones de sagacidad y de perspicacia para conocer o descubrir el autor del delito y establecer de esta manera su responsabilidad” (De la Cruz Espejo, 2007, pág. 227).

Por otro lado, será el defensor del imputado el llamado a ofrecer las pruebas de descargo en el ejercicio de su derecho de defensa, esto es, refutando o contradiciendo lo argumentado por el fiscal, quedándole al juez el papel de examinar los hechos que las partes le presenten y emitir su fallo con lo que aparece en la carpeta judicial, conforme se estipula y estila en todo sistema acusatorio.

Hasta aquí hemos abordado con lo referente a rol de Ministerio Público en el Nuevo Código Procesal Penal. Ahora, resulta incoherente e ilógico que el juez pueda actuar una investigación suplementaria, ya que ello significaría mantener el papel de Juez Instructor que se le tenía asignado con el anterior Código de Procedimientos Penales de corte inquisitivo y/o mixto.

Lamentablemente este Código actual, faculta al juez a realizar tareas investigativas y se prevé que este mismo personaje disponga la realización de una investigación suplementaria, indicando el plazo y las diligencias que el Fiscal debe realizar (lacerando más aún este sistema), todo ello taxativamente en el inciso 5 del artículo 346 del Código Procesal Penal de 2004.

En efecto, esta medida es atentatoria del ideal planteado en la reforma procesal penal respecto a la separación de funciones de investigación y acusación, pues si el juez de la investigación preparatoria determina la realización de una investigación suplementaria, es absolutamente incomprensible que esto no implique una intromisión en la facultad exclusiva y excluyente de investigación de los hechos que recae en el Ministerio Público. Puesto que el juez de investigación preparatoria (Juez de Garantías) se convierte en parte, atentando de esta manera con la imparcialidad. Además de ello, este juez (en la aplicación de la investigación suplementaria) tendrá algún interés en la investigación, ello en mérito a que el juez termina indicando qué diligencia va actuar y el plazo correspondiente. La interrogante es ¿Por qué tiene interés el juez en la realización de una investigación suplementaria? La respuesta es sencilla, porque desea que el fiscal llegue a una acusación

en torno a la diligencia dejada (como tarea) por el juez. De lo mismo surge entonces otra interrogante ¿Para qué requiere el juez más pruebas? Pues para hacer posible la acusación que el propio representante del Ministerio Público ha negado al requerir el sobreseimiento. Este es un claro ejemplo de un activismo superdotado. En ese sentido (y para apoyar mi creencia, que me hace saber que estoy en lo correcto), citaré a Figueroa Acosta que manifiesta que:

La realización de tareas investigadoras de corte inquisitivo, a cargo de un Juez, pone en crisis el principio de imparcialidad, porque quiebra la igualdad de las partes, toda vez que el Juez desciende del estrado a desempeñar un papel propio de las partes, ajeno por completo a su función de administrar justicia con imparcialidad. (2005, pág. 86)

De estas dos Instituciones desarrolladas se ha podido apreciar que:

- a. Vulneran la división de roles.
- b. Conculcan la imparcialidad.
- c. Conculcan la imparcialidad.
- d. Vulneran el sistema acusatorio.
- e. El juez se convierte en parte.
- f. Sobre todo, violenta lo estipulado por nuestra Constitución y los pactos internacionales.

Hasta aquí hemos dado a conocer todos los problemas que conllevan estas dos instituciones del Derecho Procesal Penal. Ahora hablaré de cómo debe de ser un juez, con su deber ser.

5. EL JUEZ Y SU DEBER SER

Habiendo hecho un breve retrato de la realidad que atraviesa nuestro sistema jurídico (con lo referente al Nuevo Código Procesal Penal), creemos que nos vemos en la obligación de levantar los cimientos construidos por nuestra Constitución en pos de mejorar entre todos la manera de aplicar la justicia en nuestro país. Y qué mejor forma que imaginar a un juez con valores éticos y morales frente a un proceso. Así como también, imaginar a un juez con dignidad y respeto a su imparcialidad, imparcialidad y su independencia.

El “ser” de un juez lo estamos viviendo en toda Latinoamérica– con los

problemas ya manifestados en el presente trabajo, *contrario sensu*, necesitamos un “deber Ser” del juez, plasmado en el respeto irrestricto de la Constitución, la defensa de la Garantías Procesales y los tratados internacionales. Seres excepcionales como Jesús, Gandhi, Teresa de Calcuta, el Dalai Lama, solo necesitaron una manta para cubrir su cuerpo y hasta la actualidad recordamos su filosofía de amor a la humanidad, asimismo, Mozart, Beethoven, Van Gogh no necesitaron de riquezas para producir la belleza de su arte. Y mejor aún, personajes como César Montalvo (Juez de Instrucción) al quien presenté (al inicio del presente trabajo) con un gran dilema que le otorgó su profesor de Derecho de la universidad (Alfredo Rivasplata – Vocal Supremo), demuestran que en la vida solo se vive una vez, y esa oportunidad (en el mundo) la tenemos que aprovechar, instando los valores éticos y morales dignos de una verdadera sociedad, sociedad a la cual pertenece este personaje (del que tanto hemos hablado en este modesto trabajo) llamado “juez”.

Mañana puede ser muy tarde para hacer lo que puedes hacer hoy, lo correcto de hoy es administrar justicia con imparcialidad, imparcialidad e independencia.

6. CONCLUSIONES

La ética y la moral son dos presupuestos de las buenas vivencias en sociedad. El juez tendrá que tenerlo siempre presente al momento de su resolución (sentencia).

La imparcialidad, la imparcialidad e independencia, son elementos rectores de todo proceso, acorde al irrestricto respeto de la Constitución, las garantías procesales y los tratados Internacionales.

La prueba de oficio es una institución del Derecho Procesal Penal y que en su aplicación, afecta gravemente la imparcialidad, imparcialidad e independencia del juez. Así como la división de roles propios del sistema acusatorio.

La investigación suplementaria es una Institución del derecho procesal penal peruano, que busca reunir más pruebas, para hacer posible la acusación por parte del Ministerio Público.

El Juez durante el desarrollo del proceso está inmerso en muchos dilemas que otorga la sociedad. Así como sobornos, legados, donaciones, corruptelas. Ello a efecto de otorgar una sentencia contraria a las buenas vivencias de la sociedad.

En el Código Procesal Penal de 2004 (sistema acusatorio), aún prevalecen los llamados “rezagos inquisitorios” propios del Código de Procedimientos Penales de 1940.

El garantismo procesal busca mantener la paz social, en mérito al respeto de la Constitución y tratados internacionales.

El activismo judicial busca tener jueces más activos, más viriles y comprometidos a buscar la verdad, en base al método de investigación propios de su naturaleza.

El proceso es un método de debate dialogal y pacífico, efectuado entre dos antagonistas (pretendiente y resistente) en perfecta igualdad de armas frente a un tercero imparcial, imparcial e independiente.

BIBLIOGRAFÍA

Alvarado Velloso, A. (2010) El Garantismo procesal. Arequipa: Adrus.

_____. (2004) Debido proceso versus pruebas de oficio. Bogotá: Juris.

Ángulo Arana, P. (2007). El interrogatorio de testigos en el nuevo proceso penal. Lima: Gaceta Jurídica.

_____. (2008) Las Pruebas de oficio en el Nuevo Código Procesal Penal. Actualidad Jurídica (175).

Binder, A. (2000). Manual de introducción al Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Ad Hoc.

Canteros, F. (2012) Estructura básica de los discursos garantista y activista del Derecho Procesal. Rosario: Editorial Librería Juris.

Cueva García, A. (2007) Gran Diccionario Jurídico. Lima: A.F.A.

De La Cruz Espejo, M. (2007) El nuevo proceso penal. Lima: IDEMSA.

Figueroa Acosta, R. (2005). La prueba de oficio. Iustitia (4).

Infantes Vargas, A. (2006) El sistema acusatorio y los principios rectores del Código Procesal Penal. Lima: Jurista Editores.

Maier, J. (1997). Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Taboada Pilco, G. (2009) Jurisprudencia y buenas prácticas en el Nuevo Código Procesal Penal. Lima: Editorial Reforma.

Talavera Elguera, P. (2004) Comentario al Nuevo Código Procesal Penal. Lima: Grijley.



CESJUL

Centro de Estudios Socio Jurídicos
Latinoamericanos

Derecho Procesal Garantista y Constitucional:
Proceso, Garantía y Libertad

www.cesjul.org

www.remington.edu.co



CORPORACIÓN
UNIVERSITARIA
REMINGTON®

RES. 2661 MEN JUNIO 21 DE 1996