





INSTITUTO PANAMERICANO DE DERECHO PROCESAL  
CAPÍTULO PARAGUAY

REVISTA JURÍDICA  
DE  
DERECHO PROCESAL

SEGUNDA EDICIÓN

DIRECTOR DE EDICIÓN Y PUBLICACIÓN  
ALFREDO GONZÁLEZ PALACIOS



## PRESENTACIÓN

El INSTITUTO PANAMERICANO DE DERECHO PROCESAL, CAPÍTULO PARAGUAY, presenta la segunda edición de la *Revista Jurídica de Derecho Procesal*, cuya primera publicación se realizó en el año 2013 de la mano de JOEL MELGAREJO ALLEGRETO, por entonces Director de la revista y actual Presidente de nuestro Capítulo.

Al igual que la primera, esta segunda edición recoge trabajos de autores nacionales y extranjeros, quienes, dejando de lado sus actividades cotidianas y sacrificando tiempo que podrían haber invertido en ellas, contribuyen significativamente al enriquecimiento de la doctrina procesal.

Cabe señalar que la presente es una edición especial: pretendía ser un homenaje en vida a uno de los más grandes procesalistas paraguayos: el Prof. HUGO ALLEN, quien, lamentablemente, nos ha dejado hace muy poco tiempo<sup>1</sup>.

No obstante, aunque póstumo, este humilde pero sincero homenaje se realiza a modo de poner de manifiesto la importancia que tiene para nosotros un maestro como el Prof. ALLEN. Su *Lecciones de derecho procesal civil* (Asunción, El Foro, 1985) continúa siendo una obra indispensable en la biblioteca del jurista paraguayo.

De esta forma rendimos tributo al Prof. ALLEN, intentando recordar a autores nacionales en un país en el que somos propensos a olvidar –y, en algunos casos, lamentablemente, hasta a *desmeritar*– a quienes han contribuido a *independizar jurídicamente* a nuestro país.

Ya lo decía el Prof. ALLEN al prologar la obra de uno de sus discípulos y también maestro del derecho procesal:

*En un ambiente proclive a honrar y enaltecer a las personas más por lo que tienen que por lo que son, la labor intelectual constituye una actividad que debe ser particularmente meritada, por las dificultades que conlleva, los sacrificios que supone, y la soledad en que se desenvuelve<sup>2</sup>.*

La labor intelectual del Prof. ALLEN perdurará, pues, pese a su partida.

La coordinación de esta edición estuvo a cargo de ÁNGELA SOFÍA OLMEDO, cuyo entusiasmo y extraordinaria capacidad de trabajo han hecho posible que esta contribución llegue a manos del lector.

Finalmente, agradecemos a la directiva del Capítulo Paraguay la confianza depositada en nosotros y el privilegio inmerecido de dirigir esta Revista.

Alfredo D. González Palacios  
Director

---

<sup>1</sup> Concretamente el 29 de agosto de 2015.

<sup>2</sup> Prólogo a primera edición de la obra de CASCO PAGANO, Hernán: *Código procesal civil comentado y concordado*, 6ª ed., Asunción, La Ley Paraguaya, 2004, p. 7.

## **PRÓLOGO**

La obra que se presenta forma parte del compromiso asumido por el Capítulo Paraguay del Instituto Panamericano de Derecho Procesal (IPDP - Py) de colaborar permanentemente, desde diversas áreas y en distintos formatos (publicaciones, cursos, seminarios, talleres, intercambio docente a nivel nacional e internacional, congresos, etc), en la generación de pensamiento crítico y el fortalecimiento de las instituciones de las cuales depende el mejoramiento de la calidad del sistema democrático - republicano que nos rige.

En esta segunda edición la Revista recoge una serie de valiosos artículos trabajados desde distintas áreas del derecho por juristas nacionales y extranjeros que, a su vez, desarrollan sus actividades cotidianas desde la magistratura, desde el ejercicio liberal de la profesión o desde la docencia.

Los artículos seleccionados para esta publicación tratan temas vinculados a la prueba o confirmación procesal, los límites al poder jurisdiccional del Estado, la filosofía de los distintos sistemas de enjuiciamiento, el alcance de la declaración en juicio, la función de las garantías, etc., etc. Empero, más allá de la variedad temática puesta a consideración de la comunidad jurídica especializada, es importante destacar que el libro se sostiene sobre dos pilares que constituyen su columna vertebral, a saber: 1) todos los temas guardan estrecha relación con el proceso y los problemas conexos a éste; y, 2) la mirada y el enfoque puestos por los autores parten de la óptica garantista.

De esta forma, la revista, al tiempo de mostrarse coherente con la línea de pensamiento que define la identidad del IPDP, busca honrar el compromiso asumido por toda la sociedad paraguaya desde la propia Constitución Nacional, la cual, vale recordar, diseñó un sistema de enjuiciamiento presidido por ciertas garantías como el debate igualitario entre las partes, la imparcialidad e independencia del juzgador, el respeto hacia el estado de inocencia de los ciudadanos, los límites a la pretensión punitiva del Estado, entre otras.

Por tanto, para entender la propuesta de cada uno de los artículos que componen el libro, el lector debe tener presente que lo que el garantismo postula es simplemente el acatamiento irrestricto y el cabal cumplimiento de la Constitución que los jueces han jurado respetar y hacer respetar procediendo en todo momento de conformidad con el orden de los valores y principios contenidos en ella en la inteligencia que se trata del documento que simboliza el contrato social asumido por los ciudadanos.

Los artículos que componen el libro constituyen el aporte desinteresado de colegas del Paraguay y de otros países hermanos que, demostrando compromiso para con la sociedad, han dedicado su tiempo y su esfuerzo intelectual para contribuir con los objetivos que persigue el IPDP – Py desde hace ya varios años. Vaya para ellos nuestro agradecido reconocimiento.

Más allá de que el lector pueda comulgar o no con las ideas expuestas en el libro, tenga la seguridad que encontrará en los diversos artículos que lo componen, no solo un soporte técnico importante que le facilitará el ejercicio de la profesión, sino fundamentalmente, una fuente de inspiración para seguir repensando el derecho conectando así el Proceso con los postulados republicanos que buscan proteger la libertad, garantizar la igualdad y potenciar la dignidad de todos los ciudadanos.

Robert Marcial González  
Abril / 2016.

## **AUTORES NACIONALES**

**EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. LAS PROBLE-  
MATICAS DE SU OPERATIVIZACION EN EL PARAGUAY.-**

**PROF. ABOG. FRANCISCO ANTONIO ACEVEDO MOREL<sup>3</sup>**

- **SUMARIO: 1-Introducción; 2-Breve Reseña Histórica; 3- ¿Qué es el Control de Convencionalidad?; 4- Concepto del Control de Convencionalidad; 5- Problemática en la aplicación del Control de Convencionalidad; 6- Conclusión.-**

**INTRODUCCIÓN.-**

El presente artículo tratará un tema de actualidad que ha tenido relevancia en el Sistema Jurídico Latinoamericano ya que más de un país debió modificar la interpretación constitucional de las normas de derecho interno para adaptarla a las necesidades jurídicas que han sido impuestas por los Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos.-

Esto ha llegado a tomar tal importancia que en los Estados Unidos Mexicanos el 10 de junio del año 2011 se ha modificado tanto el Capítulo I<sup>4</sup> del Título I y el Art. 1 de la Constitución de 1917 y se ha establecido que el respeto a los Derechos Humanos lo gozaran todas las personas de acuerdo a la Constitución y a los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte.-

Nótese que la adaptación de la que hablamos no solo tiende a ser relevante en tanto hace a la administración de justicia por los órganos jurisdiccionales internos, sino que doctrinariamente debe cambiarse la forma de pensar el Derecho, en algunos países esta adaptación ha llevado a autores tanto jurídicos como políticos a hablar de dejar de lado el principio máximo de soberanía, situación impensada pocos años atrás.-

El cambio que relatamos y trataremos de explicar en las letras siguientes se lo debemos al Control de Convencionalidad. Institución que ha sido creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>5 6</sup>, al momento de estudiar y resolver las demandas interpuestas en respeto a los Derechos Humanos por el incumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos <sup>7 8</sup> por parte de las víctimas contra los Estados Partes de la Convención.-

---

<sup>3</sup> Abogado por la Universidad Nacional de Asunción año 2011 cuadro de honor, Especialista en Docencia Superior Universitaria por la UNA, Profesor Auxiliar de las Materias Derecho de la Integración y Derechos Intelectuales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA Filiales Caacupé y San Juan Bautista respectivamente, Miembro del Instituto Panamericano de Derecho Procesal Capítulo Paraguay, ha terminado de cursar la Maestría en Derecho Procesal por la UNR.-

<sup>4</sup> El Capítulo Primero, del Título Primero de la Constitución Mexicana, ha sido modificado y quedó de la siguiente forma: "De los Derechos Humanos y de sus Garantías"

<sup>5</sup> Este organismo ha sido pensado en la Convención Americana de Derechos Humanos en la PARTE II - MEDIOS DE LA PROTECCION, CAPITULO VI DE LOS ORGANOS COMPETENTES, Artículo 33, donde se menciona que serán competentes para tratar el cumplimiento de la Convención la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte Interamericana, la Corte, o la CIDH.-

<sup>6</sup> En adelante la CIDH o Corte Interamericana.-

<sup>7</sup> Suscrita el 22 de noviembre de 1969 en San José de Costa Rica, entró en vigencia el 18 de julio de 1978.-

<sup>8</sup> De ahora en adelante la Convención, El Pacto de San José, o el Pacto.-

## BREVE RESEÑA

La CIDH siempre ha hecho referencia indirecta al control de convencionalidad pero no lo ha plasmado con tal nombre, más bien ha hecho alusión a la forma de interpretar la legislación interna, incluyendo desde luego a la Constitución, a la luz del Pacto de San José de Costa Rica, en el sentido de hacer más favorable la interpretación de las normas relativas a los Derechos Humanos. Sin dejar de dar la importancia que se merece la CIDH no ha obtenido un gran logro con dichas recomendaciones, que si bien quedaban escritas en las resoluciones muchos de los Estados Partes no las cumplían, entre ellos el Paraguay.-

La Corte Interamericana ha expresado en varios fallos que analiza los casos que llegan a su conocimiento teniendo presente las normas y los principios que fundan su jurisdicción y que se basan en la convencionalidad de los actos reputados contrarios al Pacto de San José.-

Todos los doctrinarios hacen referencia a que fue Sergio García Ramírez ex magistrado de la CIDH quien ha hecho mención del control de convencionalidad, que al momento de justificar su voto ha mencionado sobre la convencionalidad del Pacto respecto a los Estados Partes, así como en varias conferencias.-

Pero es en el año 2006 donde aparece el instituto que trataremos: el control de convencionalidad. La CIDH ha emitido el 26 de septiembre de 2006 la Sentencia Condenatoria en el marco del juzgamiento del caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, en su párrafo 124 se menciona expresamente al control de convencionalidad: *“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero 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 no se vean mermados 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 internas 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, intérprete última de la Convención Americana”.-*

### - ¿QUE ES EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?

Toca responder la pregunta: ¿Qué es el Control de Convencionalidad? Se puede decir que el control de convencionalidad es la revisión por parte de los órganos jurisdiccionales internos de un Estado Parte del cumplimiento o no de la Convención

Americana de Derechos Humanos, es decir, si el Estado ha cumplido o no con lo establecido en el Pacto de San José de Costa Rica, así como de las recomendaciones y de la interpretación que ha realizado la Corte Interamericana de la Convención.-

Parece sencillo de entender pero en realidad no lo es, en razón que significa que debemos ampliar el margen de gestión de la Convención en la legislación nacional, es decir, introducir el texto de la Convención al derecho interno, con las instituciones que sean necesarias para poder cumplimentarla, y luego una vez logrado dicho escalón se tiene que cumplir el texto de la Convención, y posterior a esto se debe ejercer el control sobre cualquier actividad desplegada por el Estado parte, especialmente las dirigidas al respeto de los Derechos Humanos, ha cumplido o no con lo establecido en el Pacto, todo esto configura también el control de convencionalidad.-

Imaginémonos cuánto tiempo lleva desplegar toda esta actividad, y ni que decir que cultura jurídica avanzada debe poseer el Estado Parte que quiera llevar adelante a través de sus órganos jurisdiccionales el control de convencionalidad. Ya que si el mismo es realizado en forma correcta es de suponer que han de llegar menos demandas a la Corte Interamericana, en razón que internamente nos exigiríamos cumplir con la obligaciones asumidas como firmantes del Pacto, y se tendrían menos resoluciones de la CIDH que condenen a los Estados Partes que han incumplido la Convención.-

La Convención Americana de Derechos Humanos es la base más sólida del Sistema Interamericano de Derechos Humanos por lo que es atendible que la CIDH haya basado la teoría del control de convencionalidad en torno a la Convención, buscando la inaplicabilidad de las normas contrarias al Pacto de San José y con esto apuntalar el respeto por los Derechos Humanos, objetivo que hasta ahora en varios países de la región no se ha logrado.-

#### - CONCEPTO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.-

Hasta aquí hemos hecho referencias básicas respecto al Control de Convencionalidad en términos sencillos, toca conceptualizar este noble instituto jurídico.-

El gran Maestro Constitucionalista Jorge Alejandro Amaya menciona que el Control de Convencionalidad es: *“Se trata del control de la supremacía de la CADH sobre las normas de derecho interno y, según la interpretación y alcance que le demos, puede ser tanto un simple e inofensivo juego de palabras, como el peligroso abandono de nuestra soberanía en el orden judicial”*<sup>9</sup>.-

---

<sup>9</sup> La Jurisdicción Constitucional, control de constitucionalidad y convencionalidad; AMAYA, Jorge Alejandro; La Ley Paraguay S.A.; Asunción-Paraguay, 2014.-

Sagüés la define como: *"una herramienta para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos en la Convención Americana de Derechos Humanos, así mismo es de utilidad para la práctica e inmediata elaboración de un iuscommune en la región"*<sup>10</sup>.-

Me parece que estas conceptualizaciones son didácticamente claras y podemos utilizarlos para poder desarrollar las problemáticas que se desprenden al momento de desplegar la actividad del control de convencionalidad.-

## - PROBLEMÁTICA EN LA APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.-

Destacados autores han mencionado que el Control de Convencionalidad choca con varias murallas dentro del ordenamiento jurídico de los Estados Partes de la Convención en cuanto hace a la aplicación del control de convencionalidad por parte de los jueces al momento de resolver un conflicto.-

El primer problema que varios doctrinarios han encontrado es: ¿en que se basa la CIDH para obligar a los jueces locales a realizar el control de convencionalidad? Podemos extender esta pregunta a otros órganos de un Estado Parte incluso.-

Al ser la CADH un instrumento internacional que debe ser ratificado por los países que deseen formar parte de la misma, y además como estos están, pues quieren ser parte del Pacto y conocen su contenido, al tanto que la Convención reconoce dos órganos fundamentales para la correcta aplicación de la misma que son la CIDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.-

Cuanto llega el momento de ratificar un tratado internacional los Estados Partes prestan su conformidad y se obligan voluntariamente a cumplir el Pacto, en virtud de lo establecido en el Art. 26 del Convenio de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados Internacionales que establece textualmente el principio *"pacta sun servanda"*, básicamente significa que el tratado internacional que se ha ratificado y en el caso del Paraguay cuando el Congreso lo ha aprobado por ley<sup>11</sup>, serán de cumplimiento obligatorio por parte del Estado que lo ha ratificado pues ha dado su voluntad de cumplirlo.-

Queda demostrado que por la ratificación, que es el instrumento por el cual se demuestra la intención de un Estado de formar parte de un Tratado Internacional por propia voluntad, el Estado se encuentra obligado a cumplir el instrumento internacional, a menos que se lo denuncie en forma parcial con las partes que no se está de acuerdo.-

---

<sup>10</sup> Citado por Carla Guggiari Doria en el artículo: Una mirada a Paraguay en cuanto al control de convencionalidad, publicado en la obra Derecho Procesal Constitucional, Garantías fundamentales, Constitución y Proceso, publicado por Hesaka Editorial, Encarnación-Paraguay; 2014.-

<sup>11</sup> Art. 141 de la Constitución Nacional primera parte.-

El Art. 62 de la Convención Interamericana establece en su numeral primero que todo Estado Parte puede al momento de presentar el instrumento por el cual prestan la ratificación o adhesión, o en el futuro la declaración por la que acepta y reconoce **como obligatoria** la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos de interpretación o aplicación de la Convención.-

En el año 1989, específicamente el 18 de agosto, presentó la República del Paraguay el instrumento por el que ratifica/adhiere a la Convención, y el 24 de agosto del mismo año realiza el depósito de la CADH ante la Secretaría General de la OEA. Posteriormente en el año 1993 a través del Decreto reglamentario el Paraguay ha aceptado la competencia de la CIDH y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, obligándose a cumplir los fallos, las recomendaciones e incluso las opiniones consultivas.-

Con lo dicho anteriormente y teniendo en cuenta lo que establece el Art. 62 de la CADH, el Paraguay ha aceptado la doble competencia de la CIDH en cuanto hace a resolver casos contenciosos y a emitir opiniones consultivas en cuanto haga a la interpretación y a la aplicación de la Convención en los casos en los que se denuncie a un Estado Parte por incumplimiento del Pacto. Tenemos aquí que la actividad jurisdiccional de la CIDH se desenvuelve en dos fases fundamentales: la faz contenciosa que hace a la resolución de los casos en los que se haya violado los derechos fundamentales reconocidos en la CADH debiendo los Estados partes que han reconocido como obligatoria la competencia de la CIDH cumplir con lo sentenciado en la forma sentenciada; la segunda faz hace referencia a la competencia consultiva: que se habilita cuando un Estado consulta acerca de la interpretación o en lo que haga a la compatibilidad de la Convención con la legislación interna o desenvolvimiento de cualquier órgano del Estado consultor, la Opinión Consultiva al ser emitida por la CIDH es obligatoria para el Estado que ha consultado la Opinión de la Corte en virtud al Art. 62 de la CADH.-

Lo que se quiere resaltar con lo escrito en los párrafos anteriores es la obligatoriedad que tienen las decisiones, e incluso hilando más fino las opiniones consultivas, de la Corte, entre estas encontramos el caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile" que trata del Control de Convencionalidad cuya aplicación es obligatoria para los órganos jurisdiccionales y no jurisdiccionales de los Estados firmantes, esto nos abre la vía a la siguiente problemática.-

La problemática a ser tratada a continuación tiene relación con el roce constitucional entre el Control de Convencionalidad y el Control de Constitucionalidad, más bien en lo que hace al sistema elegido por el Estado firmante para ejercer el control de constitucionalidad. A que referimos con esto, es simple y la pregunta es la siguiente: ¿Cómo actúa el Control de Convencionalidad en los Estados Partes que han optado por los diversos sistemas del Control de Constitucionalidad?

Comencemos con el desarrollo de la problemática propuesta. En los Países en los que el sistema de Control de Constitucionalidad elegido es el difuso<sup>12</sup>, la cuestión es de muy fácil respuesta, pues es posible realizar el Control de Convencionalidad teniendo en consideración que los jueces inferiores pueden declarar sin más trámite la inaplicabilidad de la norma que va contra los derechos fundamentales que la Constitución Argentina y la Convención garantizan, y por ende sin impedimentos de carácter constitucional simplemente el Juez no aplica la norma contraria al Pacto, obviamente se encuentran a salvo las vías excepcionales para llegar a las Supremas Cortes de Justicia.-

En los países en los que el sistema de Control de Constitucionalidad es concentrado, mixto o se utiliza el modelo kelseniano, la situación se dificulta. Comencemos con los países que ha optado por el modelo kelseniano, para así llegar en última instancia al sistema concentrado que es el utilizado en el Paraguay.-

En países donde es utilizado el modelo kelseniano<sup>13</sup> únicamente la Corte Constitucional es la que debe resolver la aplicación o inaplicabilidad de la norma interna que vaya contra el Pacto, quedando en última instancia en ellas la utilización del Control Convencionalidad<sup>14</sup>.-

Tocaremos en este artículo es la aplicación del Control de Convencionalidad en la República del Paraguay, pues es la finalidad del mismo. Sabido es que en el Paraguay el sistema de Control de Constitucionalidad elegido por el constituyente es el concentrado, ya que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia<sup>15</sup> es el único órgano constitucional que puede realizar la labor de inaplicabilidad de las normas internas.-

En virtud del Art. 259 numeral 5° de la Constitución de Nacional de 1992 que establece los deberes y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia se encuentra el de conocer y resolver sobre inconstitucionalidad. Así también el Art. 260 de la Constitución Nacional establece: *“Son deberes y atribuciones de la Sala Constitucional: 1. conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto, y en fallo que sólo tendrá efecto con relación a este caso, y 2. decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a esta Constitución. El procedimiento podrá iniciarse por acción ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y por vía de la excepción en cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Corte”*.-

---

<sup>12</sup> Como es el caso de Argentina, como lo dice Amaya en su obra citada anteriormente pág. 103, ha seguido puntillosamente el modelo estadounidense.-

<sup>13</sup> Perú, Chile, Guatemala, Bolivia y Ecuador. El maestro Amaya es del criterio que la Corte Constitucional es un órgano integrante del Poder Judicial, a quien apoyo en este tesitura pues la Constitución Política de Colombia establece que la Corte pertenece a la rama judicial del Poder Público e incluso porque sus miembros son electos en sendas ternas que presentan el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.-

<sup>14</sup> No me arriesgare a entrar en discusión en lo que hace a la funcionalidad de cada Corte Constitucional de los países latinoamericanos que poseen el modelo kelseniano ya que será tema de mi tesis para ser Magister en Derecho Procesal por la UNR.-

<sup>15</sup> En adelante la Corte Suprema o la C.S.J.-

El Art. 260 de la Carta Magna establece que es la Sala Constitucional la encargada de resolver la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a la Constitución en cada caso concreto con efecto inter partes.-

Se preguntarán a qué viene esto, la respuesta es sencilla, en el sistema judicial del Paraguay sólo la Corte Suprema de Justicia reunida en pleno y la Sala Constitucional pueden declarar la inaplicabilidad de una norma que sea contraria a la Constitución. Recordemos que inaplicabilidad de la norma interna contraria al Pacto de San José es la función esencial para el cual fue concebido el control de convencionalidad.-

La Constitución de 1992 en su Art. 145<sup>16</sup> establece que el Paraguay admite un órgano supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, esto unido con los derechos que garantiza y protege a las personas que residen en el territorio del Paraguay y en virtud a lo dispuesto en los Arts. 137, 141 de la C.N. hasta podríamos hablar de un bloque de constitucionalidad, pues el Pacto de San José de Costa Rica así como otros Tratados Internacionales conforman el ordenamiento jurídico de la República del Paraguay, más aun teniendo en cuenta que hemos aceptado la competencia de varios Tribunales Internacionales.-

Antes de la entrada en vigencia de la Constitución Nacional de 1992, el Paraguay había optado por el sistema de control de constitucionalidad difuso donde todos los jueces inferiores podían declarar la inconstitucionalidad de las normas legales, es decir su inaplicabilidad al caso concreto. Posterior a la entrada en vigencia de la Constitución de 1992 solo la Sala Constitucional de la C.S.J., en primera instancia por así decirlo, y el Pleno de la Corte Suprema de Justicia para casos excepcionales y socialmente relevantes.-

Ahora bien teniendo en cuenta lo expresado en el caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", el control de convencionalidad ¿cómo puede ser operativizado por los Jueces Inferiores en el Paraguay? Sabiendo que los fallos son de cumplimiento obligatorio para nuestro país, ya que hemos aceptado la doble competencia de la CIDH y no hemos utilizado lo que dispone el y 142<sup>17</sup> de nuestra Constitución.-

Encontramos en principio un choque entre el sistema de Control de Constitucionalidad que ha sido elegido por el Constituyente paraguayo, y el Control de Convencionalidad pregonado por la Corte Interamericana.-

Por los compromisos asumidos en la esfera Internacional y a los efectos de no ser sancionados por los organismos internacionales en razón del incumplimiento de las resoluciones que emanen de sus órganos principales, en este caso la O.E.A., debemos

---

<sup>16</sup> Artículo 145 - DEL ORDEN JURIDICO SUPRANACIONAL La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso.

<sup>17</sup> Artículo 142 - DE LA DENUNCIA DE LOS TRATADOS Los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de esta Constitución.

encontrar una forma de poder compatibilizar ambos conceptos que están dentro de la esfera constitucional de nuestro país.-

Se podrían imaginar varios escenarios para poder llegar a buen puerto, pero es mejor por una cuestión didáctica y a fin de evitar la dispersión mental solo ceñirnos a dos, máximo tres.-

La primera salida nos lleva a pensar en un cambio de paradigma a través de una reforma constitucional. Es loable pensar en el cambio que realizó México en el 2011 a su Constitución a los efectos de adaptarse a lo que la Corte Interamericana resuelva; o la reforma de nuestro artículo 137 de la C.N. como lo ha hecho la Argentina en 1994 y elevarle al mismo rango de la Constitución a la Convención; es más podríamos hablar de un cambio del Art. 260 de la C.N., a los efectos de dar mayor poder de decisión a los jueces en cuanto hace a la inaplicabilidad de las normas internas que vulneren y vayan en contra de los derechos fundamentales que son consagrados en la CADH y en otros documentos internacionales en materia de Derechos Humanos que el Paraguay ha ratificado.

Estas son ideas que para más de uno serán desatinadas o estarán fuera de lugar, pero la realidad del sistema Latinoamérica de Derechos Humanos nos debe hacer dar cuenta que es hora de un cambio estructural en nuestro país para ponernos nuevamente en la órbita jurídica internacional que hace varias décadas hemos quedado descolocados, y es más para evitar sanciones graves contra nuestro país que puede ir desde una suspensión a una expulsión del órgano internacional cuya punta de lanza es la CADH.-

La segunda opción que se nos ocurre es la establecida en el procedimiento que se tiene regulado para poder llegar a la Sala Constitucional o al Pleno de la C.S.J. a los efectos de remitir los antecedentes para realizar la consulta constitucional, que se encuentra establecido en el Código Procesal Civil que es anterior a la Constitución de 1992.-

¿Por qué se nos viene esta idea? Por lo que hemos dicho en las líneas que preceden a estas, el Constituyente ha optado por el sistema de control de constitucionalidad concentrado, volvemos a repetir, solo la Sala Constitucional de la C.S.J. o el Pleno de la misma para tratar casos de excepcional trascendencia social, pueden tratar la inaplicabilidad de las normas contrarias a la Constitución Nacional.-

Imaginémonos el supuesto que llega un caso a un Juez de Primera Instancia<sup>18</sup> de la Republica, el mismo toma conocimiento de la causa, se informa de la misma y posteriormente se percata que en caso de continuar con el procedimiento que ha sido instaurado dentro del proceso principal, estaría vulnerando normas y garantías consagradas en la Constitución Nacional y en el Pacto de San José de Costa Rica. Nuestros códigos procesales y la Constitución Nacional mencionan que las

---

<sup>18</sup> Sin importar el fuero. Aquí cada uno puede tomar vuelo y poner el caso que se quiera imaginar.-

resoluciones judiciales deben estar fundadas en la C.N. y en la Ley, en caso de vacío legal el Juez no puede dejar de juzgar. Por ende el juzgador se encuentra sin una salida fácil, por así decirlo, el mismo debe estudiar si la norma que desea utilizar para fundar su resolución va contra la Constitución o contra el Pacto, caso contrario si falla y no hace el presente análisis el Paraguay puede ser sancionado por la CIDH por que el Juez ha aplicado la norma que viola el Pacto y no ha pasado por el control de convencionalidad.-

En el razonamiento realizado por el inferior si la norma local colisiona contra la Convención debe remitir los antecedentes a la Sala Constitucional ya que el mismo no posee la atribución para poder declarar su inaplicabilidad, utilizando la figura de la consulta constitucional establecida en el Código Procesal Civil Paraguayo.-

En este caso la única que tiene la potestad de decidir sobre la inaplicabilidad de la norma local utilizando el control de convencionalidad es la Sala Constitucional de la C.S.J., si la misma constata lo que el Juez Inferior ha manifestado en su informe de consulta constitucional<sup>19</sup>, inmediatamente debe declarar la inaplicabilidad de la norma al caso concreto, con los efectos particulares previstos en el Art. 260 numeral 1 ultima parte.-

Tenemos la respuesta al planteamiento de la operatividad del control de convencionalidad en el Paraguay por parte de los jueces inferiores. La respuesta por sino ha quedado clara es la siguiente, utilizando la figura de la consulta constitucional el Juez de Primera Instancia, pues el mismo no se encuentra exento de realizar el control de convencionalidad lo que no puede hacer es declarar la inaplicabilidad de la norma local, debe elevar los autos a la Sala Constitucional de la C.S.J. debiendo la misma ser a que falle respecto a la inaplicabilidad de la norma que contraviene el Pacto de San José de Costa Rica.-

Juan Carlos Hitters<sup>20</sup> menciona que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado un avance en cuanto hace al alcance de sus resoluciones, dándole efectos erga omnes desde el caso “Gelman vs. Uruguay”. En principio la Corte Suprema del Uruguay ha manifestado que el alcance de las resoluciones de la CIDH solo tiene efecto para el caso concreto. Empero la CIDH ha hecho saber a la Corte Uruguaya que el cumplimiento de la resolución de la Corte Interamericana *“corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar el Tratado Internacional de buena fe (pacta sun servanda) y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre del Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden, por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida. Las obligaciones convencionales de los Estados Partes vinculan a todos los poderes y órganos del Estado, es decir, que todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial y otras ramas*

<sup>19</sup> Que incluso la podríamos llamar consulta de convencionalidad ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.-

<sup>20</sup> Un avance en el control de convencionalidad (El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte interamericana), artículo publicado en Derecho Procesal Constitucional, Garantías fundamentales, Constitución y Proceso, publicado por Hesaka Editorial, Encarnación-Paraguay, 2014

*del poder público) y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo los más altos tribunales de justicia, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional”<sup>21</sup>.*-

Pero aquí surge, a mi parecer, lo que puede ser la última problemática en cuanto hace a la aplicación del control de convencionalidad en el Paraguay por parte del Órgano Jurisdiccional encargado de la inaplicabilidad de la norma local.-

¿Cómo conciliar el efecto inter partes que tiene la inaplicabilidad de la norma local por parte de la Sala Constitucional con el efecto erga omnes de las resoluciones de la CIDH?

Se ha mencionado que el sistema de control de constitucionalidad en el Paraguay adopta el sistema concentrado cuyo efecto es inter partes, es decir, solo tiene efectos para el caso concreto la decisión de la Sala Constitucional en cuanto hace a la inaplicabilidad de la norma reputada como inconstitucional. En el caso que le toque a la Sala Constitucional realizar el control de convencionalidad, no podrá darle efectos erga omnes pues la misma Constitución al decirle cuales son sus funciones primordiales corta el camino del efecto erga omnes.-

Aquí se impone una reforma constitucional del Art. 260 de la C.N. en cuanto hace al cumplimiento de las resoluciones del órgano supranacional interamericano de Derechos Humanos para que la inaplicabilidad de la norma local declarada por la Sala Constitucional de la C.S.J. tenga efectos erga omnes, caso contrario el Paraguay puede ser sancionado por no cumplir con la jurisprudencia en derechos humanos de la Corte Interamericana.-

Es verdad que el Pacto y la Constitución Nacional tienen un mismo rango, de acuerdo a lo que llamamos plexo constitucional se desprende dicha afirmación, pues como Estado nos hemos obligado internacionalmente a aceptar la doble competencia de la CIDH y por ende de ejercer el control de convencionalidad que la misma impone a cada Estado Parte de la Convención e inaplica las normas locales que contravengan la el Pacto de San José de Costa Rica.-

Por lo dicho anteriormente y teniendo en cuenta que el control de convencionalidad que propugna la CIDH es de realización obligatoria por parte de los Estados que forman parte de la Convención y los fallos de aquella tienen efectos erga omnes debemos estar dispuestos a transitar el arduo camino de la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos, y así poder compatibilizar nuestro derecho interno con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para asumir correctamente nuestros compromisos como Estado Parte de la Convención Americana de Derechos Humanos.-

---

<sup>21</sup> "Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Supervisión de cumplimiento de Sentencia, resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 57".

## - CONCLUSIÓN.-

Para finalizar podemos decir que el control de convencionalidad lo puede realizar cualquier Juez paraguayo sin importar el rango, pero lo que no puede hacer es dictar la inaplicabilidad de la norma interna que colisiona con la Convención, pues constitucionalmente dicha función pertenece a la Sala Constitucional de la C.S.J. con efecto para el caso concreto. A menos que la cuestión de la inaplicabilidad de la norma jurídica la trate el Pleno de la C.S.J. que es el único organismo que le puede dar el efecto erga omnes a la inaplicabilidad, cuestión que la CIDH solicita al momento de supervisar los cumplimientos de sentencias.-

En muy pocas ocasiones desde que la vida democrática del Paraguay tiene existencia el Pleno de la C.S.J. se ha reunido y dado dicho efecto general a la inaplicabilidad de la norma.-

Actualmente no debemos cerrarnos a la idea de la reforma constitucional pues sin ella estaríamos perdiendo de vista el escenario jurídico latinoamericano y nos quedaríamos relegados en el cumplimiento de la Convención exponiéndonos cada día a condenas más fuertes, pues la CIDH se dará cuenta que en nuestro país el control de convencionalidad no es tomado en serio por todos los órganos del Estado paraguayo.-

El choque entre el control de convencionalidad y el sistema de control de constitucionalidad será cada vez más marcado sino tomamos las medidas necesarias para poder compatibilizar lo que la CIDH falla sobre el cumplimiento e interpretación de la CADH. Llegó el momento de ponernos al día con una deuda que tenemos con los Derechos Humanos y esa deuda es conciliar nuestra normativa local con la Convención, pues de modo contrario estaríamos fallando como Estado pues aun abrían puertas que posibiliten el quiebre de los derechos fundamentales que el Pacto y nuestra Constitución garantizan y pregonan.-

## BIBLIOGRAFIA

- La Jurisdicción Constitucional, control de constitucionalidad y convencionalidad; AMAYA, Jorge Alejandro; La Ley Paraguayo S.A.; Asunción-Paraguay, 2014.-
- Derecho Procesal Constitucional, Garantías fundamentales, Constitución y Proceso, publicado por Hesaka Editorial, Encarnación-Paraguay; 2014.-
- Derecho Procesal Constitucional; Néstor Pedro Sagüés; Editorial Astrea; Cuarta edición actualizada y compilada, Segunda reimpresión; Buenos Aires-Argentina; 2013.-
- Control de Constitucionalidad; Jorge Alejandro Amaya; Editora Astrea; primera impresión, Buenos Aires-Argentina; 2013.-
- Constitución de la República del Paraguay año 1992.-
- Convención Americana de Derechos Humanos.-
- Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, extraídas de la página web del organismo: [www.oas.org/es](http://www.oas.org/es)



## ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL PROCESO COMO MÉTODO UNILATERAL Y AUTORITARIO DE INVESTIGACIÓN<sup>22</sup>

FERMÍN CANTEROS<sup>23</sup>

Según parece, en la segunda mitad de la edad media (aproximadamente hacia el año 1.000 d. c) comenzaron a producirse y a crecer en los distintos Reinos romano-germánicos de la Europa continental, diversos actos de herejía masiva contra la iglesia católica y contra el dogma cristiano en general. Para comprender el contexto de estos hechos, recuérdese que una de las principales causas de la desintegración del Imperio Romano de Occidente fueron las masivas migraciones de pueblos extranjeros —la mayoría de origen germanos— a los que el Imperio Romano llamó “barbaros”, y que se asentaron en el territorio imperial y se fusionaron con la población local. Obviamente, estos pueblos de inmigrantes traían sus propias creencias, tradiciones y cultura, y si bien la invasión fue un grave problema para el Imperio y su estabilidad, resultó muy beneficiosa en cambio para la Iglesia Católica, ya que casi todos los reyes bárbaros se convirtieron rápidamente al cristianismo, y la iglesia, lejos de debilitarse, cobró un inmenso poder, a la par que se asentó, por supuesto, la autoridad episcopal<sup>24</sup>.

Ello no significa, sin embargo, que la figura del Papa fuera siempre respetada por todos. El poder casi siempre genera codicia, y ello, sumado por un lado a la circunstancia de que muchos Papas no fueron precisamente ángeles celestiales e impolutos<sup>25</sup>, y por otro lado, al hecho de que la iglesia estructurada se aleje de la humildad inicial de los apóstoles y haga gala de ostentación, de lujos y riqueza, hizo que siempre existan críticos de la iglesia católica, de su dogma, de su estructura y de su liturgia. Y, a pesar que agnósticos, ateos y adscriptos a otros credos han existido siempre en todo tiempo y lugar, ello no representó un problema para el cristianismo (al

<sup>22</sup> ALVARADO VELLOSO, *Sistema procesal, garantía de la libertad*, Rubinzal-Culzoni, t. I, Santa Fe, 2009; RICHARD, Charles, *Los sacrosantos concilios generales y particulares*, t. IV, Madrid, 1794; SÁNCHEZ HERRERO, José, “Los orígenes de la inquisición medieval”, *Clio & Crimen*, n° 2, Durango (España), 2005, pp. 24-52; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Pilar, “La inquisición contra los Albigenses en Languedoc (1229-1329)”, *Clio & Crimen*, n° 2, Durango (España), 2005, pp. 56-80; KAMEN, Henry, *La Inquisición: una revisión histórica*, 2ª ed., Trad. María Borrás, Editorial Crítica, Barcelona, 2004.

<sup>23</sup> Abogado por la Universidad Católica “Nuestra señora de la Asunción”, Campus del Alto Paraná, con diploma de honor “Sobresaliente”. Magister en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario. Doctorando en Derecho por la misma Universidad. Profesor de pos grado en la Especialización en Derecho Procesal Civil en la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, Campus Guairá. Profesor de pos grado en el Diplomado en Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, Campus Guairá. Miembro del Instituto Sudamericano de Dogmática Procesal. Miembro del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Abogado litigante. Autor del libro “Estructura básica de los discursos garantista y activista del Derecho Procesal”, publicado en Argentina, Paraguay, Perú y Colombia. Coautor del libro Derecho Penal, Parte General. Director de la Revista Jurídica Jurisprudencia AltoParanaense.

<sup>24</sup> Durante los siglos posteriores a la desintegración del Imperio, el cristianismo creció sin parar y el dogma católico se propagó a una velocidad sorprendente. En el orden espacial, la creencia católica se expandió notablemente por toda Europa y parte de África y Asia. Gran parte de los monarcas, duques, barones, condes y marqueses de los distintos Reinos romano-germánicos se hicieron católicos. Fueron siglos de expansión. Se construyeron iglesias como nunca antes, se acentuaron los cultos, se afianzó la teología, se perfeccionó y reglamentó la liturgia, se fomentaron las prácticas cristianas y se alentó la adoración a los símbolos. El cristianismo se convirtió en una religión de masas y cuasi oficial. La importancia de la autoridad papal alcanzó, por todo ello, niveles insospechados.

<sup>25</sup> Una narración sobre los comportamientos de los Papas de la iglesia católica puede verse en LEDESMA, Jorge, *¡Acuso al invasor!*, editorial Planeta, Buenos Aires, 1988.

menos no en los primeros siglos de su existencia), que mayormente ignoró a los disidentes y se ocupó de profundizar la fe de sus fieles y de lograr la pretendida hegemonía religiosa mediante la difusión de la palabra de Dios.

Pero la paz entre la Iglesia Católica y los no católicos no duró para siempre. Se comenzó a esfumar cuando la Iglesia Católica, que ya ostentaba un dominio importante sobre la población de fieles y que no quería menguarlo, sintió que las voces disidentes podían afectar en algún punto a los fieles espiritualmente más débiles y que ello podía resultar, en última instancia, una amenaza concreta para la pretendida hegemonía del credo católico. Era necesario, por tanto, fortalecer la religión católica y hacer algo, fundamentalmente contra los disidentes que cuestionaban el dogma, pero también contra los que lo abandonaban, contra los que lo aceptaban sólo parcialmente y contra los que lo propugnaban con ciertas variaciones no consentidas por la Santa Sede. La religión católica debía ser una sola; homogénea y sin disidencias. Todo lo contrario sería, desde ese momento, una gran herejía.

Ello generó que en el Concilio de Verona de 1184, cuando ya los actos de herejía se sucedían por doquier, el Papa Lucio III dicte la bula *Ad Abolendam*, y mediante ella encomiende —y exija— a los Obispos que una o dos veces al año se informen por sí mismos, o con la ayuda de terceros, acerca de las personas sospechosas de herejía según la voz común y las denuncias particulares, y que, así, administren el sacramento de la penitencia a todos los herejes de sus respectivas diócesis.

La herejía preocupaba tanto al Papa Lucio III que la bula *ad abolendam* incluso amenazaba con la desposesión del cargo a los obispos se mostrasen remisos a la hora de limpiar sus diócesis de los “fermentos heréticos”<sup>26</sup>.

Un famoso fragmento de aquella bula rezaba:

*“A las anteriores disposiciones [...] agregamos el que cualquier arzobispo u obispo, por sí o por su archidiácono o por otras personas honestas e idóneas, una o dos veces al año, inspeccione las parroquias en las que se sospeche que habitan herejes; y allí obligue a tres o más varones de buena fama, o si pareciere necesario a toda la vecindad, a que bajo juramento indiquen al obispo o al archidiácono si conocen allí herejes, o a algunos que celebren reuniones ocultas o se aparten de la vida, las costumbres o el trato común de los fieles...”*

---

<sup>26</sup> Cabe apuntar que cito el Concilio de Verona de 1184 como el primer *hito jurídico* de la lucha de la Iglesia Católica contra la herejía, pero de facto esta “lucha” —o mejor dicho *preocupación*— había comenzado muchos años antes. Al parecer, ya en el Concilio de Reims de 1049 el Papa se había pronunciado sobre la herejía. Refiriéndose a dicho Concilio, RICHARD escribe: “(...) El papa excomulgó después a los nuevos herejes que se habían levantado en Francia, y a los que les protegiesen. No se nombran estos herejes: quizá eran Maniqueos o discípulos de Berenguer, que empezaban a dogmatizar” (RICHARD, *op. cit.*, p. 230). También en el Concilio de Tour de 1163, según SÁNCHEZ HERRERO, “se toman medidas de rigor contra los herejes maniqueos que «como un cáncer se habían extendido a través de toda la Gascuña y en otras provincias»” (SÁNCHEZ HERRERO, *op. cit.*, p. 21). A pesar, por tanto, de que la preocupación por la herejía y las acciones por combatirla se iniciaron mucho antes del Concilio de Verona de 1184, itero que menciono como hito fundamental de la lucha contra los herejes el Concilio de Verona porque es en éste concilio donde aparece el germen del proceso como método de investigación, ya que el Papa le encomienda a los Obispos de las zonas donde habitan los herejes, que se informen sobre los actos de herejía y sobre los datos de los herejes. Es el primer hito jurídico de la inquisición, que con los años evolucionó y se perfeccionó.

En realidad, la bula *Ad Abolendam* estaba dirigida, más que nada, a la persecución de los *cátaros* o *albigenses* (aunque no sólo contra ellos<sup>27</sup>), conocidos también como “la secta de los tejedores” (porque se dedicaban principalmente a tejer y vender sus tejidos), que habitaban la zona de Languedoc, al sur de Francia, y que tenían una visión bastante crítica de la doctrina católica<sup>28</sup>.

Fue así como los Obispos tomaron a su cargo la inspección —a través de personas de buena reputación— de los pueblos donde se presentaban las herejías, con el fin de que se encuentre a los pecadores insurrectos, se consiga de éstos la confesión de los pecados cometidos y se les haga ver el *error* en el que han caído, para obtener, así, su sincero arrepentimiento y el firme propósito de no volver a pecar. Una vez encontrados, si los herejes confesaban y se arrepentían de su herejía, recibían el *perdón de Dios* mediante el sacramento de la penitencia y se reinsertaban automáticamente en el seno de la iglesia. En caso contrario, los más obstinados podían ser excomulgados.

La tarea investigativa de los Obispos no tenía —en principio— una finalidad punitiva, sino, antes bien, una finalidad pastoral, pues la intención principal de la iglesia era que los no católicos se conviertan al catolicismo, y que los católicos con pensamientos particulares no pregonen otras ideas que las oficiales de la Santa Sede. Esta homogeneización ideológica solo podía llevarse a cabo, obviamente, mediante el conocimiento de las personas sospechosas de herejía y sus creencias, lo cual suponía una investigación que permitiera conocer quiénes eran los no católicos y los católicos no ortodoxos. Una vez hallados, resultaba menester hacerles tomar consciencia del “error” que suponía pensar distinto a un buen católico. Finalmente, debían ser incorporados (o reincorporados) al seno de la religión católica, lo que se lograba



<sup>27</sup> Si bien los cátaros eran los herejes más numerosos y organizados, la bula *ad abolendam* se dirige también contra los patarinos, los josefinos, los amaldistas y todos los que se dan a la predicación libre, y creen y enseñan contrariamente a la Iglesia católica sobre la Eucaristía, el bautismo, la remisión de los pecados y el matrimonio.

<sup>28</sup> La creencia cátara era maniqueísta; consideraban que había dos mundos creados: un mundo espiritual, creado por Dios, y otro material, creado por Satán, por ello pregonaban la salvación mediante el ascetismo, es decir, mediante el rechazo del mundo material y la negación de los placeres surgidos del mismo. Así, los cátaros (que llevaban ese nombre porque hacían *catarsis*, vale decir, purificación del alma) tenían una vida austera y se consideraban “puros” porque se despojaban de las pasiones y pretensiones materiales. Pensaban que el Reino de Dios no es de este mundo, porque Dios sólo creó lo inmaterial (las almas y el cielo), mientras que el diablo creó lo material y, entre ello, la Iglesia Católica, que ostentaba ya por aquellos días una importante cantidad de bienes materiales y a la que consideraban una herramienta de corrupción. También rechazaban, entre otras cosas, el bautismo, porque para llevarlo a cabo se utilizaba un elemento material: el agua. Obviamente, al Papa no le hizo mucha gracia la prédica de los cátaros y se propuso perseguirlos. Así, pues, el Concilio de Verona de 1184 y la bula *Ad Abolendam*, marcaron el fin de la tolerancia a los disidentes del dogma católico y el comienzo de la Inquisición Episcopal, caracterizada por la tarea investigativa asignada a los Obispos del lugar.

mediante el sacramento de la penitencia<sup>29</sup> y el arrepentimiento. Y sólo si no se arrepentían o si reincidían en su herejía, podían ser castigados por el Obispo (con diversas penas religiosas, como por ejemplo rezar una cierta cantidad de veces al día, e incluso hasta la excomunión) y, en los casos más graves, “relajados”<sup>30</sup> al poder secular.

Fue así que la iglesia católica, a través de sus Obispos inquisidores (y éstos, a su vez, con la ayuda de terceros), comenzó a investigar los actos de herejía que se desataron al sur de Francia, con el propósito de hallar a los pecadores, lograr su confesión y su arrepentimiento, y otorgarles el *perdón de Dios*, para reconciliarlos, así, con la fe de la que se habían apartado. Así nace, formalmente, la famosa *Inquisición*, que por haber sido encomendada originariamente a los Obispos, recibió el nombre de *Inquisición Episcopal*<sup>31</sup>.

Pero quince años después del Concilio de Verona, en 1199, el Papa Inocencio III sintió que a pesar de la tarea inquisitorial encomendada a sus Obispos, las cosas no habían mejorado mucho, y que los grupos de herejes eran cada vez más importantes (pues ya dominaban toda la zona de Languedoc, al sur de Francia, y tendían a esparcirse y aumentar su tamaño). A raíz de ello, decidió dar un paso más en su afán reductor de herejes: dictó la bula *Vergentis in senium* y mediante ella proclamó a la herejía como un “crimen de lesa majestad divina”.

El crimen de lesa majestad era, hasta entonces, el crimen supremo según el derecho romano, pues implicaba una ofensa directa (o un crimen) contra la figura del Rey, del Emperador y, en general, de cualquiera que tenga el alto rango de “majestad”, como el que en ese momento adquirió el Papa que, como vicario de Cristo, era “majestad divina”<sup>32</sup>. Así, al ser declarada como un *crimen de lesa majestad divina*, la herejía, de origen esencialmente teológico, se transformó en una noción jurídica, y lo que antes era sólo pecado pasó a ser también delito, principiando de este modo la confusión posterior entre el poder civil y el religioso<sup>33</sup>.

La declaración de la herejía como *crimen de lesa majestad* fue un acontecimiento muy importante que implicó tres claras consecuencias, a saber; en primer lugar, le

---

<sup>29</sup> Penitencia es el sacramento administrado por la Iglesia católica mediante el cual los cristianos reciben el *perdón de Dios* por sus pecados. También se le llama penitencia a la pena que le impone el confesor al penitente.

<sup>30</sup> Según el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra “relajar” significa “entregar el juez eclesiástico al secular un reo digno de pena capital.” En otros términos, a los herejes más obstinados los mandaban al verdugo.

<sup>31</sup> Cuadra señalar que a la par de la inquisición episcopal encomendada a los ordinarios de cada diócesis, existió otra que puede llamarse *inquisición legatína*, y que era la encomendada por el Papa a sus delegados que recorrían los pueblos en una determinada extensión. Ver a este respecto SÁNCHEZ HERRERO, *op., cit.*, p. 24.

<sup>32</sup> “Si el derecho romano reservaba el crimen de lesa majestad a los ataques contra la majestad del príncipe, esta bula va a considerar todavía más graves los ataques contra el papa, contra la fe que éste edicta, contra su persona y contra la institución que él representa. Se trata pues de un crimen contra la majestad divina” (JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *op., cit.*, p. 61). Majestad es una palabra derivada de la palabra latina *maiestas*, que significaría grandeza, mientras que la palabra “lesa” proviene de *lesión* o agravio, de ahí que el delito de lesa majestad era considerado el peor de todos, porque suponía una lesión contra la investidura de un grande, sea el Rey, el Emperador, y por supuesto el Papa.

<sup>33</sup> La declaración de la herejía como delito de lesa majestad no es inocente. El Papa necesitaba que los Reyes comprometieran su esfuerzo y dispusieran su poder secular para ayudarlo a combatir a los herejes, de manera tal que al declarar a la herejía como *crimen de lesa majestad* buscó, entre otras cosas, que los Reyes sientan los actos de herejía como una afectación a sí mismos y a su investidura, y que, por tanto, les incomode se sientan lesionados por los herejes. Logrado ello, los reyes pondrían su poder al servicio de las campañas anti-heréticas de la iglesia.

otorgó un carácter negativo no sólo a nivel religioso (pecado) sino también a nivel secular (delito) y, por tanto, todas las autoridades civiles y religiosas debían luchar contra este nuevo flagelo que representaba un atentado contra toda *majestad*; en segundo lugar, le otorgó el carácter de “delito de orden público” y, por ende, perseguible de oficio (aunque, en realidad, el que más interés tenía en perseguir de oficio a los herejes era el Papa, y no tanto así los monarcas seculares); y, en tercer lugar, supuso para los Obispos inquisidores que, si los herejes no se arrepentían de sus pecados, debían ser entregados a las autoridades civiles para que éstas les den otro castigo aparte del castigo religioso de excomunión que podían sufrir.

Pero cabe apuntar que, no obstante la declaración de la herejía como crimen de lesa majestad, no menguaron los esfuerzos del Papado por combatir *pastoralmente* la herejía, vale decir, sin tener que llegar a la consecuencia de entregar a los herejes al poder secular para su “castigo”, pues cabe recordar que la intención principal de la iglesia era mostrarles a los herejes pecadores su *error* y, a partir de allí, lograr su confesión y su sincero arrepentimiento, para así otorgarles luego la gracia del perdón de Dios, liberadora de pecados<sup>34</sup>. Es así que antes y después de la declaración de la herejía como crimen de lesa majestad, el Papa, con el fin de convertir a los herejes a la religión católica, envió en carácter de delegados varios monjes hacia las zonas heréticas con el encargo de combatir con mayor empeño la herejía —aumentando la predicación en los pueblos— y de reformar el clero local que parecía no estar trabajando con suficiente tesón en su tarea inquisitorial. Así envió la santa sede una serie de delegados papales para predicar al sur de Francia contra los herejes, fundamentalmente contra los cátaros.

Pero al cabo de unos años, los abades delegados del Papa no tuvieron buenos resultados, ni en el combate contra la herejía ni en la reforma del clero local. Y es que, en cuanto al combate contra la herejía, la presentación de los delegados no era la más adecuada para alcanzar el éxito que pretendían, ya que recorrían los pueblos en lujosos coches de caballos acompañados de todo un cortejo de servidores, y eso, a los cátaros (que rechazaban el mundo material y pregonaban el ascetismo), no les agradaba demasiado. Es lógico, pues, el efecto adverso que causaron cuando precisamente el lujo y la suntuosidad era lo que más reprochaba el pueblo cátaro a la iglesia romana. Por otro lado, en cuanto a la reforma del clero local, el fracaso de la misión se debió a que los Obispos de la zona rechazaban la *autoridad extraordinaria* que el Papa había conferido a los delegados (a quienes incluso se los había facultado para desplazar y excomulgar a los Obispos poco activos). Por ello, en mayo de 1206, ante el fracaso de su misión, los abades decidieron regresar a sus respectivas abadías.

---

<sup>34</sup> A pesar que la herejía ya había sido declarada como crimen de lesa majestad divina, la inquisición episcopal mantenía su finalidad pastoral y no represiva, ya que ésta última sólo se activaba cuando el hereje no se arrepentía de sus actos. Además, los esfuerzos de conversión pacífica de los herejes debían continuar porque muchos Reyes, Condes y Barones no aceptaban utilizar su poder contra los herejes, cuya disidencia religiosa molestaba en realidad a la iglesia y no a ellos mismos. Pasarían unos cuantos años más hasta que el poder civil y religioso se mezclara y alineara en pos del objetivo común de castigo a los herejes.

Según se dice, en el camino de regreso, dos de los abades delegados<sup>35</sup> conocieron a dos castellanos que regresaban de Roma. Eran Diego de Acebes, obispo de Osma, y su vicedominico, Domingo de Guzmán, posterior fundador de la Orden de Predicadores (cuyos miembros son más conocidos como *los dominicos*). Este encuentro fue muy importante. Los delegados papales les contaron al obispo y al vicedominico las dificultades que habían tenido en su misión de convertir herejes y reformar el clero, a lo que éstos les plantearon la solución al problema: les dijeron que debían dejar de lado la reforma del clero local y dedicarse exclusivamente a la predicación pero, para que esta fuera eficaz, era preciso que cumpliera una condición imperativa: la pobreza, es decir, viajar con humildad, ir a pie, sin dinero, y en lo posible en parejas de dos en dos, imitando las costumbres de los *Perfectos cátaros*<sup>36</sup>. Así, los abades hicieron caso a estas recomendaciones y comenzaron a predicar de esa forma. Fue así como, poco a poco, este método fue dando resultados positivos, y resultó eficaz para convertir a creyentes cátaros e, incluso, a algunos *Perfectos*. De hecho, el vicedominico Domingo de Guzmán, que en los años posteriores se convertiría en una de las personas más importantes para el Papa, se instaló en Fanjeaux, el centro mismo de la región de Languedoc, y convirtió en católicas a un grupo de Perfectas y mujeres creyentes cátaras, a las que instaló en el famoso Monasterio de Prouille, que luego se convirtió en un importante centro educativo y hospitalario de muchachas<sup>37</sup>.

Sin embargo, aunque los logros de Domingo de Guzmán ponían de manifiesto la eficacia de su método de conversión, los resultados eran muy lentos, pues se trataba de una predicación larga y difícil que exigía modestia y paciencia, y sobre todo ir de población en población enfrentándose a los contrapredicadores cátaros. Así las cosas, con la herejía en pleno auge y el lento avance en la reducción de los herejes, el Papa sentía que la misión pacífica había fracasado. Nadie imaginó, por aquellos tiempos, que sólo faltaba una pequeña chispa que sirviera de argumento al Papa Inocencio III para tomar las armas en busca de una solución más *eficaz* al problema de la herejía.

<sup>35</sup> Raoul de Fontfroide y Pierre de Castelnaud, de la Abadía de Fontfroide, Languedoc, Francia.

<sup>36</sup> No todos los cátaros practicaban en la misma medida el ascetismo (negación de los placeres materiales). A los cátaros que llevaban una vida ascética total y ejemplar se los llamaba "Perfectos". Los Perfectos y Perfectas no eran muy numerosos, pero eran los predicadores y líderes espirituales de la población. Esos Perfectos (o *bons hommes*) no poseían bienes propios ni tenían comercio sexual alguno. Se abstenerían de carne y lactiños. No podían jurar ni ir a la guerra. Iban vestidos de negro y vivían en comunidad, hombres y mujeres por separado. Entre los hombres se escogían los obispos y diáconos y viajaban constantemente, predicando e impartiendo el *consolamentum*, que era el único sacramento y consistía en una especie de bautismo y comunión juntos, y se llevaba a cabo sin la utilización de agua.

<sup>37</sup> Convencido de que los herejes cátaros debían ser convertidos al catolicismo, Domingo de Guzmán comenzó a formar el movimiento de predicadores, que más tarde se convirtió en la prestigiosa e importante Orden de los Predicadores (un grupo de religiosos que buscaban vivir en pobreza y predicar el evangelio). Con autorización del Papa Inocencio III, en 1206, Domingo de Guzmán se estableció en Languedoc como predicador entre los cátaros. Para predicar la doctrina católica entre los pueblos apartados de la fe, en 1215 establece en Tolosa la primera casa masculina de su famosa Orden de Predicadores. En septiembre del mismo año, asiste al cuarto Concilio de Letrán y solicita del Papa la aprobación de su orden como organización religiosa de canónigos regulares. El 22 de diciembre de 1216, recibe del papa Honorio III la bula *Religiosam Vitam*, por la que la Iglesia Católica acepta y confirma la Orden de Predicadores, que en las décadas siguientes no paró de sumar adeptos. Luego de aceptarse formalmente la Orden, Domingo de Guzmán se dedicó a dispersar a sus frailes por todo el mundo, enviándolos a predicar Francia, España, Bolonia y otros lugares, mientras que él decide marchar a Roma. Se dice que allí se manifiesta su poder taumáturgico con numerosos milagros y se acrecienta de modo extraordinario el número de sus frailes. Con su Orden de Predicadores claramente estructurada y más de sesenta comunidades en funcionamiento, agotado físicamente, fallece el 6 de agosto de 1221, a los cincuenta y un años de edad, en el convento de Bolonia, donde sus restos permanecen sepultados. Hasta el siglo XIX, los dominicos representaron la segunda comunidad masculina más numerosa, después de los franciscanos. Para comprender la magnitud de este movimiento, basta advertir que la capital de "República Dominicana" lleva el nombre de Santo Domingo de Guzmán en honor a él. En 1234 el papa Gregorio IX canonizó a Domingo de Guzmán y desde entonces la Iglesia Católica celebra su fiesta el 8 de agosto.

Y esa chispa efectivamente llegó. Se produjo en la primavera de 1208, con el asesinato, en Saint-Gilles, del delegado papal Pierre de Castelnau. En efecto, mientras Domingo de Guzmán y los otros delegados papales predicaban en los pueblos de los herejes, el monje cisterciense y delegado papal Pierre de Castelnau tomó la iniciativa de plantear un acuerdo general de paz a todos los condes y señores de Languedoc (con los que la iglesia venía teniendo una relación áspera) con el fin de que éstos comprometieran su poder civil para la persecución de los herejes que no compartían la fe católica y que no se arrepentían de sus pecados. Castelnau pidió entonces a los condes y señores feudales la promesa de no emplear judíos en su administración (en intento de evitar préstamos que no fueran eclesiásticos), y, sobre todo, la promesa de perseguir a los herejes con el poder secular.

Uno de los que negó al delegado papal su ayuda para perseguir a los herejes fue el Conde de Tolosa, Raimundo VI, razón por la cual Pierre de Castelnau lo excomulgó, por considerarlo “cómplice de la herejía”. A raíz de la excomunión, Raimundo VI tuvo una entrevista con Pierre de Castelnau en enero de 1208 en Saint-Gilles, de la que, sin embargo, no resultó ningún acuerdo, y el delegado papal, por ende, no levantó la excomunión. Ese día, cuando volvía de la reunión con Raimundo VI, Pierre de Castelnau fue asesinado. El Papa Inocencio III acusó abiertamente al Conde de Tolosa del asesinato de su delegado y ello desató el inicio de la terrible Cruzada contra los cátaros; una cruzada militar que iba a sustituir a la cruzada pacífica de predicación y que, en realidad, no era sólo contra los cátaros sino también —y por sobre todo— contra los condes, barones y señores feudales que se negaban a combatirlos y que los protegían<sup>38</sup>.

La cruzada se extendió hasta 1229 en que terminó y se firmó el famoso Tratado de Tolosa<sup>39</sup> (a pesar de todo lo cual, sin embargo, el catarismo no se extinguió<sup>40</sup>), que fue firmado entre el Reino de Francia y la Iglesia Católica por una parte, y el vencido Conde de Tolosa, Raimundo VII, por la otra<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> El 9 de marzo de 1208, el Papa dirigió una carta a todos los arzobispos del Languedoc y a todos los condes, barones y señores del reino de Francia, en la que les decía que toda la tierra poseída por los cátaros podía ser confiscada a voluntad de quien quiera, y que todo aquel que combatiera durante cuarenta días contra los “herejes”, sería liberado de sus pecados. Un fragmento de la carta decía: *Despojad a los herejes de sus tierras. La fe ha desaparecido, la paz ha muerto, la peste herética y la cólera guerrera han cobrado nuevo aliento. Os prometo la remisión de vuestros pecados a fin de que pongáis coto a tan grandes peligros. Poned todo vuestro empeño en destruir la herejía por todos los medios que Dios os inspirará. Con más firmeza todavía que a los sarracenos, puesto que son más peligrosos, combatid a los herejes con mano dura.* La cruzada logró la adhesión de prácticamente toda la nobleza del norte de Francia, que derrotó a Raimundo VI y todos los señores feudales de la zona. En noviembre de 1215, el Cuarto Concilio de Letrán reconocerá a Simón de Montfort como nuevo conde de Tolosa, desposeyendo a Raimundo VI, exiliado en Cataluña después de la batalla de Muret. La cruzada contra los cátaros, sin embargo, no terminó allí y duró varios años más.

<sup>39</sup> También conocido como Tratado de Paris de 1229.

<sup>40</sup> Se dice que el catarismo se extendió hasta 1329 en que se quemaron en Languedoc los últimos creyentes cátaros. Cfr. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 57.

<sup>41</sup> Las condiciones del tratado fueron particularmente duras para el Condado de Tolosa que a la larga vería en él su propia desaparición. Además vinieron acompañadas de una penitencia pública del conde Raimundo que antes de firmarlo debió peregrinar hasta París donde fue flagelado sobre los escalones de Notre-Dame. El acuerdo comprendía 22 cláusulas que comprometían al cese de las hostilidades entre el conde de Tolosa y la nobleza feudal francesa a cambio de que el primero prestase su fidelidad a la Iglesia Romana y al rey de Francia, abandonando su apoyo a la causa de sus vasallos cátaros enfrentados a la Iglesia a la que debía simultáneamente compensar con una serie de indemnizaciones económicas.

A partir de aquí, habiendo la Iglesia católica derrotado a quienes se negaban a reprimir la herejía, la fusión entre el poder religioso y el poder secular fue casi total y se puso, sin reparos, al servicio de la persecución a los herejes<sup>42</sup>.

El poder del Papa alcanza, así, su máximo apogeo, y el Sumo Pontífice decide entonces que ha llegado el momento de cambiar las cosas y combatir la herejía con real empeño y eficacia. Por ello, el Concilio de Tolosa de ese mismo año (1229) reafirma la tarea inquisitorial encomendada a los Obispos y establece definitivamente el proceso inquisitorial escrito y secreto que debe iniciarse de oficio y en el cual no se permite abogados defensores<sup>43</sup>. Asimismo, establece las penas a aplicarse a los pecadores-delinquentes y dispone la confiscación de bienes de los herejes impenitentes y de los encubridores de éstos<sup>44</sup>. Los herejes arrepentidos de sus pecados-delitos evitaban morir quemados en la hoguera pero eran despojados de su capacidad civil (por eso se le confiscaban sus bienes). Los condenados por herejía y los reincidentes eran *relajados* al brazo secular y, consecuentemente, encarcelados de por vida o quemados en la hoguera.

---

<sup>42</sup> Pero mientras la cruzada militar contra los cátaros y sus protectores se desarrollaba en Languedoc, otro acontecimiento importante tenía lugar a novecientos kilómetros de allí, en Letrán, Roma. Fue en 1215, año en que se llevó a cabo el IV Concilio Ecuménico de la Iglesia Católica, en el que "el Papa pregona la legitimidad de las investigaciones (inquisiciones) del obispo, exige esta investigación *ex officio* y aprueba las penas que se deriven contra el reo" (SÁNCHEZ HERRERO, *op. cit.*, p. 26). Es posible que después del Concilio de Letrán de 1215, el Papa haya enviado cada vez más delegados a las zonas heréticas con el fin de investigar e intensificar la conversión de los herejes. Por ello se cree que en esa época coexistieron dos tipos de inquisición; la inquisición estática episcopal (a cargo de los Obispos que las practicaban en sus diócesis) y una inquisición frailuna (a cargo de los frailes itinerantes enviados por el Papa). Sin embargo, se entiende que hasta el año 1231 la inquisición es predominantemente episcopal, y a partir de ese año se convierte en Inquisición Papal.

<sup>43</sup> El sistema procesal escrito y secreto era una novedad para la época (por cierto que bastante negativa para los sospechosos que tuvieron que sufrirla), pues hasta ese momento todos los procesos tanto civiles como penales se hacían en forma oral y abiertos al público. El proceso con actuaciones escritas secretas no permite a los sospechosos que conozcan exactamente de qué se los acusa ni quiénes son los testigos de cargo (delatores) a quienes los inquisidores deliberada y obviamente querían proteger. Incluso, aún cuando los sospechosos hubieran podido acceder a las actuaciones escritas, ello no les hubiera servido de mucho, pues el nivel de analfabetismo de la época era sorprendente, de manera que apenas unos pocos sabían leer. Según Pilar JIMÉNEZ SÁNCHEZ: "La única ceremonia pública de este 'procedimiento de oficio' era la de los Sermones generales pronunciados por los inquisidores y al final de los cuales anunciaban las penas inflingidas a los acusados. Los Sermones generales representaban un momento muy importante de este procedimiento porque se trataba de grandes asambleas solemnes a las que asistían los poderes laicos y eclesiásticos. Era entonces cuando los condenados eran entregados al brazo secular que, según la pena, se encargará de encender las hogueras y de ajusticiarlos. Los Sermones generales jugaban un papel pedagógico importante porque era el momento en el que se presentaba a modo de recordatorio, la única verdad existente, la que formulaba la Iglesia" (JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 67).

<sup>44</sup> La confiscación de los bienes de los herejes que no se arrepentían de sus pecados ya había sido dispuesta en el cuarto Concilio de Letrán de 1215 y también en el tercero de 1179. En éste último, el canon 27 llamaba a una cruzada contra los herejes y disponía «*Aunque, como afirma el bienaventurado León, la disciplina eclesiástica se contenta con el juicio de sus sacerdotes y no inflige penas cruentas, sin embargo, recibe la ayuda de las leyes de los príncipes católicos, ya que el temor a un posible castigo corporal mueve muchas veces a los hombres a buscar un remedio saludable. Ahora, en Gascuña, en Albi, en la región de Toulouse y en otros lugares la maldita perversidad de los herejes, llamados por algunos cátaros, por otros patarinos, publicanos y de otras maneras, ha cundido de tal forma que ya no profesan en secreto, como algunos, su malvada doctrina, sino que proclaman públicamente su error y consiguen seguidores entre los simples y débiles. Ordenamos que todos ellos, sus defensores y sus protectores sean castigados con el anatema y, siempre bajo pena de anatema, les prohibimos a todos que los acojan en sus casas o en sus tierras, que los ayuden o que comercien con ellos... Mandamos a todos los fieles, para perdón de sus pecados, que se opongan animosamente a estos estragos y que defiendan al pueblo cristiano tomando las armas contra ellos; que los bienes de estos últimos sean confiscados y se les permita a los príncipes reducir a esclavitud a hombres de este tipo. Los que, con espíritu de verdadera penitencia, mueran en estos combates, obtendrán el perdón de sus pecados y la recompensa eterna. Por lo que a nosotros se refiere, confiando en la misericordia de Dios y en la autoridad de los bienaventurados apóstoles Pedro y Pablo, a aquellos cristianos que tomen las armas contra ellos y, siguiendo el consejo de los obispos o de otros preladados, luchan por expulsarlos, les perdonamos dos años de penitencia; si perduran así durante un lapso de tiempo más largo, dejamos al discernimiento de los obispos responsables de la empresa conceder, según su juicio, una indulgencia mayor en proporción a los esfuerzos realizados»*

Pero en 1231 el Papa Gregorio IX pareció advertir que sus Obispos no llevaban adelante una buena y eficiente tarea inquisitorial conforme los lineamientos trazados en el Concilio de Tolosa. Por ello, mediante la publicación de la bula *Excommunicamus*, el Papa decide crear formalmente el Tribunal de la Inquisición y le confiere especialmente la tarea inquisitorial a la “Orden de Predicadores” que años atrás había fundado Domingo de Guzmán y cuyos seguidores eran llamados *Dominicos*<sup>45</sup>. Así, la bula *Excommunicamus* marca el fin de la vieja e infructuosa Inquisición Episcopal y le da paso a la nueva y más eficiente *Inquisición Papal*, que resultó altamente efectiva por el empeño que los Dominicos le pusieron a la sagrada misión encomendada por el Papa, de quien dependían directamente<sup>46</sup>.

En 1232, por la bula *Ille humani generis*, el Papa anuncia oficialmente a los obispos el envío de los primeros Dominicos con el título oficial de “Inquisidores” y con la potestad excluyente de juzgar y condenar a los herejes<sup>47</sup>. En los años siguientes, la poderosa inquisición papal no paró de crecer en su estructura y organización y de extenderse en todas direcciones, al punto que incluso muchos monarcas —que querían mantener buenas relaciones con un Papado cada vez más poderoso y mostrarse como prolijos y fervientes católicos— no esperaron a que el Papa anuncie el envío de inquisidores sino que se adelantaron a pedirlos. Fue eso, por ejemplo, lo que ocurrió entre 1235 y 1249, cuando Jaime I, rey de Aragón, le pidió al Papa Gregorio IX que le envié un grupo de inquisidores para atender a los herejes de su territorio. El Papa, ni lardo ni perezoso, ordenó al arzobispo de Tarragona y a sus sufragáneos a realizar en sus diócesis, personalmente o con la ayuda de los hermanos predicadores, una inquisición general. Un poco más tarde (el 30 de abril de 1235), respondiendo a muchas cuestiones que se le habían propuesto, Gregorio IX hace transmitir al rey de Aragón todo un código de procedimiento inquisitorial que había sido compuesto por Raimundo de Peñadort. Desde ese entonces, la Inquisición funcionó regularmente en Aragón con el concurso de los dominicos y de los franciscanos y bajo la dependencia directa del Papa. Más tarde, la inquisición dejaría de estar a cargo del Papa y pasaría a depender de los monarcas, con lo cual se acabaría definitivamente la Inquisición Papal

<sup>45</sup> Años después, en 1238, el Papa sumó a la tarea inquisitorial a los *Franciscanos*, a quienes les confió la tarea inquisitorial en Navarra, donde también habían comenzado a registrarse herejes. Los Franciscanos eran los seguidores de Francisco de Asís y que integraban la Orden creada por éste fraile. La Orden Franciscana es una orden mendicante (del latín *mendicare*, que significa “pedir limosna”) y que, como tal, se caracteriza porque sus miembros (los Frailes y las Sores) se caracterizan por vivir de la limosna de los demás. La Orden Franciscana fue reconocida por el Papa Inocencio III en el Concilio de Letrán de 1215 y fue puesta al servicio de la tarea inquisitorial al igual que la Orden de los Predicadores de Domingo de Guzmán. En 2013, después de la abdicación de Benedicto XVI al Papado, un jesuita, el Cardenal Jorge Bergoglio, de Argentina, fue electo como Sumo Pontífice de la Iglesia Católica, y en honor al fundador de su orden, escogió como nombre pontifical el de Francisco. Desde entonces, el Papa Francisco, igual que el fundador de la orden y que todos sus miembros, lleva una vida austera en su pontificado y ha renunciado a todos los lujos y las comodidades del Vaticano y de la vida ordinaria de un Sumo Pontífice. De hecho, no reside en el Vaticano sino en una sencilla residencia fuera de sus muros. Al asumir su pontificado, el Papa Francisco afirmó: “quiero una iglesia pobre y para los pobres”.

<sup>46</sup> Al parecer, en un primer momento los monjes inquisidores del Papa eran jueces itinerantes, es decir, que viajaban por los distintos pueblos de la vasta zona de Languedoc buscando y juzgando a los herejes-delincentes. La Orden de Predicadores, es decir, los dominicos inquisidores tuvieron que disponer de muchos miembros para poder cumplir con su tarea en toda la región del sur de Francia, y en las ciudades más grandes los dominicos constituyeron tribunales estables con un poder punitivo bien entrenado para cumplir las sentencias de condena que mandaban a la hoguera a los pecadores-delincentes. Según se dice, los primeros inquisidores se instalan en el Sur de Francia en 1234, creándose dos tribunales, uno en Tolosa (Toulouse) y el otro en Carcasona. Cfr. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 67.

<sup>47</sup> El Papa explica entonces a los obispos que no es que él quiera privarlos del derecho de perseguir ellos mismos a los herejes, sino que la medida se propone aligerarlos y relevarlos de alguna manera de este oficio, “porque sus múltiples ocupaciones apenas les permiten respirar”.

y se abriría paso la llamada Inquisición Española, que por increíble que parezca duró hasta 1821. Pero esa es otra historia.

Volviendo a los dominicos, para cumplir con su tarea de localizar a los herejes y convertirlos en católicos o castigarlos, los monjes desarrollaron el procedimiento investigativo escrito y secreto, al que sólo ellos, como inquisidores (investigadores), tenían acceso. Se trataba, básicamente, de un procedimiento unilateral de averiguación de delitos eclesiales en el que investigado no tenía mayor participación que la que le otorgaban los inquisidores cuando necesitaban arrancarle información sobre los hechos investigados. De tal manera, sin importar en modo alguno la forma de inicio de la averiguación (por denuncia de tercero o por propia iniciativa del investigador), los inquisidores recogían testimonios, acusaban a los sospechosos, buscaban pruebas, averiguaban datos, interrogaban testigos, corroboraban hechos y, finalmente, cuando se convencían de la culpabilidad o de la inocencia del investigado, cerraban el procedimiento y dictaban una resolución mediante la cual, o condenaban, o absolvían al acusado<sup>48</sup>.

SÁNCHEZ HERRERO, explica el procedimiento en estos términos:

El primer deber del inquisidor era invitar, en un sermón público, a los que se sintieran culpables de herejía, por ligera que fuera su falta, a presentarse delante de él, espontáneamente, en un tiempo fijado que iba de quince días a un mes.

(...) El tiempo destinado a las confesiones voluntarias se denominó “tiempo de gracia”, *tempus gratiae sive indulgentiae*. Los que se aprovechaban y cuya falta había permanecido hasta entonces escondida, eran dispensados de toda pena y no recibían sino una penitencia secreta muy ligera; aquellos cuya herejía era manifestada quedaban exonerados de la pena de muerte y de la prisión perpetua y no podían ser condenados más que a un corta peregrinación o a otras penitencias canónicas habituales.

(...) Los herejes y sospechosos que no se presentaban ellos mismos eran convocados por una citación en regla, citación algunas veces verbal, frecuentemente escrita. Habitualmente esta citación se hacía por intermediario del cura del lugar donde vivía el sospechoso. La primera citación era perentoria; el rehusar exponía a los citados a ser perseguidos por contumaces. No obstante, cuando el inquisidor lo juzgaba razonable, por un favor especial, podía hacer una segunda citación. Los acusadores de los herejes eran más bien denunciadores. En derecho estricto, el acusador estaba obligado a aportar la prueba de los hechos que él denunciaba, si no incurriría en la pena que habría sufrido el que había sido por él acusado. Pero la acusación era en sí misma peligrosa y entrañaba formalidades muy complicadas, propias para descorazonar a las mejores voluntades: discusiones de excepciones, sentencia interlocutoria sobre la admisibilidad o el rechazo de una acción, litiscontestación, procedimiento de prueba de los testimonios, discusión contradictoria de los abogados

---

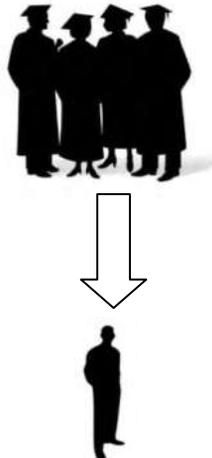
<sup>48</sup> La misión del inquisidor es expuesta en una carta que Gregorio IX dirige el 11 de octubre de 1231 a Conrado de Marburgo: «Cuando lleguéis a una ciudad, convocareis a los prebostes, los clérigos y el pueblo y haréis una solemne predicación; después buscareis algunas personas discretas y haréis una inquisición o búsqueda de los herejes y sospechosos. Aquellos que, después del examen, sean declarados culpables o sospechosos de herejía deberán prometer obedecer absolutamente a las órdenes de la Iglesia; si no procederéis contra ellos siguiendo lo que nos hemos recientemente promulgado contra los herejes».

y de las partes, sentencia definitiva sobre el valor de los testigos. Por ello la Iglesia manifestó el deseo de simplificar el procedimiento contra los herejes. Esto dio lugar a que en el derecho inquisitorial la acusación legal fuera abandonada.

(...) La prisión preventiva era uno de los medios coercitivos. El inquisidor era el juez que determinaba el modo de detenerlo y encarcelarlo. Él inquisidor podía colocar al acusado en una celda más o menos incomoda o malsana, cargarlo de cadenas en las manos y en los pies, privarlo de reposo y de sueño, reducirlo por el hambre. Existían en las prisiones de oficio, lugares miserables, bien hechos para llevar el terror en los corazones de los encerrados. Existían fosas bajas, estrechas, oscuras, húmedas, fétidas, donde el prisionero no tenía lugar para moverse, a penas para tenerse en pie<sup>49</sup>.

Los inquisidores no eran sólo investigadores. Eran también acusadores y jueces en la misma causa, de tal modo que no había *dos partes en conflicto* —como en el método de debate ante el tercero neutral— sino solamente la autoridad investigativa (el inquisidor) y el sospechoso investigado. El procedimiento, en ese contexto, constituía un método de investigación *autoritario* (es decir, basado puramente en la decisión de la autoridad, que por ejemplo podía mantener encerrado al investigado por todo el tiempo que crea necesario), y la investigación, a su vez, era un eficaz *método de control social* de la iglesia sobre los herejes-delincuentes, que eran considerados “objeto de la investigación” y no *sujetos* de la misma, razón por la cual no tenían mayores derechos que los que le asignaba el inquisidor a ese “objeto” que era la persona investigada.

Gráficamente, el procedimiento inquisitivo se representa así:



La autoridad, muñida de poderes investigativos, se encuentra por encima de los investigados que, juntamente con sus dichos, hechos y pensamientos, son “objeto de la investigación”.

<sup>49</sup> SÁNCHEZ HERRERO, *op., cit.*, p. 38.

Los inquisidores dominicos tenían la tarea de investigar los actos de herejía y de hallar a los autores, cómplices y encubridores, y luego dictar sentencia respecto a ese delito de lesa majestad. En el marco de esa tarea, no tardaron mucho los monjes inquisidores del Papa en advertir que, para dictar una sentencia de condena, debían necesariamente llegar a conocer la verdad de los hechos a fin de determinar si los actos de herejía realmente habían sucedido tal como se decía. Por ello, la búsqueda y el subsiguiente conocimiento de la verdad —de lo que había acontecido en la realidad de los hechos— se convirtió en una obsesión para los inquisidores, que en su irreductible afán de descubrir la verdad valoraron muchísimo la confesión de los sospechosos, tanto la espontánea como la *provocada*, pues se creía que nadie confesaba un hecho que era falso si el mismo le significaba consecuencias desfavorables importantes al confesante<sup>50</sup>. Tanto se valoró la confesión que se procuró obtenerla de diversas formas<sup>51</sup>. Y una de esas formas fue mediante el uso de ingeniosos mecanismos de tortura física, cuya utilización fue legitimada por el Papa Inocencio IV en 1252 mediante la bula *Ad extirpanda*. Aunque es cierto que la proliferación y aumento de la eficacia de los mecanismos de tortura vino recién con el apogeo de la llamada Inquisición Española, no es menos cierto que ya en esta etapa se utilizaron algunos mecanismos como “el fuego”<sup>52</sup>, el “caballete”<sup>53</sup> y “la cuerda”<sup>54</sup>.

Naturalmente, el método de investigación fue cambiando con el paso del tiempo. En las primeras décadas de su existencia se afianzó como instrumento de represión y verticalización de la iglesia contra los irreverentes del dogma cristiano, y paulatinamente se agravaron y perfeccionaron los métodos de tortura para obtener en forma más fácil, rápida y eficaz la confesión de los herejes.

Cuando finalmente los cátaros y valdenses se extinguieron (porque fueron quemados, o porque huyeron, o porque se convirtieron para no tener que padecer a los inquisidores y evitar la confiscación de sus bienes), el método de investigación se

---

<sup>50</sup> A tal punto se valoró la confesión que se dijo que era la *probatio probatissima*, incluso cuando ella se conseguía gracias a los tormentos que les infligían a los sospechosos.

<sup>51</sup> Los inquisidores papales llegaron a perfeccionarse tanto en sus investigaciones y en los métodos más eficaces para llevarla a cabo que en 1375 el catalán Nicholas Eymerich escribió un famoso manual para inquisidores que proporcionaba una interesante serie de “ardides” para confundir al acusado y hacerlo hablar. Un fragmento de aquel manual decía: “El inquisidor leerá, o hará leer, las declaraciones de los testigos, pero callará los nombres, de manera que el herético se sepa confundido. [...] El inquisidor cogerá el dossier del acusado, y lo hojeará en todos los sentidos, y después dirá: *Está claro que mientes y que soy yo quien tiene razón...* ¡Pero que el inquisidor permanezca en guardia, al proceder así, de no retrasarse demasiado en ocuparse de los detalles, por miedo a que el herético pueda adivinar que el inquisidor ignora los hechos, en realidad! Que se ocupe de generalidades. Que diga, por ejemplo: *¿Se sabe dónde estabas y con quien y cuando, y lo que decías!* Y que mezcle a la vez cosas de las que está seguro. Si el herético mantiene sus negaciones, el inquisidor fingirá que tiene que marcharse para mucho tiempo, y le dirá un poco después: *Mira, yo tengo piedad de ti... Yo querría verdaderamente que confesaras para poder acabar con tu asunto, y no dejarte así entre rejas. ¡Porque estás delicado y puedes caer enfermo! [...] Me obligas a dejarte en prisión hasta mi vuelta... ¡Esto me da pena, sabes, porque no sé cuando volveré!*”.

<sup>52</sup> Un fuego se colocaba a los pies del reo colgado desde el cepo o grillos, frotado con tocino, con grasa o con otra materia penetrante y se les quemaba por debajo de los pies. De cuando en cuando se colocaba una pantalla entre el fuego y los pies del reo, éste era un momento de descanso que permitía al inquisidor reemprender el interrogatorio.

<sup>53</sup> El castigado era acostado y fijado en total inmovilidad sobre un caballete de forma triangular. La extremidad de las cuerdas que se unían a los miembros del castigado, estaba unida a un gato para levantar pesos. Era suficiente imprimir un movimiento al gato para que las cuerdas se pusieran tensas y los miembros del prisionero quedaran dislocados o rotos.

<sup>54</sup> Al prisionero se le ataban las manos detrás del cuerpo y era izado con ayuda de una polea y de un torno hasta lo más alto de su potencia, quedando el sujeto colgado de sus brazos hacia atrás. Después se le dejaba caer de repente en el suelo.

utilizó para perseguir otros *nuevos enemigos* que la Iglesia Católica supo rápidamente encontrar; y, así, las nuevas víctimas del autoritario procedimiento investigativo fueron los judíos, los árabes y más tarde las brujas. Enemigos nunca faltan, y si faltan, simplemente se construyen. A los monarcas, condes y emperadores tampoco les faltaron enemigos. Por eso, cuando con el paso de los años los Reyes se dieron cuenta cuán eficiente y útil era el procedimiento investigativo de la Iglesia para encontrar, juzgar y condenar a los herejes-delincuentes, decidieron pedirle a la Iglesia que *les preste* su aparato inquisitorial (que ya estaba bien organizado y estructurado). Así fue como, por ejemplo, la inquisición fue adoptada como método de enjuiciamiento penal por la corona Castilla en 1478, en donde —lamentablemente para quienes tuvieron que sufrirla— se tornó mucho más autoritaria y dio lugar a la tristemente célebre *Inquisición Española*, caracterizada por la ingeniosa crueldad y variedad de sus horriblos métodos de tortura y dirigida a la investigación de todos los delitos, no sólo los eclesiásticos<sup>55</sup>.

La Inquisición Española nace en 1478, cuando el Papa Sixto IV, a pedido de los reyes de Castilla, promulgó la bula *Exigit sinceræ devotionis affectus*, por la que quedaba constituido el Tribunal del Santo Oficio para la Inquisición en la Corona de Castilla, para perseguir ya no a los cátaros (que ya no existían), sino ahora a los judíos y a los falsos conversos que llevaban a cabo prácticas judaizantes. Por esta bula, el Papa dispuso que el nombramiento de los inquisidores era competencia exclusiva de los monarcas, de quienes los inquisidores pasan a depender directamente. Así nace, pues, la *Inquisición Española*, que se diferencia de la Inquisición Papal en cuanto a que los inquisidores ya no dependen de la Santa Sede sino de la Corona de Castilla. A su vez, en la Corona de Aragón, la vieja inquisición papal establecida hacía doscientos años atrás ya había desaparecido, pero en 1483 (cinco años después de haberse establecido en Castilla), el Papa la reinició también en Aragón, y nombró como Inquisidor General de Castilla y Aragón al fraile dominico Tomas de Torquemada, cuyos abuelos, curiosamente, eran judíos convertidos al catolicismo. Paradójicamente, la tarea de Torquemada consistió en buscar, investigar, acusar y juzgar a los “falsos conversos” que realizaban *despreciables prácticas judaizantes*.

A raíz la persecución que padecieron, una gran masa de judíos se desplazó hasta Portugal, pero para infortunio de ellos y de sus hijos, casi sesenta años más tarde la inquisición se instaló en Portugal.

---

<sup>55</sup> La Inquisición Española nace en 1478, cuando el Papa Sixto IV, a pedido de los reyes de Castilla, promulgó la bula *Exigit sinceræ devotionis affectus*, por la que quedaba constituido el Tribunal del Santo Oficio para la Inquisición en la Corona de Castilla, para perseguir ya no a los cátaros (que ya no existían), sino ahora a los judíos y a los falsos conversos que llevaban a cabo prácticas judaizantes. Por esta bula, el Papa dispuso que el nombramiento de los inquisidores era competencia exclusiva de los monarcas, de quienes los inquisidores dependen directamente. Así nace, pues, la *Inquisición Española*, que se diferencia de la Inquisición Papal en cuanto a que los inquisidores ya no dependen de la Santa Sede sino de la Corona de Castilla. A su vez, en la Corona de Aragón, la vieja inquisición papal establecida hacía doscientos años atrás ya había desaparecido, pero en 1483 (cinco años después de haberse establecido en la Corona de Castilla), el Papa la reinició también en Aragón y nombró como Inquisidor General de Castilla y Aragón al fraile dominico Tomas de Torquemada, cuyos abuelos eran judíos convertidos al catolicismo. Paradójicamente, su tarea inquisitiva era la de buscar, investigar, acusar y juzgar a los “falsos conversos” que realizaban *despreciables prácticas judaizantes*. A raíz la persecución que padecieron, una gran masa de judíos se desplazó hasta Portugal, pero para infortunio de ellos y de sus hijos, casi sesenta años más tarde la inquisición se instaló en Portugal.

Como sea, la inquisición española es la primera de las inquisiciones seculares o estatales, es decir, son los primeros Tribunales Inquisitoriales que dependen directamente de los Monarcas y ya no del Papa (cuya aprobación se requería sólo para algunas cosas), aunque conservaban, obviamente, la finalidad de perseguir también a los disidentes del catolicismo<sup>56</sup>.

En 1536, como dije, en el marco del apogeo de la intolerancia radical ultra católica hacia las minorías religiosas, la inquisición se instaló en Portugal<sup>57</sup> y en otros lugares de la Europa continental en busca, a estas alturas, de cualquier disidente del dogma católico ortodoxo, por ejemplo los luteranos, aunque por estos tiempos los enemigos preferidos eran todavía los judíos<sup>58</sup>. Lógicamente, el auge de la inquisición (ya no Papal sino ahora Estatal) fue acompañado por un importante incremento del número de Inquisidores y de operadores del sistema inquisitorial represivo estatal, que se consolidó, de aquí en más, y hasta que desapareció, como un importante y efectivo método de verticalización al servicio de los reyes.

Pero si bien la inquisición española existió por más de 300 años y se padeció en muchos lugares de Europa, el transcurso de los siglos, la evolución de la realidad histórica y sociológica, la consciencia de la necesidad y el respeto a la libertad religiosa como derecho fundamental y la desaparición de las causas que le dieron origen, han hecho que este método de investigación utilizado provechosamente en su momento por la Iglesia y luego los gobiernos seculares, vaya paulatinamente perdiendo vigencia y rigurosidad y caiga lentamente en el desuso hasta su desaparición total en 1821. Indudablemente, la desaparición de la Inquisición se debió a un conglomerado de razones, y sin duda una de ellas fue la crueldad y los abusos que se cometieron desde el poder con la utilización de este particular método autoritario de investigación que, a la postre, se transformó en un método de control social utilizado *ex professo* por los

---

<sup>56</sup> Al principio, la inquisición estatal produjo algunas fricciones entre el Papa y los Reyes de España por su control. El Papa Sixto IV, al crear en 1478 la Inquisición para la Corona de Castilla, otorgó a los Reyes plenos poderes para el nombramiento y destitución de los inquisidores, pero al enterarse de los abusos cometidos por estos, revocó la bula en 1482, haciendo que los inquisidores se sometieran a los obispos de sus diócesis y alegando que "muchos verdaderos y fieles cristianos, por culpa del testimonio de enemigos, rivales, esclavos y otras personas bajas y aun menos apropiadas, sin pruebas de ninguna clase, han sido encerradas en prisiones seculares, torturadas y condenadas como herejes relapsos, privadas de sus bienes y propiedades, y entregadas al brazo secular para ser ejecutadas, con peligro de sus almas, dando un ejemplo pernicioso y causando escándalo a muchos" (KAMEN, *op. cit.*, p. 53). Pero ante la protesta y presión Fernando II (que por ese entonces ya era Rey de la Corona de Castilla y también de la Corona de Aragón) el Papa se echó atrás y dejó en manos de la corona el control de la Inquisición.

<sup>57</sup> Fue instalada mediante la bula "*Cum ad nihil magis*" el 23 de mayo de 1536. Sin embargo, las hostilidades a los judíos portugueses se había iniciado mucho antes. En 1496, Don Manuel, Rey de Portugal (apodado "el afortunado"), había dictado el edicto de expulsión de los judíos portugueses, concediéndoles un plazo de 10 meses para que abandonaran el Reino. El 19 de marzo de 1497 emitió una carta en la que se conminaba a los judíos a que acudieran a Lisboa desde donde embarcarían hacia otros reinos y territorios. Una vez que llegaron a la ciudad el rey ordenó que todos los judíos se convirtieran al cristianismo. Estas hostilidades y todas las otras que veían sufriendo los judíos desde el año 1300 en España y Portugal, tuvieron como efecto la conversión acelerada de un número indeterminado de judíos al cristianismo.

<sup>58</sup> En su *Defensorium unitatis christianae* (Defensa de la Unidad Cristiana) el Obispo Alonso de Cartagena escribió: «Pero ya que, como dicen algunos de los que intentan provocar esta ruptura dentro de la unidad de la Iglesia, parecen aducir como razón el haber descubierto que algunos de los descendientes de sangre israelita judaizaban en la ciudad, cosa que en tanto no esté totalmente comprobada con hechos no se puede ni admitir, ni negar, antes habrá que esclarecer la verdad de esos hechos, y, por consiguiente, así como hay que proceder, porque están en el error, contra los que quieren romper la unidad de la Iglesia y volver a introducir las diferencias de origen carnal anuladas por Cristo, de la misma manera habrá que reprimir muy enérgicamente a los que purificados por el agua del bautismo se vuelven al vómito del judaísmo, porque la pureza de la religión cristiana y la novedad purísima de la ley evangélica no tolera herrumbre alguna, sarro, malas costumbres del antiguo judaísmo o del paganismo; todo lo contrario, detesta toda judaización y paganización».

gobernantes en función de sus peculiares intereses. Y es que, en algún momento dado, la opresión, la crueldad y la negación de derechos fundamentales como el de defensa, se hacen insostenibles en toda sociedad que aspire a un mínimo de paz social. Los abusos de las autoridades han hecho que los oprimidos luchen siempre y en todo lugar por *el poder*, y muy especialmente por ponerle límites a ese poder. Por ello, el tiempo ha hecho que la actividad investigativa de la autoridad, su poder restrictivo de derechos fundamentales, sus despiadados métodos de tortura y su impulso por averiguar la verdad y ejercer el poder investigativo, se encuentren con ciertos límites que hoy día resultan infranqueables. Así es que este método unilateral y autoritario de investigación, tal como lo describimos más arriba, en algún momento desapareció, aunque resulta menester —y más que nada constituye un ejercicio de sensatez— reconocer que *no desapareció por completo*, pues es innegable que aun hoy encontramos en muchos de nuestros códigos procesales importantes vestigios de aquella inquisición que supo ser el tormento de muchos, al punto que, incluso, en algunos países todavía los jueces penales siguen investigando y juzgando al mismo tiempo una misma causa, *¡exactamente igual que lo que ocurría en el método autoritario de investigación!*.

Efectuado este repaso por momentos aburrido del origen y de la evolución histórica del método de investigación descrito precedentemente, interesa destacar ahora que, con mayores o menores variantes, a este método de investigación se lo denominó en la historia del derecho con el vocablo “proceso”, y al sistema normativo que lo reguló se lo conoció como *sistema inquisitivo* o *inquisitorio*<sup>59</sup>.

Pero, casualmente, “proceso” es el mismo término que se utilizó también para designar en otra época a un método de resolución de conflictos entre dos antagónicos que debatían ante un tercero neutral encargado de juzgar el conflicto que mediaba entre ellos. Así, llamativamente, una misma palabra (“proceso”) fue utilizada para denominar dos fenómenos totalmente distintos: un método de debate, por un lado, y un método de investigación, por el otro.

Pero la del método de debate es otra historia, y quedará reservada para otro momento.

---

<sup>59</sup> Castizamente la palabra *inquisición* significa *investigación*, de manera tal que el adjetivo “inquisitivo” o “inquisitorio”, describe adecuadamente la naturaleza del fenómeno.



## CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. SISTEMA DIFUSO VS. SISTEMA CONCENTRADO

GUILLERMO M. DELMÁS AGUIAR<sup>60</sup>

### PRESENTACIÓN.

Este estudio pretende ser el puntapié inicial para posteriores investigaciones más profundas que permitan poner en evaluación el sistema de control constitucional vigente de manera a hacerla más efectiva y acorde a las particularidades de las costumbres de nuestro país, así también siendo consciente de que la adopción del control constitucional adecuado permite a un país al fortalecimiento de sus instituciones y por ende proporcionar la seguridad jurídica necesaria para el desarrollo ideal de una sociedad.

### INTRODUCCIÓN.

Este control constitucional es aplicado en cada ordenamiento jurídico con diferentes medios previstos en las normas legales de acuerdo a la particularidad de cada uno, y la importancia que el mismo tiene como garantía del respeto de los derechos establecidos a los ciudadanos es fundamental dentro de un estado de derecho actual.

El Paraguay, como la mayoría de los países, tiene establecido el control constitucional, así mismo, posee medios y procedimientos que permiten la aplicación de este control, sin embargo, surge la necesidad de una reflexión sobre su actual aplicación y los posibles problemas que el actual sistema de control establecido presenta en la realidad.

Así mismo, se han establecido los siguientes objetivos específicos:

Describir el fundamento doctrinario para el establecimiento de un sistema de control constitucional.

Examinar los sistemas de control constitucional más extendidos y utilizados.

Describir los sistemas de control constitucional adoptados en el derecho comparado.

---

<sup>60</sup> Abogado. Egresado con “**Honores**” de la facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción.”, Promoción 2003. **Profesor** Titular de Derecho Romano I de la Universidad Autónoma de Asunción (Por concurso). Asistente de Derecho Procesal Civil II e Introducción al Derecho Procesal Civil. Profesor de Filosofía del Derecho de E-learning. Profesor de medio tiempo de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la Universidad Autónoma de Asunción. **Magister** en Derecho Procesal Civil Facultad de Derecho Universidad Nacional de Rosario. Doctorado en la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” (Cursado). **Miembro** Titular del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. **Miembro** del Tribunal de Ética de la Universidad Autónoma de Asunción. **Director** de la Revista Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la Universidad Autónoma de Asunción Actuario Judicial de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Turno, Secretaría veinte.

Determinar el sistema de control constitucional y los medios para su aplicación establecidos en el Paraguay.

### **1. Fundamento doctrinario para el establecimiento de un sistema de control constitucional.**

La Carta Magna, Ley Fundamental o Constitución, nomenclaturas utilizadas con pequeñas variaciones pero que en esencia contiene los principios, derechos, garantías, sistema y organización del gobierno que adopta el país, básicamente constituye el cimiento sobre el cual se construye e inspiran todas las legislaciones, instituciones y procedimientos en los diversos ámbitos donde el Estado tiene o puede intervenir.

Señala Wynter García (2008): *“La Constitución, denominada la Carta Magna lo que pretende, y lo que se busca en todos los países del mundo que cuentan con ella, es tener una ley, una normatividad en lo más alto de la cúspide, a la cual se sujeten las demás leyes secundarias”*<sup>61</sup>.

Es así que surge el principio general de primacía constitucional, que en un sentido literal significa que la ley fundamental está dotada de superioridad jerárquica en cualquier línea o especie de actividad jurídica que a ella le incumba<sup>62</sup>.

En palabras de Wynter García (2008) *“Nada por encima de la Constitución. Lo demás por debajo de ella o bajo su amparo. El problema es determinar cuáles son las leyes que después de esa jerarquía continúan en el descenso a esa Constitución”*, y es con respecto a esta prelación que los Estados lo establecen de acuerdo a las particularidades de sus sistemas de gobierno.

Lezcano Claude (2012) señala que el Estado de Derecho supone el ejercicio del poder dentro del margen reconocido en la ley, en este sentido, el ordenamiento jurídico que establece el ejercicio del poder debe ser establecer una jerarquía entre las diversas normas existentes, determinando cuales son de rango superior y cuales son de rango inferior y en especial, cuál de ellas tendrá el carácter de “ley suprema” dentro de la jerarquización<sup>63</sup>.

Señala Wynter García (2008) la importancia del establecimiento de la primacía de la Constitución sobre las leyes secundarias es fundamental debido a que en el caso de que este supuesto no se diera por sí solas las leyes inferiores no tendrían validez.

---

<sup>61</sup> Wynter García, Jorge (2008) “Conferencia Magistral Medios de Control Constitucional”, 57 Asamblea General Ordinaria de la Federación Latinoamericana de Magistrados y Reunión del Grupo Iberoamericano de la Unión Internacional de Magistrados, San Francisco de Campeche, México, 8 de abril del 2008.

<sup>62</sup> Ríos Álvarez, Lautaro (1989) “El Principio de Supremacía de la Constitución y el Tribunal Constitucional” en XX Jornadas Chilenas de Derecho Público, Valparaíso.

<sup>63</sup> Lezcano Claude, Luis (2012) El Control de Constitucionalidad en el Paraguay [Sitio Web] publicado en fecha 28 de mayo del 2012, disponible en <https://luislezcanoclaude.wordpress.com/2012/05/28/el-control-de-constitucionalidad-en-el-paraguay/>, recuperado el 29 de enero del 2016.

Sin embargo, se reconoce la posibilidad de que exista una violación a la supremacía constitucional, ya sea por leyes o por actos de autoridades del gobierno, y es en vista a esa situación que cada país ha establecido una serie de procedimientos y medios a ser utilizados a modo de hacer efectivo este principio y posibilitar la anulación de aquellas normas jurídicas que vulneran los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos afectados.

La necesidad del establecimiento del control constitucional responde primordialmente al Estado de Derecho, a la concepción del poder público ejercido por los tres poderes del Estado, siendo estos el Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial.

Señala Lezcano Claude (2012) que el poder político, se materializa en el gobierno, y el Poder Judicial, como integrante del mismo, ejerce parte de dicho poder político, esto es, la función jurisdiccional. A este respecto, el papel de la Corte Suprema de Justicia, como cabeza del mencionado poder, resulta fundamental.

Así mismo, con respecto al rol del Poder Judicial, Sagües (1981) sostiene “el Poder Judicial es *político* en cuanto es un órgano del Estado, y porque debe cumplir un importante papel de *poder moderador* o *poder control* respecto a los órganos Legislativo y Ejecutivo, en función del contralor de constitucionalidad y de intérprete final de la Constitución”<sup>64</sup>.

De lo anterior es posible afirmar que en vista a la importancia de la función del Poder Judicial y del carácter de norma suprema de la Constitución, la eficacia de los sistemas de control constitucional y de los medios previstos para su aplicación son esenciales para la efectiva protección de los derechos.

¿Cómo garantizamos la supremacía constitucional? Se requiere indefectiblemente de un sistema de control que garantice esa concatenación jerárquica de normas a partir de la Constitución respecto de toda la normación infraconstitucional.

El control de la supremacía constitucional ¿Quién lo realiza? Es realizado por los jueces, sin desconocer los numerosos procedimientos establecidos para su andamiento.

Básicamente podemos afirmar que existe el *control difuso o no especializado*, de origen norteamericano con notable influencia en Latinoamérica, que es ejercido por los jueces de cualquier fuero o instancia, si bien con una corte o tribunal supremo que, como cabeza de poder, se constituye en el intérprete final de la Constitución.

De otro lado, existe el *sistema concentrado o especializado*, con honda vigencia en Europa, en el cual el control se le encarga a un único tribunal constitucional de raigambre kelseniana, por lo general apartado de la organización judicial ordinaria.

---

<sup>64</sup> Sagües, Néstor (1981), “Politicidad y apoliticidad de la Decisión Judicial”, Diario La Ley Argentina de fecha 25 de setiembre de 1981, Buenos Aires.

Finalmente, en la inmensa mayoría de los Estados latinoamericanos se observa la aplicación concurrente de ambos sistemas en lo que se ha dado en llamar *sistemas mixtos, duales o paralelos*.

El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, fundado en lo que Maurice Hauriou denomina la *superlegalidad constitucional*, es de estricto derecho dentro del Estado gobernado por las leyes y corresponde a la misión natural de los jueces<sup>65</sup>.

Parafraseando a Boris Mirkine de Guetzevitch, esta revisión judicial representa una de las técnicas fundamentales para afirmar la *racionalización del poder*, por lo que podemos concluir, esquemáticamente, que *Supremacía constitucional + Control judicial = Racionalización del poder*. Y esto es así en ambos sistemas, ya sea que partamos en, el norteamericano, de la fundacional doctrina del juez Marshall en *Marbury v. Madison*, a comienzos del siglo XIX, o del pensamiento europeo de Hans Kelsen, en el siglo XX.

## 2. El control constitucionalidad en Estados Unidos.

La Constitución de los Estados Unidos de 1787 establece en su artículo VI, párrafo 2:

“La presente Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se aprobaren y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, *serán la suprema ley del país*. Los jueces de cada estado estarán obligados a observarla, aun cuando hubiere alguna disposición en contrario en la Constitución o en las leyes de cualquier estado”.

A su vez, en artículo III sección 2 dispone:

El Poder Judicial se extenderá a todo caso que en derecho y equidad surja de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos, así como de los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad [...]

De estas normas surge el control de constitucionalidad de las leyes, el cual, como se advierte, no está explícitamente establecido en los textos constitucionales, sino que surge de ellos a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema en ejercicio de sus *poderes implícitos* y de las normas legales como la Judiciary Act de 1789.

## 3. El sistema difuso de control

El sistema americano de control de constitucionalidad se lo denomina *sistema difuso* o *no especializado* de control de constitucionalidad, porque el control es ejercido por cualquier juez o tribunal, cualquiera sea su jerarquía o su fuero. Este sistema

---

<sup>65</sup> Hauriou, Maurice (2003) "Principios de Derecho Público y Constitucional", Editorial Reus, Madrid, Pág. 326.

evidentemente responde a las ideas preconizadas por Hamilton en *El Federalista*, consagradas por el juez Marshall en el célebre caso *Marbury v. Madison*.

### 3.1. El leading case *Marbury v. Madison*

A la luz del antiguo antecedente referido al caso Bonhamde 1610, y de la doctrina en él sentada por el juez Cooke en Inglaterra, la conciencia norteamericana se fue inclinando hacia la revisión judicial (*judicial review*), pues la supremacía del Parlamento, que se había finalmente aceptado en Inglaterra, no convenció a los colonos, que lo veían lejano y no participativo, razón por la cual prefirieron otorgar la supremacía a la ley y luego a la Constitución.

El primer caso judicial, tras algunos antecedentes, fue la célebre sentencia que en 1803 pronunció la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la que el *Chief Justice* Marshall elaboró la originaria versión de la doctrina de la supremacía constitucional en su enjundioso y clarividente voto que sustentó el fallo definitivo en el *leading case* *Marbury v. Madison*, a partir del cual se desarrolló ampliamente la correlativa doctrina del control judicial de constitucionalidad, que quedó sintetizada en las cinco tesis que comentando el fallo elaboró Johnson: 1) la Constitución es una ley superior; 2) un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley; 3) es siempre deber judicial decidir entre leyes en conflicto; 4) si la Constitución está en conflicto con un acto legislativo, el juez debe rehusar aplicar este último; 5) si así no se hiciera, se habría destruido el fundamento de todas las Constituciones escritas<sup>66</sup>.

#### **De allí que Hamilton<sup>67</sup>, entre otros conceptos, expresara:**

“La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los Tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos corresponde, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios”.

#### **Por su parte, Alexis de Tocqueville<sup>68</sup> afirmó:**

“El juez americano se parece, pues, perfectamente a los magistrados de otras naciones. Sin embargo, está revestido de un inmenso poder político [...] La causa

<sup>66</sup> HARO, Ricardo: “El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 10º. año, t. I., Mastergraf, Uruguay, 2004, p. 51.

<sup>67</sup> HAMILTON, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1957, cap. LXXVIII, p. 332.

<sup>68</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de *La democracia en América*, Guadarrama, Madrid, 1968, p. 97.

reside en este solo hecho: los americanos han reconocido a los jueces el derecho de basar sus sentencias en la *Constitución* más que en las *leyes*. En otros términos, les han permitido no aplicar las leyes que les parezcan inconstitucionales”.

#### **4. El control de constitucionalidad en Latinoamérica**

Los países latinoamericanos que hemos consultado, observamos que una mayoría ha adoptado un sistema mixto de control difuso y de control concentrado, ya sea en una Corte Suprema de Justicia —como en *Venezuela, Brasil, México, El Salvador*— o en un Tribunal Constitucional en el ámbito del Poder Judicial —como en *Colombia, Guatemala, Bolivia y Ecuador*— o fuera de él —como en *Perú y Chile*.

Por otro lado, tenemos a *Uruguay, Paraguay, Costa Rica, Honduras, Panamá y Chile* (si bien con cierta particularidad) con exclusivo control concentrado; y, finalmente, sólo *Argentina* con exclusivo control difuso de constitucionalidad.

#### **5. El sistema concentrado**

En los países latinoamericanos el sistema de control de constitucionalidad, es el concentrado, en virtud de la cual la Corte Suprema de Justicia es la cabeza poder. (v. g. Honduras, artículo 184; Panamá, artículo 188.1; y Uruguay, artículo 256), o en *una de sus Salas* (v. g. Costa Rica en la reforma de 1989 al crear la Sala Constitucional; El Salvador, artículo 174; y Paraguay, artículo 260).

En cambio, cuando el control concentrado de constitucionalidad de las leyes coexiste con un sistema difuso, puede estar radicado en la *Corte Suprema de Justicia* (v. g. Venezuela, artículo 215; Brasil en el Tribunal Supremo Federal; México) o en un *Tribunal Constitucional* (v. g. Guatemala, Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia).

Una muy específica categoría la representa el sistema de Chile, en el que el sistema concentrado está ejercido simultáneamente, según los casos, tanto por la Corte Suprema de Justicia, que conoce por vía incidental, como por el Tribunal Constitucional, que ejerce el control de carácter preventivo en el momento de la discusión de proyectos de reforma constitucional, de leyes aprobatorias de tratados internacionales y de leyes constitucionales, y en estas últimas también antes de su promulgación.

Además, el Tribunal ejerce un control *a posteriori* sobre los decretos del Poder Ejecutivo con fuerza de ley.

#### **6. El control de constitucionalidad en Europa**

Desde sus orígenes, que se remontan a 1920, la historia muestra claramente tres etapas diferenciadas, aun cronológicamente, que podemos reseñar de la siguiente manera:

Primera etapa. Bajo la inspiración de Hans Kelsen en su proyecto austríaco de 1920 se constituyen tanto el *Tribunal Constitucional Checoslovaco* (Constitución del 29 de febrero de 1920) y el *Alto Tribunal Constitucional de Austria* (Constitución del 1º de octubre de 1920), como una década después, en la España republicana, el *Tribunal de Garantías Constitucionales* (Constitución de 1931).

Segunda etapa. En la segunda posguerra mundial, el nuevo movimiento constitucionalista sanciona las nuevas constituciones en diversos países: el *Tribunal Constitucional Italiano* de la Constitución de 1948; el *Tribunal Constitucional Alemán* de la Ley Federal de Bonn de 1949; el *Consejo Constitucional Francés* de la Constitución de 1958, de particulares connotaciones; el *Tribunal Constitucional Turco* de la Constitución de 1961; y el *Tribunal Constitucional Yugoslavo* de la Constitución de 1963.

Tercera etapa: Avanzando una década más, llegamos a nuevas creaciones de tribunales constitucionales con motivo de la sanción de significativas constituciones: el *Tribunal Constitucional Portugués*, fruto de la Constitución de 1976, con las modificaciones de 1982; el *Tribunal Constitucional Español* de la Constitución de 1978; con muy especiales particularidades, el *Tribunal Especial Superior Griego*; el *Tribunal de Arbitraje en Bélgica*, de 1983; los tribunales establecidos en sus constituciones por *Polonia* en 1985, *Hungría* en 1989, *Checoslovaquia*, *Rumania* y *Bulgaria* en 1991.

El sistema continental europeo una función jurisdiccional ordinaria y por otra parte una función jurisdiccional de control de constitucionalidad. Aquélla está atribuida a los tribunales que integran la *administración de justicia*, a cuya cabeza está por lo general un tribunal supremo.

Por el contrario, la alta función político-institucional como *poder moderador* de controlar la constitucionalidad de las leyes y los actos estatales está confiada a un tribunal especializado, el tribunal constitucional, que responde al *sistema concentrado* de control, siguiendo el modelo de la Corte Constitucional pergeñado por Hans Kelsen en su proyecto para la Constitución de Austria de 1920.

En consecuencia, citando a Louis Favoreu, podemos decir: "Un Tribunal Constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos"<sup>69</sup>.

## 7. Sistema de Control Constitucional Mixto

Con respecto a este sistema de control constitucional el teórico alemán Norbert Losing citado por Sarapués Sandino señala que este sistema consiste en un desarrollo propio del derecho constitucional en América Latina, donde se han mezclado

---

<sup>69</sup> FAVOREU, Louis, *Los tribunales constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1992, p. 15.

características del sistema difuso y del sistema concentrado dando lugar a un nuevo sistema conocido como paralelo o mixto.

Este modelo posee un alta corte en asuntos constitucionales, con capacidad de defender la Constitución en los aspectos trascendentales de un país, pero a su vez, sienta las bases interpretativas y hermenéuticas de los derechos consagrados en la norma fundamental y pretende desconcentrar la gran cantidad de demandas de omisiones y vulneraciones de la Constitución meramente judiciales y jurídicos, delegando en los jueces ordinarios su jurisdicción que deben ajustar sus resoluciones a los parámetros o supervisión del Tribunal Constitucional de cabecera.

De esta manera, se posee un Tribunal Constitucional que concentra ciertas funciones pero delega ciertas funciones a los jueces ordinarios constituyéndose el Tribunal Constitucional en un “juez de controles normativos abstractos” y el resto de la judicatura pasa a ser “jueces constitucionales” encargados de la revisión de materias concretas de amparo y tutela<sup>70</sup>.

## 8. Sistema de Control Constitucional Dualista

En la actualidad existe una discusión sobre si el sistema dualista constituye una cuarta categoría de control o una variante de la primera, al respecto Tarapués Sandino señala que constituye una variación del sistema mixto, debido a que exige la coexistencia del sistema concentrado el difuso pero sin mezclarse y esa es la nota distintiva con el sistema mixto donde existe una interconexión.

Se considera al jurista peruano Domingo García Belaunde el teórico de esta nueva categoría de control constitucional quien en su tesis señala *“el modelo dual o paralelo es aquel que existe en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico donde coexisten el modelo americano y el modelo europeo pero sin mezclarse, sin deformarse ni desnaturalizarse... tiene su partida de nacimiento en la Constitución Peruana de 1979”*<sup>71</sup>.

García Belaunde al distinguir al sistema dual del sistema mixto señala que lo mixto supone una mezcla de dos o más elementos, que en el caso del control constitucional del Perú no sólo no se mezcla sino que tampoco origina un tertium que sea distinto a sus dos fuentes de origen.

## 9. Oportunidad de Control Constitucional

De manera general se pueden identificar dos momentos en donde puede ser realizado el control constitucional, uno de ellos se da antes que el precepto normativo cumpla plenos efectos en el ordenamiento jurídico y en el sistema político de un país denominado por Tarapués Sandino como “control preventivo” y el segundo momento

<sup>70</sup> Tarapués Sandino, Diego (2008). “La naturaleza institucional del tribunal constitucional en América del Sur” Ibid. Pág. 99

<sup>71</sup> Tarapués Sandino, Diego (2008). “La naturaleza institucional del tribunal constitucional en América del Sur” Ibid. Pág. 100

se da una vez que ha sido promulgada y se encuentra en vigencia la ley que es sujeta a una revisión constitucional denominada como control correctivo por el autor antes citado.

### **9.1. El Control Preventivo**

Este tipo de control es definido por Tarapués Sandino (2008) como *“el acto en el que un Tribunal Constitucional o el órgano especializado en la jurisdicción constitucional decide sobre la inconstitucional de un proyecto normativo por disposición expresa de la Constitución donde se realizará un examen sobre su adecuación a la norma constitucional antes de ser aprobada, de esta manera este control es aplicado de manera anticipada y preventiva para evitar transgresiones a la Constitución”*<sup>72</sup>.

Conforme a lo anteriormente expuesto estamos ante un control que funciona como una protección del sistema constitucional por el cual se analiza de manera exhaustiva cada punto de la misma a modo de establecer si pudiera existir alguna normativa que transgreda los principios y las garantías consagradas en la Constitución en un momento anterior a la aprobación y promulgación de una norma.

### **9.2. El Control Correctivo o Control Represivo**

A diferencia del anterior, para poder darse este tipo de control es necesario la existencia de una ley vigente plenamente dentro del ordenamiento normativo. Es por ello, que constituye un control a posteriori de la promulgación de una ley.

En este sentido, por regla general las acciones de constitucionalidad son las que se utilizan a fin de llevar a cabo este control correcto, esto significa que las leyes son revisables en la medida que prospere la acción y siempre que esté firme y aplicándose esos preceptos normativos considerados inconstitucionales.

## **10. Sistema de Control Constitucional y los medios para su aplicación establecidos en el Paraguay**

Posteriormente al estudio exhaustivo de los sistemas de control constitucional existentes, como ya se había adelantado en los puntos anteriores, el Paraguay adopta un sistema de control constitucional concentrado en forma pura, siendo el único órgano judicial con competencia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes o actos normativos la Corte Suprema de Justicia<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> Tarapués Sandino, Diego (2008). “La naturaleza institucional del tribunal constitucional en América del Sur”, *Ibid.* Pág. 93.

<sup>73</sup> Esta calificación es compartida por el jurista Tarapués Sandino y por el Jurista Paraguayo y Ministro de la Corte Suprema del Paraguay Torres Kirmser.

Sin embargo, el jurista paraguayo Lezcano Claude (2012) señala que el sistema adoptado por el Paraguay es mixto, adoptando del sistema del control concentrado o centralizado: a) el control de la constitucionalidad por un órgano único y específico del Poder Judicial (la Corte Suprema de Justicia), el cual se reserva en forma exclusiva el ejercicio de dicho control, y b) la posibilidad de plantear la cuestión de constitucionalidad por vía de acción.

Del control descentralizado o difuso adopta las siguientes notas distintivas: a) la posibilidad de plantear la cuestión de constitucionalidad por vía de excepción en cualquier instancia, y b) la decisión que se adopte sólo produce efectos entre las partes, es decir, en relación con el caso concreto de que se trate.

Para los doctrinarios que sostienen que el Paraguay posee un sistema concentrado esta interpretación surge de los arts. 259 inc. 6<sup>74</sup> y 260<sup>75</sup> de la Constitución de la República del Paraguay. Estos artículos conceden a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia la facultad de decidir sobre la constitucionalidad de alguna norma, siendo este el único ente colegiado que tiene facultades para ello.

Esta organización no siempre fue de este modo, ya que hasta el año 1995, en el caso de una acción de amparo, el Código Procesal Civil en su art. 582 establecía la facultad del juez de pronunciar expresamente sobre la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, reglamento u otros actos normativos de autoridad, cuando fuere necesario para la concesión del amparo, quedando el recurso de apelación como competencia de la Corte Suprema de Justicia. Esta disposición fue modificada por la Ley N° 600/95 en virtud del cual el juez que para decidir una acción de amparo debe determinar la constitucionalidad de algún acto normativo debe remitir en el día los antecedentes a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y es esta quien debe declarar la inconstitucionalidad si esta fuere manifiesta.

Al respecto señala Torres Kirmser (s.f) que la diligencia de la remisión de de los antecedentes a la Sala Constitucional no implica la suspensión del juicio, el cual debe proseguir hasta el trámite de sentencia. Así mismo, señala que la modificación realizada está acorde con la disposición del art. 18 inc. A del Código Procesal Civil por el cual se faculta a los jueces a la remisión de expedientes a la Corte Suprema de Justicia una vez ejecutoriada la providencia de autos siempre que a su juicio pueda haber inconstitucionalidad de alguna ley, decreto o acto normativo aplicado al caso concreto.

---

<sup>74</sup> Art. 259 inc. 6 de la Constitución de la República del Paraguay: " Son deberes y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: 6) conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad;"

<sup>75</sup> Art. 260 de la Constitución de la República del Paraguay: "Son deberes y atribuciones de la Sala Constitucional: 1) Conocer y Resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto y en fallo que sólo tendrá efecto en relación a ese caso, y; 2) decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a esta Constitución. El procedimiento puede iniciarse por acción ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y por vía de excepción en cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Corte".

Vale acotar que si bien se atribuye la competencia para conocer sobre inconstitucionalidad a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, existen ciertos y determinados supuestos en los que la competencia recae al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, esto se da en caso previsto en el art. 5 de la Ley N° 609/95 relativo a la inconstitucionalidad de las decisiones emanadas del Tribunal Superior de Justicia Electoral, así también, en el caso previsto en el art. 33 de la Ley N° 3759/09 norma que regula la inconstitucionalidad de las resoluciones emanadas del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, donde también es el Pleno de la Corte Suprema de Justicia quien debe entender sobre el tema.

Con respecto a las vías prevista para promover el control de constitucionalidad, del mismo artículo 260 de la Constitución de la República del Paraguay surge dos vías, la acción y de la excepción.

Señala Torres Kirmser que a los anteriores medios procesales se suman los instrumentos de la declaración de oficio por parte de la Corte Suprema de Justicia y de la Consulta Constitucional<sup>76</sup>.

En primer término se analiza la vía de la acción de inconstitucionalidad, definida por Torres Kirmser como "la pretensión autónoma dirigida a obtener la declaración de inconstitucionalidad de la resolución atacada"<sup>77</sup>, esto implica que por esta vía es posible ejercer el control de constitucionalidad sobre las resoluciones judiciales que pueden estar violentando el derecho constitucional de la parte interesada. Es importante acotar que conforme al art. 561 de Código Procesal Civil la acción de inconstitucionalidad sólo puede deducirse cuando se hubieren agotado los recursos ordinarios, es decir, esta vía constituye el último filtro del sistema.

Así también, el artículo 563 del Código Procesal Civil admite el control de constitucionalidad de oficio de las resoluciones judicial por parte de la Corte Suprema de Justicia sin importar la naturaleza del proceso judicial.

Por otra parte, al analizar la otra vía prevista de control de constitucionalidad, encontramos que la misma puede ser hecha por vía de excepción, referente a esta vía, Torres Kirmser señala que pese al nombre que le atribuye la ley, este medio no ataca la pretensión del accionante como excepciones empleadas en el ámbito procesal ordinario, sino lo que ataca es a la ley o instrumento normativo en el que se funda, que el excepcionante postula como inconstitucional. Es así que el jurista previamente citado afirma que la excepción de inconstitucionalidad no es una excepción debido a que no reviste los caracteres propios de esta, sino que es una pretensión del agraviado orientada a la declaración de inconstitucionalidad de una determinada norma o instrumento normativo que es tramitada por la vía incidental suspendiendo la

<sup>76</sup> Torres Kirmser, José Raul (s.f.) "La praxis del control de constitucionalidad en el Paraguay" [en línea] disponible en <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/constitucional/Jos%C3%A9-Ra%C3%BAI-Torres-Kirmser-Praxis-Control-de-Constitucionalidad.pdf>, recuperado el 17 de febrero del 2016.

<sup>77</sup> Torres Kirmser, José Raul (s.f.) "La praxis del control de constitucionalidad en el Paraguay", *Ibid.* pág. 86.

resolución del juicio principal conforme a lo establecido en el art. 543 del Código Procesal Civil.

Otra de las vías previstas de control de constitucionalidad puede ser por medio de la Consulta Constitucional, que se encuentra limitada a leyes o disposiciones normativas. Esta vía se encuentra prevista en el artículo 18 del Código Procesal Civil como una de las facultades ordenatorias de los jueces o tribunales por el cual pueden remitir el expediente si consideran que podría haber alguna inconstitucional cuando el caso se encuentre en estado de resolución, con ello se busca que la instancia máxima efectúe el control de constitucionalidad.

## 11. Reflexión final

Existen diferentes sistemas de control constitucional, pero todos persiguen un objetivo similar, que es defender y hacer cumplir la constitución.

En el sistema diseñado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, el control lo ejercen los jueces y solo actúan cuando se le presenta el caso particular.

El sistema europeo, puede ser identificado con tres características básicas: a) se da en el marco de un proceso autónomo de constitucionalidad; b) existe un solo órgano encargado de ejercerlo, y c) la decisión tiene efectos generales<sup>78</sup>.

Así tenemos, que el sistema difuso no enjuicia a la norma, sino en la medida en que sea aplicada a una situación concreta. Por el contrario, los tribunales constitucionales enjuician a la norma en sí misma.

Los efectos en el sistema difuso son para el caso en concreto, es decir, solo se decreta la inaplicabilidad de norma para tal caso. Mientras que las decisiones de los tribunales constitucionales, el efecto es de carácter general.

Es obvio, que ninguno de estos sistemas es perfecto, cada uno de ellos ofrece sus ventajas y desventajas.

En el sistema concentrado, las reglas respecto al análisis de la constitucionalidad es más claro; la inconstitucionalidad solo puede decretarla un solo órgano y la decisión tomada, no puede ser modificada por los jueces.

Por el contrario, en el sistema difuso, el análisis constitucional lo realizan todos los jueces, permite la dispersión de opiniones.

Desde un punto de vista institucional, el sistema difuso permite que la separación de poderes, se fortalezca, en razón a que no se encuentra encuadrado a un solo órgano, que decidirá si la norma viola o va contra la ley suprema. Porque el derecho constitucional está dirigido a limitar el poder.

---

<sup>78</sup> BIANCHI, Alberto B., Control de constitucionalidad, T 1, Abaco de Rodolfo Depalma, Argentina, 1992, p. 163; CRUZ VILLALON, Pedro, La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939), Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1987, pp.33 a 35.

Nunca debemos dejar de recordar la axiomática afirmación del Chief Justicede la Corte Suprema de los Estados Unidos, John Marshall, cuando con visceral profundidad nos recordó para siempre: “Nunca debemos olvidar que lo que estamos interpretando es una Constitución”, es decir, la ley fundacional y fundamental de una sociedad que se ha constituido en un Estado de Derecho, para realizar desde la perspectiva jurídica el proyecto de vida en común de la sociedad, el reparto de las competencias supremas del Estado, de sus órganos y de todos los hombres que integran una Nación como “una unidad de destino en la historia”, al decir de Legaz y Lacambra.

Congruentemente debemos recordar asimismo la afirmación del gobernador del estado de Nueva York, Charles Evans Hughes: “Vivimos bajo una Constitución, y la Constitución es lo que los jueces dicen que es”.

Como acertadamente ha expresado Segundo V. Linares Quintana, en materia de interpretación del derecho constitucional rechazamos toda posición de pureza metodológica que pretenda imponer al intérprete el empleo exclusivo y absoluto de un método determinado, a la manera de las fórmulas matemáticas o de las recetas medicinales. El constitucionalista ha de tener plena libertad para escoger y utilizar, en la interpretación de las normas con que trabaja, los diversos procedimientos que la técnica constitucional prevé.

El éxito fincará, entonces —continúa diciendo—, no en la interpretación rigurosa de tal o cual método, que sus respectivos sostenedores conceptúen como una verdadera panacea de la hermenéutica, sino en el logro del resultado que la interpretación se propone: desentrañar el verdadero y correcto sentido de la norma jurídico constitucional, que satisfaga más plenamente la finalidad última de nuestra ciencia: la protección y el amparo de la libertad humana, con vista a los ideales de justicia, igualdad, armonía y bienestar general, como también las exigencias de la vida social; en breves palabras, que haga posible el cumplimiento integral de sus fines esenciales por parte del individuo y del Estado<sup>79</sup>

La constatación de la supremacía de la Constitución, nos conduce rápidamente a la problemática de la defensa jurídica de la Constitución, que comprende en la actualidad una pluralidad de conceptos que la definen. Así, normalmente, dentro de esta noción, se hace referencia a la reforma constitucional, a la vigencia de la Carta y sus efectos sobre el ordenamiento jurídico inferior, a la responsabilidad en sus distintas modalidades de aquéllos que violen la norma constitucional, a las vías para obtener la desaplicación de los actos jurídicos inferiores opuestos a la Constitución, y a la noción de operatividad de las disposiciones constitucionales.

La operatividad de las normas constitucionales y la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de las normas inferiores contrarias a la Carta, en tanto componentes de la noción de defensa jurídica de la Constitución se aproximan

---

<sup>79</sup>L INARES Quintana, SEGUNDO V. Tratado de interpretación constitucional, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 224-225.

notoriamente, y ambas tienen el mismo objetivo: asegurar la aplicación de las normas constitucionales. La declaración de inconstitucionalidad de los actos inferiores busca defender a la Constitución frente a las distorsiones de las normas inferiores que impiden su aplicación.

La Constitución como ley de leyes, como ley fundamental, como ley suprema refleja toda la organización de un Estado Constitucional, que se resume en la famosa fórmula en el artículo 16 de la Declaración Universal de los derechos del hombre y del ciudadano, aprobada al comienzo de la Revolución Francesa, en 1789, cuando nos dice que en una nación, en una sociedad en donde no están reconocidos los derechos del hombre y establecida la división de poderes, carece de Constitución.

Entiéndase, que quien tiene el control constitucional, tiene el control de un país.

## **Bibliografía.**

AMAYA, Jorge Alejandro:

"Marbury v. Madison" "Sobre el origen del control judicial de constitucionalidad". La ley.

"Democracia vs. Constitución, El poder del Juez Constitucional, AVI SRL, Argentina, 2012.

BIANCHI, Alberto B., Control de constitucionalidad, T 1, Abaco de Rodolfo Depalma, Argentina, 1992.

CRUZ VILLALON, Pedro, La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939), Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1987.

Favoreu, Louis, Los tribunales constitucionales, Ariel, Barcelona, 1992.

HARO, Ricardo: "El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales", Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 10<sup>a</sup>. año, t. I., Mastergraf, Uruguay, 2004, p. 51.

Hamilton, El Federalista, Fondo de Cultura Económica, México, 1957, cap. LXXVIII, p. 332.

Linares Quintana, SEGUNDO V. Tratado de interpretación constitucional, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

Lezcano Claude, Luis (2012) El Control de Constitucionalidad en el Paraguay [Sitio Web] publicado en fecha 28 de mayo del 2012, disponible en <https://luislezcanoclaude.wordpress.com/2012/05/28/el-control-de-constitucionalidad-en-el-paraguay/>, recuperado el 29 de enero del 2016.

Maurice Hauriou, Principios de derecho público y constitucional, Reus, Madrid.

Wynter García, Jorge (2008) "Conferencia Magistral Medios de Control Constitucional", 57 Asamblea General Ordinaria de la Federación Latinoamericana de Magistrados y Reunión del Grupo Iberoamericano de la Unión Internacional de Magistrados, San Francisco de Campeche, México, 8 de abril del 2008.

Rios Álvarez, Lautaro (1989) "El Principio de Supremacía de la Constitución y el Tribunal Constitucional" en XX Jornadas Chilenas de Derecho Público, Valparaíso.

Sagües, Néstor (1981), "Politicidad y apoliticidad de la Decisión Judicial", Diario La Ley Argentina de fecha 25 de setiembre de 1981, Buenos Aires.

Tocqueville, Alexis de La democracia en América, Guadarrama, Madrid, 1968, p. 97.

Tarapués Sandino, D. (2008). *La naturaleza institucional del tribunal constitucional en América del Sur*. Bogota: Universidad Santiago de Cali.

Torres Kirmser, José Raul (s.f.) "La praxis del control de constitucionalidad en el Paraguay" [en línea] disponible en <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/constitucional/Jos%C3%A9-Ra%C3%BAl-Torres-Kirmser-Praxis-Control-de-Constitucionalidad.pdf>, recuperado el 17 de febrero del 2016.

## SOBRE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN EL PROCESO CIVIL PARAGUAYO

ALFREDO D. GONZÁLEZ PALACIOS\*

### 1. INTROITO

Desde la creación de la Procuraduría General de la República a través de la Constitución Nacional promulgada en el año 1992 se han generado no pocas confusiones en torno a la intervención del Estado en juicio, lo que a su vez ha generado una actuación completamente descoordinada de los entes estatales a la hora de acudir a la jurisdicción.

Tal descoordinación presenta no pocos problemas al Estado; pero quizá el más grave de ellos es el que podríamos denominar *litigación interinstitucional*: esa contienda que se genera cuando, por ejemplo, un ente de derecho público asume la calidad de *adversario procesal* de la Procuraduría General de la República en un litigio determinado, algo que lamentablemente sigue ocurriendo en nuestros tribunales.

Un ejemplo reciente de la situación que describimos aquí puede verse en los autos "Ministerio de Justicia c/ Imperio S.A. s/ cumplimiento de contrato"<sup>80</sup>. En el caso, un abogado del Ministerio de Justicia promovió demanda por cumplimiento de contrato contra una empresa aseguradora. Luego de que ésta se presentara en juicio a ejercer su defensa, el abogado de aquel ministerio solicitó "*se dé intervención*" a la Procuraduría General de la República, y ésta, al presentarse en juicio, advirtió al juzgado de la nulidad procesal que se generaría por la sustanciación de un proceso iniciado por quienes no están legalmente habilitados para hacerlo, más aún cuando quien asume la calidad de parte es un ente que *no tiene personalidad jurídica*, como el Ministerio de Justicia. El juzgado corrió traslado de la presentación de la Procuraduría a las partes actora y demandada, y aunque parezca increíble, el abogado del Ministerio de Justicia ¡se opuso! a ella alegando que los abogados de los ministerios no solo tienen la facultad, sino *el deber* de defender *ellos mismos* los intereses del ente ministerial; mientras que el representante convencional de la parte demanda se allanó expresamente a la presentación de la Procuraduría.

Independientemente de cómo terminó el asunto<sup>81</sup>, advertirá el lector que esta parodia de juicio podría repercutir negativamente en el patrimonio estatal, si, por ejemplo, mientras se sustancia el mismo, prescribiera el derecho de crédito del Estado, pues si los actos procesales fuesen declarados nulos la interrupción de la prescripción

---

\* Procurador Delegado de la Procuraduría General de la República del Paraguay (mayo 2014, hasta la actualidad). Maestrando de Derecho Procesal (Universidad Nacional de Rosario, Argentina). Especialista en Derecho Procesal Civil (Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción", Asunción, 2012). Máster en Derecho de la Empresa (Universidad de Alcalá de Henares, España, 2011). Abogado (Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción", Asunción, 2008).

<sup>80</sup> Que tramitan ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno de Asunción, Secretaría n° 6.

<sup>81</sup> El juzgado finalmente declaró la nulidad de todo lo actuado, hasta la providencia que tuvo por iniciada la demanda, inclusive, por A.I. N° 972 del 21 de julio de 2015.

por el acto notificadorio (art. 647 inc. a), cód. civ.) no se produciría; ello en virtud de la regla *quod nullum est, nullum producit effectum*<sup>82</sup>.

Esta descoordinación estatal en la materia requiere de un análisis que nos permita determinar cómo actúa el Estado Paraguayo en el proceso civil y quiénes son los funcionarios competentes para representarlo. A ello nos abocaremos en este breve trabajo.

## 2. LA CAPACIDAD PARA SER PARTE Y PARA ACTUAR EN JUICIO

A modo de aproximarnos al tema que nos hemos propuesto desarrollar, es necesario analizar en primer término quiénes pueden asumir la calidad de parte en un proceso determinado y quiénes pueden comparecer en él.

Para CHIOVENDA, es *parte* el que demanda en nombre propio (o en cuyo nombre es demandada) una actuación de la ley, y aquel frente al cual ésta es demandada<sup>83</sup>. Según ALLEN, *parte* es aquella que pretende la actuación de una norma legal (actor y tercerista) como también aquella contra la cual se formula la pretensión (demandado)<sup>84</sup>.

Los autores distinguen la *capacidad para ser parte* de la *capacidad procesal* o *para comparecer en juicio*. La capacidad para ser parte –dice CHIOVENDA– no es sino la *capacidad jurídica* llevada al proceso civil, la capacidad para ser sujeto de una relación jurídica procesal. Tiene capacidad para ser parte quien tiene capacidad jurídica, esto es, toda persona física viviente y las personas jurídicas. La existencia de estas últimas se juzga, también a los efectos procesales, según el derecho sustancial<sup>85</sup>. La capacidad de derecho y, por ende, para ser parte en un proceso, ha de ser entonces entendida como *la aptitud de la persona para ser titular de relaciones jurídicas*<sup>86</sup>.

Distinta es la capacidad para comparecer en juicio o capacidad procesal. Se entiende por tal a la que es necesaria para realizar actos procesales con efectos jurídicos en nombre o representando a otro (*legitimatío ad processum*, que no debe confundirse con la *legitimatío ad causam*)<sup>87</sup>.

Para determinar quiénes tienen capacidad para ser parte en el proceso civil habremos de recurrir a las normas sustanciales, mientras que para determinar quiénes tienen capacidad para *comparecer en juicio* y cómo han de hacerlo habremos de recurrir a las normas procesales.

El art. 28 del código civil atribuye capacidad de derecho a las personas físicas desde su concepción. En cuanto a las personas jurídicas, el art. 94 declara que éstas *son*

<sup>82</sup> POTHIER, Robert Joseph: *Tratado de las obligaciones*, 2ª ed., Buenos Aires, Heliasta, 2007, p. 417.

<sup>83</sup> CHIOVENDA, Giuseppe: *Principios de derecho procesal civil*, traducción de la 3ª ed. italiana por José Casáis y Santaló, Madrid, Reus, 1925, t. II, p. 6.

<sup>84</sup> ALLEN, Hugo: *Lecciones de derecho procesal civil*, Asunción, El Foro, 1985, p. 115.

<sup>85</sup> CHIOVENDA, *opus cit.*, t. II, p. 11.

<sup>86</sup> LLAMBIAS, Jorge Joaquín: *Tratado de derecho civil: parte general*, 23ª ed. actualizada por Patricio J. Raffo Benegas, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, t. I, núm. 558, p. 377.

<sup>87</sup> CHIOVENDA, *opus cit.*, t. II, p. 16.

*sujetos de derecho distintos de sus miembros y sus patrimonios son independientes; el art. 96 les atribuye expresamente capacidad de derecho para adquirir bienes o contraer obligaciones a través de sus órganos, y además les faculta a ejercer acciones civiles y criminales y a responder a las que se entablasen contra ellos.*

En cuanto a la capacidad para comparecer en juicio (capacidad procesal), dice el art. 46 del código procesal civil:

*“Comparecencia en juicio. La comparecencia en juicio se regirá por lo dispuesto en el artículo 87 del código de organización judicial. Las personas jurídicas solo podrán intervenir mediante mandatario profesional matriculado”.*

Por su parte, el art. 87 del código de organización judicial prescribe:

*“Toda persona física capaz puede gestionar personalmente en juicio, bajo patrocinio de abogado, sus propios derechos y los de sus hijos menores, cuya representación tenga. Fuera de estos casos, quien quiera comparecer ante los juzgados y tribunales de la Republica debe hacerse representar por procuradores o abogados matriculados”.*

Se advierte así que en nuestro proceso civil solo las *personas* (físicas o jurídicas) pueden asumir la calidad de parte (actora, demandada o tercerista), ya que solo ellas tienen *capacidad*; por el contrario, un ente que carece de personalidad jurídica no podría asumir la calidad de parte, pues no es sujeto de derechos.

Ello es lo que surge, por lo demás, de la lectura del artículo 16 de la constitución nacional, que garantiza la defensa en juicio *de las personas* y la inviolabilidad de sus derechos, consagrándose, asimismo, el derecho de *toda persona* a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales.

La doctrina que se ocupó del tema ha sostenido:

*“Entonces, cuando el Estado orienta la forma de tutela, exige que se reúnan los requisitos para la apertura de la vía jurisdiccional: capacidad, legitimación ad causam, interés, y calidad de parte”<sup>88</sup>.*

*[...] parte es la persona, física o ideal, a quien el juez de la causa reconoce como legitimado para actuar en ella, persiguiendo un fin esencialmente práctico al fijar quiénes pueden actuar en un juicio determinado”<sup>89</sup>.*

*Pueden ser parte todas las personas, tanto físicas como de existencia ideal, o sea los entes susceptibles de adquirir derechos y obligaciones (cód. civ., arts. 30, 31, 35, etc.)<sup>90</sup>.*

No obstante, algunos autores han reconocido capacidad para ser parte a entes carentes de personalidad jurídica. En tal sentido se ha pronunciado CASCO PAGANO, quien luego de sostener que toda y cualquier persona física o jurídica tiene capacidad

<sup>88</sup> GOZÁINI, Osvaldo A.: *La legitimación en el proceso civil*, Buenos Aires, EDIAR, 1996, p. 137.

<sup>89</sup> FENOCHIETTO, Carlos Eduardo: *Código procesal civil y comercial de la nación comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2001, v. 1, p. 188.-

<sup>90</sup> ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2ª ed., Buenos Aires, EDIAR, 1963, t. I, pp. 473-474.-

para ser parte, señala que ciertos entes *sin personalidad* pueden actuar en juicio, citando como ejemplo a la masa de la quiebra<sup>91</sup>.

No estamos de acuerdo con tal concepción. La capacidad para ser parte (actora, demandada o tercerista) en el proceso coincide con la capacidad sustancial, es decir, con la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones; por lo tanto, como dice PALACIO, la capacidad jurídica procesal y la capacidad para ser parte constituyen conceptos equivalentes<sup>92</sup>. De ello se sigue que quien no es *persona* (física o jurídica), no puede asumir la calidad de parte. Se ha sostenido, en efecto, que

*“El primer paso en el estudio de la capacidad [para ser parte] se refiere a la aptitud para ser titular de derechos, cargas y obligaciones que se derivan de la realidad jurídica que es el proceso. Estamos aquí ante el correlativo de la capacidad jurídica; no ante la aplicación al proceso de la capacidad jurídica civil, sino ante una aplicación del fenómeno más general de la capacidad”*<sup>93</sup>.

Respecto de las entidades patrimoniales a las que se suele atribuir la calidad de parte (por ejemplo, la herencia yacente y la masa en concurso o quiebra), PALACIO ha aclarado que a quienes corresponde en realidad la verdadera personalidad jurídica procesal son los futuros titulares de los derechos y obligaciones que pueden hallarse en juego<sup>94</sup>.

Conforme con los arts. 46 del código procesal civil y 87 del código de organización judicial, las personas físicas pueden comparecer en juicio por si mismas, bastando el patrocinio profesional. En cambio, en el caso de las personas jurídicas, la ley procesal es clara al establecer que ellas solo pueden comparecer en juicio a través de mandatario abogado; por tanto, ni siquiera podrían comparecer a través de las personas físicas que forman parte de sus órganos, sino que *deben ineludiblemente otorgar poder a un profesional, para poder actuar en juicio*<sup>95</sup>. Nuestro código se ha apartado así de una de sus principales fuentes, el código procesal civil y comercial de la nación, cuyo art. 46 permite a las personas jurídicas comparecer en juicio a través de sus representantes legales. Dice el precepto citado:

*“La persona que se presente en juicio por un derecho que no sea propio, aunque le competa ejercerlo en virtud de una representación legal, deberá acompañar con su primer escrito los documentos que acrediten el carácter que inviste”*.

En resumen, solo las personas físicas o jurídicas pueden asumir la calidad de parte en el proceso civil; los entes carentes de personalidad jurídica no pueden hacerlo. En pocas palabras, en nuestro proceso civil solo pueden ser parte las personas.

---

<sup>91</sup> CASCO PAGANO, Hernán: *Código procesal civil comentado y concordado*, 10ª ed., Asunción, La Ley Paraguaya, 2010, t. I, p. 126.

<sup>92</sup> PALACIO, Lino Enrique: *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987 (4ª reimpresión), t. III, núm. 215, p. 20.

<sup>93</sup> MONTERO AROCA, Juan: *De la legitimación en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 2007, p. 60.

<sup>94</sup> PALACIO, *opus cit.*, t. III, núm. 215, p. 31.

<sup>95</sup> ALLEN, *opus cit.*, pp. 120-121.

### 3. LA PRETENDIDA COMPARECENCIA EN JUICIO DE ENTES QUE NO TIENEN PERSONALIDAD JURÍDICA (EN PARTICULAR, LOS MINISTERIOS)

Se ha vuelto una práctica (lamentablemente) usual que abogados de entes estatales que no tienen personalidad jurídica propia se presenten en juicio invocando la representación de tales entes; del mismo modo, es una práctica también usual que particulares dirijan su pretensión contra dichos entes, por ejemplo, cuando alguien dice demandar a tal o cual ministerio, en lugar de demandar al Estado.

Ambas prácticas son, a nuestro modo de ver, completamente erróneas.

En efecto, salvo que una ley disponga lo contrario, los ministerios son solo dependencias estatales que no tienen personalidad jurídica propia y no pueden, por ende, asumir la calidad de parte en proceso alguno, sea como actora, demandada o tercerista.

El art. 240 de la Constitución Nacional establece:

*“De las funciones. La dirección y gestión de los negocios públicos están confiadas a los ministros del Poder Ejecutivo, cuyo número y funciones serán determinados por la ley. En caso de ausencia temporal de uno de ellos, lo sustituirá uno de los viceministros del ramo”.*

Más adelante, el 242 de la carta magna dispone:

*“De los deberes y atribuciones de los ministros. Los ministros son los jefes de la administración de sus respectivas carteras, en las cuales, bajo la dirección del Presidente de la República, promueven y ejecutan la política relativa a las materias de su competencia (...)”.*

Las personas jurídicas están enumeradas en el artículo 91 del código civil:

- a) el Estado;
- b) los gobiernos departamentales y las municipalidades;
- c) las iglesias y las confesiones religiosas;
- d) os entes autárquicos, autónomos y los de economía mixta y demás entes de derecho público que, conforme con la respectiva legislación, sean capaces de adquirir bienes y obligarse;
- e) las universidades;
- f) las asociaciones que tenga por objeto el bien común;
- g) las asociaciones inscriptas con capacidad restringida;
- h) las fundaciones;
- i) las sociedades anónimas;
- j) las cooperativas, y las demás sociedades reguladas en el libro III de este código.

Los ministerios son, pues, oficinas administrativas y ejecutoras de la política dictada por el Ejecutivo, no teniendo una personalidad jurídica distinta que la que le es reconocida al Estado *ex art. 91 inc. a)* del código civil.

Como lo ha sostenido MARIENHOFF, la Administración meramente descentralizada (descentralización burocrática) carece de personalidad: se trata de simples órganos que ejercen porciones de la actividad de la Administración general, pero que no se separan orgánicamente de ésta: la separación –sigue diciendo MARIENHOFF– es meramente funcional. Y lo mismo cabe decir acerca de los Poderes Legislativo y Judicial: ninguno de ellos tiene personalidad jurídica<sup>96</sup>.

En similar sentido se ha pronunciado DROMI:

“El órgano integra la estructura del Estado; forma parte de él por el vínculo que se da entre el *agente* y el *ente* a través de un *título jurídico legal* [...] o negocial (p. ej., designación, elección, contratación). El órgano que se integra en la estructura del Estado es una unidad jurídica que comprende al titular y la competencia.

[...] Los órganos no pueden considerarse sujetos de derecho. No tienen personalidad jurídica. Forman la persona a que pertenecen –Estado–, por una relación de identidad. No hay duplicidad de sujetos entre el órgano y el Estado. La actuación procesal de los órganos, ya en calidad de ‘parte’, ya en calidad de ‘autoridad administrativa’, según se trate de un proceso judicial o de un procedimiento administrativo, respectivamente, es una *actuación del Estado* o de la persona pública de que se trate”<sup>97</sup>.

Concluimos, pues, en que los ministerios, secretarías y dependencias del Poder Ejecutivo; las cámaras de senadores y diputados; el Poder Judicial y cualquier otro organismo al que la ley no le reconozca personalidad jurídica, no pueden ser parte en un proceso: carecen de capacidad de derecho y, por ende, de personalidad jurídica para ser parte procesal.

Los únicos entes de derecho público que pueden asumir la calidad de parte son aquellos a los cuales la ley les atribuye expresamente personalidad jurídica.

Ya lo ha advertido la jurisprudencia nacional:

“La posibilidad reconocida a los ministerios de actuar en virtud a la ley y en ejercicio de las funciones que ésta le confiere, no puede implicar la escisión del Estado en otras tantas personas jurídicas de derecho público, más aún cuando la

---

<sup>96</sup> MARIENHOFF, Miguel S.: *Tratado de derecho administrativo*, 4ª ed., Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1990, t. I, núm. 97, pp. 348-349. En contra: OZUNA WOOD, Pierina: “Capacidad procesal de los Poderes del Estado, ministerios y otras reparticiones del derecho público a la luz de diversos fallos nacionales”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (U.N.A.)*, Asunción, pp., 428-429, para quien la autarquía –y, de suyo, la personalidad jurídica– del Poder Judicial estaría reconocida por la propia Constitución Nacional, art. 249. Por nuestra parte, creemos que la “autarquía presupuestaria” a la que alude el citado precepto constitucional en modo alguno podría otorgar personalidad jurídica al Poder Judicial. Tal conclusión contradice el carácter *unitario* del Estado *ex art. 1* de la carta magna. Se trata, a nuestro modo de ver, de una simple *autosuficiencia económica (autarcia)*, en los términos que explica MARIENHOFF, *opus cit.*, t. I, núm. 111, p. 387.

<sup>97</sup> DROMI, Roberto: *Derecho administrativo*, 4ª ed., Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1995, p. 112.

subordinación del ministro al Poder Ejecutivo está expresamente prevista en el art. 242 de la CN, donde se establece expresamente la subordinación de la administración de las diversas carteras -entre las que se encuentra la actora- al Presidente de la República. Ello, además de contradecir el espíritu de los arts. 1 y 3 de la CN, crearía personas jurídicas que tendrían la peculiar característica de una personalidad que podría llamarse intermitente: una personalidad que sería distinta para cada actuación, con matices diversos para las distintas personas que se vean afectadas por ellos. Ello es jurídicamente inconcebible [...] amén de notarse que la CN, en su art. 226, establece que el ejercicio del Poder Ejecutivo se da exclusivamente por medio del Presidente de la República; la propia ley orgánica del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, Ley N° 167/93, no contempla en ninguna de sus disposiciones ningún tipo de autonomía o autarquía. Desde luego, tampoco puede hacerlo, puesto que los ministerios son divisiones meramente funcionales de auxilio al titular del Poder Ejecutivo para la dirección y gestión de los negocios públicos, conforme lo dispone el art. 240 de la CN. Es decir, nos hallamos ante un ente o "cartera", si queremos usar la denominación constitucional -que en sus arts. 240 a 243 no utiliza la palabra "ministerio"-, que carece de personalidad jurídica"<sup>98</sup>.

"Esta Magistratura (en el marco del análisis de admisibilidad del recurso interpuesto) advierte ya inicialmente que la parte recurrente, es decir, el Ministerio de Agricultura y Ganadería, no se encuentra legitimado para recurrir, ni para estar como parte actora o como parte demandada en absolutamente ningún proceso judicial. Ello es así por cuanto que el citado ministerio no constituye persona, condición absolutamente indispensable y necesaria para actuar como parte actora o parte demandada (legitimado activo o legitimado pasivo) en los procesos que substancian ante los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial solamente los sujetos de Derechos, es decir, las personas (físicas o jurídicas) tienen la capacidad para estar en juicio como partes actoras o como partes demandadas. Las entidades que no tienen calidad de personas no pueden, obviamente, estar en juicio para promover demandas ni para contestarlas puesto que, se reitera, tales entidades no son sujetos de Derechos. En la especie, resulta muy claro que el Ministerio de Hacienda no es una persona Física, y tampoco puede ser conceptuada como una persona jurídica por cuanto que los Ministerios del Poder Ejecutivo no figuran en la enumeración taxativa o limitativa que efectúa el art. 91 del CC..."<sup>99</sup>.

<sup>98</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Comercial, "Sánchez Rojas, Gustavo T. c. Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (M.O.P.C.) s/ indemnización de daños y perjuicios", 22/04/2013 (Ac. y Sent. N° 195).

<sup>99</sup> Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, 1ª Sala, "Recurso de Nulidad interpuesto por el Ministerio de Agricultura y Ganadería c. Laudo Arbitral N° 1 de fecha 24 de noviembre de 2010 dictado por el Tribunal Arbitral constituido por AI N° 397 de fecha 15-04-10", 16/03/2015 (Ac. y Sent. N° 15).

“El art. 242 de la CN dispone que los ministros son los jefes de la administración de sus respectivas carteras y las gestionan bajo la dirección del Presidente de la República. Ergo, los ministerios son, salvo que su ley de creación u orgánica diga expresamente lo contrario, solo órganos del Estado central, pero no personas jurídicas”<sup>100</sup>.

A pesar de la claridad de la cuestión, hasta que asumió la Administración del Presidente Horacio Cartes, los abogados de los ministerios seguían promoviendo demandas “en nombre y representación” de tales entes, y lo peor es que lo hacían a pesar de que la Procuraduría General de la República ya había planteado idéntica pretensión en otro juicio<sup>101</sup>. El lector advertirá que esta actuación tan descoordinada por parte de los entes estatales compromete seriamente la posición procesal del Estado Paraguayo, habida cuenta de las excepciones que los demandados pueden oponer (por ejemplo, la de falta de personalidad jurídica y la de litispendencia).

Para intentar paliar situaciones como la descrita en el párrafo precedente, el Poder Ejecutivo ha tenido que dictar el decreto n° 211 del 9 de septiembre de 2013, cuyo artículo 3° ordena a los ministerios, secretarías ejecutivas y demás organismos dependientes del Poder Ejecutivo que se abstengan de asumir la calidad de parte en los procesos de contenido patrimonial. Ello en razón de que, como lo veremos a continuación, el órgano que ejerce la representación estatal en juicio en forma exclusiva y excluyente es la Procuraduría General de la República.

#### 4. LA ACTUACIÓN DEL ESTADO PARAGUAYO EN EL PROCESO CIVIL

El art. 246 numeral 1 de la Constitución Nacional establece que es deber y atribución del Procurador General de la República *representar y defender, judicial y extrajudicialmente, los intereses patrimoniales de la República*<sup>102</sup>.

Ahora bien, la Procuraduría General de la República no es –técnicamente hablando– el *representante* del Estado en juicio, sino el órgano que actúa la persona jurídica estatal en el proceso.

En efecto, el art. 97 del código civil reputa como actos de las personas jurídicas los de sus órganos, adscribiéndose nuestro ordenamiento a la teoría del órgano, por lo que se acerca más a los sistemas de la realidad que a los de la ficción<sup>103</sup>. En esta última

<sup>100</sup> Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, 3ª Sala, “Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones c. Rolón, José y otros s/ Desalojo”, 11/03/2010 (Ac. y Sent. N° 15).

<sup>101</sup> Una ejemplo de esta situación puede verse en los autos “Estado Paraguayo c/ Fénix S.A. de Seguros y otros s/ cumplimiento de contrato” (que tramitan ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Séptimo Turno de Asunción, Secretaría 14) y “Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones c/ El Comercio Paraguayo S.A. de Seguros y otros s/ cumplimiento de contrato” (que tramitan ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Duodécimo Turno de Asunción, Secretaría 23), en los cuales la Procuraduría General de la República y el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones –respectivamente– plantearon idéntica pretensión.

<sup>102</sup> La redacción del artículo pudo haber sido mejor. La alusión a la “República” crea no pocas dudas, como por ejemplo la relativa a saber exactamente a qué entes se refiere la norma. La república es solo una *forma de gobierno* (cfr., por ejemplo, LINARES QUINTANA, Segundo V.: *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, Alfa, 1956, t. VI, núm. 3575, pp. 171 y ss.); por lo cual hubiese sido técnicamente mejor que el precepto aludiera a los intereses patrimoniales *del Estado*.

<sup>103</sup> MORENO RUFFINELLI, José Antonio, en AA.VV.: *Código civil de la República del Paraguay comentado*, dirigido por Antonio Tellechea Solís, Asunción, La Ley Paraguaya, 2009, t. II, p. 217. La adopción de esta teoría es confirmada por DE GÁSPERI, Luis: *Anteproyecto de código civil*, Asunción, El Gráfico, 1964, p. 47, cuando dice “abandonamos la teoría de la ficción de Savigny para plegarnos a la teoría de la realidad de Gierke y sus secuaces...” (nota al artículo 93).

—dice importante doctrina— se consagra la figura del representante, es decir que los directores de una persona jurídica (una sociedad anónima, por ejemplo) son representantes de ésta, en tanto que los que sostienen la teoría del órgano dicen que son parte de él<sup>104</sup>.

Se ha sostenido que los entes dotados de personalidad jurídica tienen para la ley una voluntad propia, distinta de las personas (físicas o ideales) que los integran, expresada por sus órganos, cuyas funciones las desarrollan las personas a quienes la ley y el contrato social autorizan para manifestar esa voluntad y realizar la actividad conveniente para el logro de sus fines.

No se trata, pues, de una representación voluntaria<sup>105</sup>: representante es quien obra *en nombre ajeno*, mientras que el órgano es el trámite por el cual *la persona jurídica obra directamente y en nombre propio*<sup>106</sup>. En la teoría del órgano se desvanece entonces el concepto de representación: los representantes de la persona jurídica no son los exponentes de un interés ajeno sino del que es propio del ente al que pertenecen<sup>107</sup>. La idea de representación en sentido técnico se ha tenido que dejar aparte por la consideración de que aquí falta la relación entre dos sujetos: representante y representado. Entre el sujeto y el órgano hay una relación funcional que se concreta en el cargo, es decir, en el campo de actividad que proporciona la esfera de sus naturales atribuciones<sup>108</sup>.

Dice MARIENHOFF que en la representación hay un vínculo jurídico entre dos sujetos de derecho, donde uno actúa en nombre de otro; en cambio, tratándose del *órgano* la persona jurídica actúa *ella misma*, porque el órgano forma parte de ella e integra su estructura; gráficamente, la persona jurídica se sirve del órgano como la persona física se sirve de la boca o de la mano<sup>109</sup>.

Así pues, cuando la Procuraduría General de la República actúa en juicio no está —técnicamente hablando— *representando* al Estado: es el mismo Estado el que actúa a través del órgano constitucionalmente establecido.

Pero tampoco es correcto demandar a la Procuraduría General de la República, como de hecho se suele hacer. La demanda debe ser dirigida contra el Estado Paraguayo, no contra el órgano que actúa por él, ya que la personalidad jurídica corresponde a la persona jurídica, no a sus órganos. En palabras de MARIENHOFF, los órganos que integran una persona jurídica no pueden considerarse como sujetos de derecho con personalidad jurídica distinta de la persona a que pertenecen. La

<sup>104</sup> MORENO RUFFINELLI, *opus cit.*, p. 217.

<sup>105</sup> HALPERÍN, Isaac y BUTTY, Enrique M.: *Curso de derecho comercial*, 4ª ed., Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 333.

<sup>106</sup> MESSINEO, Francesco: *Manual de derecho civil y comercial*, traducción de la 8ª edición italiana a cargo de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, EJE, 1979, t. II, p. 412.

<sup>107</sup> BRUNETTI, Antonio: *Tratado de derecho de sociedades*, traducción de la 2ª edición italiana a cargo de Felipe Solá Cañizares, Buenos Aires, El Foro, 2003, t. I, p. 328.

<sup>108</sup> BRUNETTI, *op. cit.*, núm. 137, p. 334, con cita a Ferrara.

<sup>109</sup> MARIENHOFF, *opus cit.*, t. I, núm. 168, p. 518.

personalidad jurídica en tal caso le corresponde a la *persona jurídica*; por tanto, los meros órganos de una entidad o persona jurídica no tienen personalidad: no son sujetos de derecho<sup>110</sup>.

Una sentencia por la que se condene a la Procuraduría General de la República sería, pues, irremediabilmente nula, tal como lo ha declarado la jurisprudencia nacional:

*“Recuérdese que la Procuraduría es solo el órgano constitucional de representación del Estado Paraguayo, que es la verdadera persona jurídica y el actor no dirigió su pretensión contra el Estado, ni éste configura en el escrito de demanda [...] Así pues, la sentencia da condena a un órgano sin entidad ni personalidad jurídica y a otro sujeto no apropiadamente demandado. Ello sería razón suficiente para el pronunciamiento de una nulidad”<sup>111</sup>.*

Lo que ha de quedar bien en claro es que solo la Procuraduría General de la República –a través del Procurador General y de los demás funcionarios que la ley designe– puede actuar en juicio en defensa de derechos patrimoniales estatales; otro funcionario no podría hacerlo, pues carecería de competencia<sup>112</sup>.

## 5. LA FIGURA DEL PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA

La Constitución Nacional tiene, como se sabe, dos partes: la primera se ocupa de los derechos y garantías de los ciudadanos; la segunda, de la estructura y organización del Estado.

La parte II, título II “De la organización y estructura del Estado”, trata en su primer capítulo del Poder Legislativo; en el segundo capítulo se ocupa del Poder Ejecutivo; y en el tercer capítulo del Poder Judicial.

El Poder Ejecutivo consta de tres órganos principales, previstos en tres secciones distintas: (i) en la sección I se regula lo pertinente al Presidente y Vicepresidente<sup>113</sup>; (ii) en la sección II lo relativo a los ministros y al Consejo de Ministros<sup>114</sup>; y (iii) en la sección III se regula a la Procuraduría General de la República<sup>115</sup>.

Gráficamente:

---

<sup>110</sup> MARIENHOFF, *opus cit.*, t. I, núm. 171, pp. 520-521.

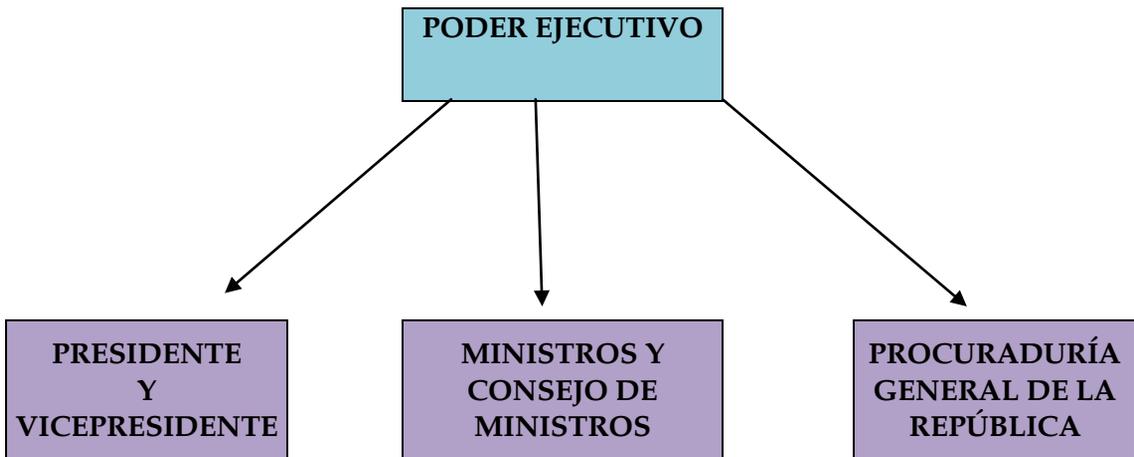
<sup>111</sup> Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, 3ª Sala, “Frutos López, Cristóbal Manuel c. Contraloría General de la República s/ Ejecución de resoluciones judiciales”, 19/03/2010 (Ac. y Sent. N° 19).

<sup>112</sup> Sobre la noción de competencia, cfr. MARIENHOFF, *opus cit.*, t. I, pp. 569 y ss.

<sup>113</sup> Arts. 226 a 239 de la Constitución Nacional.

<sup>114</sup> Arts. 240 a 243 de la Constitución Nacional.

<sup>115</sup> Arts. 244 a 246 de la Constitución Nacional.



Como puede observarse, dejando a un lado la posición particular del Presidente de la República<sup>116</sup>, la Constitución otorga la misma importancia y jerarquía al Procurador General que a los ministros del Poder Ejecutivo.

No obstante, ha de tenerse en cuenta que desde el punto de vista estrictamente legal, la Procuraduría General tiene *rango constitucional*, pues es creada *directamente* por la Constitución; en cambio, si bien los ministerios son mencionados por ésta, son sin embargo creados particularmente por ley. Por tanto, la figura del Procurador General tiene, constitucionalmente, un rango incluso superior a la de los ministros del Poder Ejecutivo.

Otra de las diferencias entre el Procurador General de la República y los ministros del Poder Ejecutivo es que éstos actúan “bajo la dirección” del Presidente de la República (art. 242, CN), en tanto que aquél es un cargo estrictamente técnico que, como tal, no puede estar subordinado a las órdenes del Presidente, a pesar de que éste tenga la atribución de nombrarlo y removerlo (art. 245 CN). En este sentido, ha sostenido MARIENHOFF que quedan exentos del poder jerárquico y, correlativamente, del deber de obediencia, los funcionarios administrativos que realicen funciones *estrictamente técnicas*, para cuyo ejercicio solo deben guiarse por sus conocimientos científicos, siendo inconcebible que al respecto algún superior les dé órdenes<sup>117</sup>. Se trata, en palabras de GORDILLO, de una *independencia técnica* en el ejercicio de sus funciones<sup>118</sup>.

<sup>116</sup> El Presidente de la República, claro está, se encuentra en una posición particular, ya que él “ejerce” el Poder Ejecutivo (art. 226); es, por tanto, la “cabeza” del Poder Ejecutivo; nombra, dirige y destituye a los ministros y nombra y destituye al Procurador General.

<sup>117</sup> MARIENHOFF, *opus cit.*, t. I, núm. 202, p. 599.

<sup>118</sup> GORDILLO, Agustín: *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Buenos Aires, F.D.A., 2013, t. XII, p. 29 (pdf, obtenido de [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com)).

## 6. ALGUNAS CONCLUSIONES

A nuestro modo de ver, la claridad de la Constitución Nacional acerca de qué órgano actúa la persona jurídica estatal es tal, que la intervención de abogados de ministerios o de otros entes carentes de personalidad jurídica en juicios de contenido patrimonial no solo ha sido –y es– errónea, sino además resulta claramente injustificada.

No creemos que haya sido necesario dictar un decreto para cumplir la Constitución; bastaba con analizar sus normas para advertir que el único órgano que puede intervenir en juicio en defensa de intereses patrimoniales del Estado es la Procuraduría General de la República, y no otro.

Los ministerios, secretarías ejecutivas y demás organismos dependientes del Poder Ejecutivo, carentes de personalidad jurídica, no pueden, como se ha dicho hasta al cansancio, actuar en juicio como partes; en estos casos solo el Estado –representado por la Procuraduría General– puede hacerlo.

Y si se dijese que existen normas que facultan a ciertos funcionarios a intervenir en juicios “en nombre y representación” del Estado, diríamos que tales normas serían de dudosa constitucionalidad, amén de que generan un caos institucional muy difícil de superar.

Las instituciones necesitan funcionar correctamente a fin de que el Estado pueda alcanzar los fines para los cuales fue creado, y el correcto funcionamiento no se logrará con tanta descoordinación interinstitucional.

## LA CRISIS INSTITUCIONAL JURÍDICA EN VENEZUELA

EDUARDO ARIEL GONZÁLEZ BÁEZ<sup>119</sup>.

El día 11 de setiembre del 2015 quedará como una fecha fatídica para el supuesto estado de derecho en la República Bolivariana de Venezuela, según lo que se establece el art. 2<sup>120</sup> de su Constitución Nacional, pero también nos vemos lesionados todos aquellos quienes propugnamos y profesamos el pensamiento libre, la de la participación ciudadana, el respeto a los derechos humanos, la legalidad y legitimidad, el debido proceso, y la administración de justicia imparcial, imparcial, e independiente, libre de todo tipo de injerencias internas como externas en los procesos a los conciudadanos, y más aún en aquellos que pudieran derivar en una sanción corporal como la de prisión<sup>121</sup>.

Este atentado a los principios y normas jurídicas propias de una democracia no fueron observados durante el proceso ni en la sentencia condenatoria contra el político venezolano opositor LEOPOLDO EDUARDO LOPEZ MENDOZA, quien debido a unos hechos ocurridos durante una manifestación ocurrido el 12 de febrero del 2014, la cual desembocara con enfrentamientos de los descontentos con el régimen de ex chofer de buses, canciller del Comandante Hugo Chávez, y hoy actual Presidente Nicolás Maduro, con las fuerzas públicas del gobierno, estas grescas culminaron con la muerte de tres personas y decenas de heridos pero en vez de que sean las fuerzas del orden o las autoridades las procesadas por dichas muertes, fueron procesados y condenados LEOPOLDO LOPEZ a 13 años, 9 meses, 7 días y 12 horas, los jóvenes CRISTHIAN HOLDACK a la pena de 10 años y seis meses, DAMIAN MARTÍN GARCIA Y ANGEL DE JESUS GONZALEZ a la pena de 4 años y seis meses, por haberseles encontrado culpables de los delitos de Instigación Pública, Incendios, Daño y Agavillamiento.

Si bien es cierto, aun no se conocen en puridad los fundamentos de la sentencia condenatoria, debido a que el Código Orgánico Procesal Penal de dicho país en su artículo 365, permite que el Tribunal publique su sentencia dentro de los 10 días

---

<sup>119</sup> Abogado por la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción - Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas (Año 2000). Especialista en Didáctica Universitaria por la Universidad de la Integración de las Américas UNIDA. Especialista en Derecho Penal y Procesal Penal por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la UCA. Curso de Pos-título en "Estado de Derecho" otorgado por la Universidad de Heilderberg (Alemania) y el Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP). Especialista en Derecho Procesal General otorgado por la Editorial La Ley y de la Academia de Derecho del Prof. Adolfo Alvarado. Coordinador de la Carrera de Derecho y Relaciones Internacionales Universidad de la Integración de las Américas – UNIDA (2005) Director Académico - Universidad de la Integración de las Américas (2006 -2008). Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas, Educación y Humanidades Universidad San Lorenzo – UNISAL (2011-2014). Director del Estudio Jurídico "EAGB Abogados" desde el año 2002. Asesor Jurídico de la Empresa de Servicios Sanitarios del Paraguay Sociedad Anónima – ESSAP S.A., desde setiembre del año 2013. Síndico de la ESSAP S.A. desde el mes de junio del 2015.

<sup>120</sup> Constitución Nacional - Artículo 2. Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

<sup>121</sup> Código Penal Venezolano- Artículo 14. La pena de prisión de cumplirá en los establecimientos penitenciarios que establezca y reglamente la ley y en su defecto en alguna de las mismas penitenciarias destinadas al cumplimiento de las penas de presidio. En este caso se mantendrá la debida separación entre los condenados a una otra pena.

posteriores al pronunciamiento de la decisión, no podemos dejar de tener ciertos puntos que llaman la atención.

Los cuestionamientos a los que nos hacemos referencias son los siguientes:

1. Existe Independencia del Poder Judicial en la República Bolivariana de Venezuela, o la misma se halla sometida al régimen de Hugo Chávez, y su predecesor Nicolás Maduro.
2. Se ha respetado los principios cardinales del debido proceso en el caso de Leopoldo López y los demás enjuiciados.
3. La aplicación de la pena se basa en una forma de amedrentamiento a todos aquellos que intenten levantarse hasta democráticamente al régimen imperante.

### **PRIMERA CUESTIÓN:**

Con respecto al primer análisis, debemos analizar por lo menos desde la distancia la forma en que se encuentra el Poder Judicial en Venezuela, y es bueno remontarnos a un antecedente no muy lejano, me refiero al caso de la ex jueza María Lurdes Afiuni, quien en el mes de diciembre del año 2009, otorgo medidas alternativas a Eligio Cerdeño, un banquero, no afín al régimen, por lo cual el propio Hugo Chávez, solicito su procesamiento y así lo hicieron estando privada de libertad desde el 18 de diciembre del 2009 enjuiciada por “corrupción, cómplice de fuga, abuso de poder y conspiración criminal”, estuvo en la cárcel de mujeres hasta el año 2012 saliendo de la misma solo por haberse enfermado de cáncer y su proceso hoy día están en una nebulosa, según los medios de prensa venezolanos.

Ante este precedente podría la Jueza Susana Barreiros (Jueza que condenó a Leopoldo López y al resto de los procesados) dictar una sentencia absolutoria y por ende en contra del régimen de Maduro, quien ha demostrado no solamente en su país que no se encuentra su conducta apegada a las leyes, porque nosotros los paraguayos no olvidamos cuando en medio de las crisis del mes de junio del 2012, este vino a hozar intentar levantar a los comandantes militares en contra de la decisión del Senado de la Nación que decidió dentro de un Juicio Político sacarlo del cargo de Presidente a Fernando Lugo, que gracias a Dios y a la institucionalización de los militares hicieron caso omiso y se apegaron a la decisión del órgano constitucional.

Debemos señalar que el Poder Judicial Venezolano se halla administrado por el Tribunal Superior de Justicia, la forma de su conformación se halla establecido por la designación de la Asamblea, y así lo establece su carta magna en el siguiente artículo:

*“Artículo 264. Los magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidos o elegidas por un único período de doce años. La ley determinará el procedimiento de elección. En todo caso, podrán postularse candidatos o candidatas ante el Comité de Postulaciones Judiciales, por iniciativa propia o por organizaciones*

*vinculadas con la actividad jurídica. El Comité, oída la opinión de la comunidad, efectuará una preselección para su presentación al Poder Ciudadano, el cual efectuará una segunda preselección que será presentada a la Asamblea Nacional, la cual hará la selección definitiva.*

*Los ciudadanos y ciudadanas podrán ejercer fundadamente objeciones a cualquiera de los postulados o postuladas ante el Comité de Postulaciones Judiciales, o ante la Asamblea Nacional”.*

Es importante destacar que la Asamblea Nacional que designa a los magistrados se halla constituida por 164 Diputados, su composición es completamente afín al gobierno ya que se encuentra con una mayoría de 99 diputados que forman parte del chavismo, y 65 escaños a la oposición, sumándose a que se conoce que la mayoría hace sentir su fuerza no dando la mínima intervención a la minoría. Con esa cantidad de parlamentarios no le es muy difícil llegar a la destitución de los miembros del tribunal tal como lo establece el art. 265<sup>122</sup>.

No se puede dejar de mencionar también que el Tribunal Supremo de Justicia, la tendencia de este Tribunal en el caso Leopoldo López puesto que la Sala Constitucional por el Fallo 714, del 17 de junio pasado, ratificó la decisión del Tribunal de Apelaciones por el cual se le impidió a la defensa de López a que presente sus pruebas para el Juicio Oral y Público. También el 19 de junio la misma Sala Constitucional rechazó otro amparo deducido por la defensa contra la Unidad de recepción y distribución de Documentos del Circuito Judicial Penal de Caracas, por remitir la apelación contra la sentencia que precisamente rechazó su denuncia sobre la falta de pruebas y en la que se solicitó la excarcelación a un juzgado contencioso administrativo, en lugar de uno penal como correspondía. Ambas resoluciones fueron dictadas con una vertiginosidad increíble de 48 horas<sup>123</sup>.

De esta manera no existen muchas dudas sobre la injerencia que tiene el grupo que detenta desde hace varios años el poder político en Venezuela sobre el Judicial, y de no ser así los magistrados de cualquier instancia, fuero o jurisdicción no solo pueden ser destituidos sino que también parar con sus huesos en las mazmorras, los hechos relatados acreditan esta afirmación.

## SEGUNDA CUESTIÓN:

Una de las discusiones en el mundo del derecho versa sobre la legalidad y la legitimidad, no siempre lo legal es lo legítimo. En este sentido, si uno lee, revisa, analiza la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no caben dudas que cumple con todos los requisitos de una acorde a los tiempos republicanos y del control

<sup>122</sup> Constitución Nacional Artículo 265. Los magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia podrán ser removidos o removidas por la Asamblea Nacional mediante una mayoría calificada de las dos terceras partes de sus integrantes, previa audiencia concedida al interesado o interesada, en caso de faltas graves ya calificadas por el Poder Ciudadano, en los términos que la ley establezca.

<sup>123</sup> Periódico “EL UNIVERSAL” del 24 de junio de 2015.

reciproco de poderes, defensa de los derechos humanos, del debido proceso en un estado social de derecho como la misma declara, pero el hecho que los principios se encuentren consagrados lastimosamente no garantizan su cumplimiento.

Se puede mencionar también que el Código de Organización Procesal Penal vigente en Venezuela, acepta los principios enmarcados en la carta magna, y cuenta con un sistema acusatorio, pero de la misma forma el problema no se encuentra en la ley, sino en los hombres que aplican la ley.

Para sustentar esta hipótesis de este análisis me referiré a algunos puntos sumamente llamativos en el proceso a Leopoldo López.

Imposibilidad a la Defensa de Ofrecer Pruebas: un grave cuestionamiento de la defensa fue que a pesar de haber ofrecido sus pruebas en el momento procesal oportuno, no se le permitió la admisión de las mismas, y esto fue denunciado en varias ocasiones por el Abogado Juan Carlos Gutierrez quien ejerce la defensa del político, y como lo señalara en el punto anterior rechazado los 68 testigos, y los 12 videos de la defensa por parte de los Fiscales intervinientes, los Juzgados y el Tribunal Superior de Justicia, como se indicara en el apartado anterior.

El artículo 12 de Código de Organización Procesal Penal, establece el principio de la igualdad procesal y la amplitud a la defensa en estos términos:

*“Defensa e igualdad entre las partes: La defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso....”*

Lo expuesto esta en concordancia con lo que establece la Constitución Bolivariana, que con respecto al Debido Proceso refiere

*“Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:*

- 1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley.*
- 2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.*
- 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.*
- 4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley.*

*Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.*

5. *Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.*
6. *Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.*
7. *Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.*
8. *Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas”.*

Como se podrá observar las garantías al debido proceso, tienen rango constitucional pero porque no fueron cumplidas en este caso, es lo que llama poderosamente la atención, y es obvio y por ello la defensa recurrió hasta la máxima instancia porque no pudo ofrecer pruebas, amparándose todo el sistema judicial en una cuestión de técnica procesal, y dejando de lado el principio de la amplitud de la defensa primordial que es el de ofrecer pruebas.

A la acusación se le permitió ofrecer 162 elementos de pruebas en cambio a la defensa solo 1 prueba. Se suma a lo expuesto que de las informaciones recibidas por los medios de prensa, y por ello es muy importante que la sentencia condenatoria sea correctamente fundada caso contrario se ratificara que el fallo es una persecución ideológica y política.

De lo que se cuenta hasta la fecha no existieron elementos suficientes para la condena, y el supuesto material probatorio serían los siguientes, con sus consecuentes refutaciones:

- Instigación Pública, para ello se basó en la declaración de Rosa Amelia Asuaje, lingüista quien analizó los discursos de Leopoldo López, pero lo paradójico es que no se ofreció como prueba las transcripciones de los discursos del hoy condenado. Para corroborar este supuesto este hecho punible también se tuvo en cuenta la declaración testimonial de Mariano Ali, que su función fue revisar la cuenta de twitter de López. Con estos elementos el tribunal tuvo por comprobado el hecho de instigación pública. La defensa sostuvo que en momento alguno se pudo demostrar que López llamo directamente a la violencia.

- Delito de Incendio: ni tan siquiera se pudo demostrar que se haya producido el incendio en el Ministerio Público.
- Además el Juicio no fue público ni para la prensa ni para los ciudadanos, alegándose en todo momento la falta de espacio físico.

Estas mínimas circunstancias ya constituyen o dejan en duda el proceder de las autoridades judiciales intervinientes, y ponen un manto de sospecha a este juicio penal con condenas elevadísimas.

### **TERCERA CUESTIÓN:**

La imputación inicial contra Leopoldo López fue por ser autor de "Homicidio Intencional calificado, terrorismo, lesiones graves, incendio de edificio público, daños a la propiedad pública, delitos de intimidación pública, instigación a delinquir y delitos de asociación". Como expusiera él es condenado por los discursos que realizó y mediante ellos se comprueba según la acusación y la Jueza su supuesta autoría y es condenado por "Instigación a delinquir (art. 284), Incendios (art 344), Daño (475 y 476), Asociación Criminal (Agavillamiento) (art. 287).

Leopoldo Eduardo López Miranda Mendoza es condenado a 13 años, 9 meses, 7 días, y 12 horas, por supuestamente expresarse en un discurso político, no existe un solo testigo que lo vio quemar un edificio, armar una gavilla de delincuentes, producir un daño a los bienes de los particulares o públicos. Eso es un estado de derecho?, existe una democracia en la República Bolivariana de Venezuela?,

Tal es el asombro que uno de los órganos multilaterales creado por el propio Hugo Chávez, la UNASUR solicitó el pasado 11 de setiembre el respeto al debido proceso.

De esta forma podemos decir, algo que para todos es visible desde hace años y no solamente con Maduro, sino que desde hace décadas la hermana república de Venezuela viene siendo afectada por un régimen totalitarista que encarcela, expropia, interviene a aquellos que están en contra de su ideología y pensamiento, produce una peligrosa lucha de clases; intervino fuertemente con apoyo financiero a los países aliados a su ideología (Bolivia, Ecuador, Argentina), pero hoy debido a esa forma irregular del manejo de fondos públicos, cuenta una economía destrozada con desabastecimiento de bienes y servicios para su pueblo, que forma fila hasta para comprar papeles sanitarios debido a la carencia en el mercado de este producto.

### **CONCLUSIÓN.**

A los efectos de terminar este análisis voy a transcribir algo que duele y desgarrar el alma, y que los seres humanos aun nos hagamos daño por cuestiones pensar distinto, por el poder, y afectemos no solamente a una sociedad, sino que lesiones a

familias, y eso es lo que sentí al leer la parte final del alegato conclusivo de Leopoldo López, quien de las crónicas en todo momento se mantuvo lucido, enérgico, defendiéndose asimismo y a su causa, y demostrando que como Ghandi, Mandela, en ocasiones uno debe sacrificarse por lo que cree, por su convicción y en contra de los regímenes totalitarios, que ya se ha demostrado a lo largo de la historia es una utopía como decía Tomas Moro, la supuesta igualdad socialista, ese sueño socialista, porque al final "alguien debe pagar la cena", y son sus revolucionarios que se quedan con los bienes del pueblo.

Al final dijo Leopoldo *"de concederme la absolución Jueza, ....iría a mi casa a abrazar y besar a mis hijos, le diría a Manuela que voy a estar para su cumpleaños, le pediría nuevamente matrimonio a Lilian, compartiría con mis amigos y compañeros del partido y arrancaría a recorrer todo el país. Y si la sentencia no es así, USTED VA A TENER MAS MIEDO DE LEERLA QUE YO DE ESCUCHARLA"*.

Nosotros no tenemos miedo estamos contigo LEOPOLDO.



# GENEALOGÍA DEL PROCESO: ¿FINES PÚBLICOS O PRIVADOS?

\*ROBERT MARCIAL GONZÁLEZ.

## SUMARIO:

1) Introducción. 2) Orígenes del Proceso: exclusivamente fines privados. 3) Confiscación del Proceso por parte del poder político. 4) Consolidación del proceso al servicio de fines públicos. 5) República, Democracia y Debido Proceso. 6) Conclusiones.

## 1) INTRODUCCION:

La actualidad procesal se encuentra claramente marcada por el debate existente entre dos posiciones antagónicas e irreconciliables, al menos, en lo que respecta a la esencia del sistema de enjuiciamiento que debe regir. De un lado, están aquellos que conciben al Proceso partiendo de ideas eminentemente Publicistas<sup>124</sup>. Del otro lado, en franca oposición con los conceptos publicistas, se ubican quienes entienden que el Proceso debe edificarse sobre la base del respeto irrestricto hacia las garantías consagradas Constitucionalmente a favor de los individuos. Esta corriente es conocida en Doctrina como Garantista o Dispositivista<sup>125</sup>.

Modestamente, entendemos que uno de los (tantos) motivos que favorece la coexistencia de posiciones tan extremas, obedece a que parte de la doctrina especializada (o interesada) ha perdido de vista (o incluso pretende ocultar deliberadamente), cuál es la esencia del Proceso desde su génesis. Minimizando la importancia que tiene para el ciudadano conocer el trasfondo filosófico, histórico, jurídico, político e ideológico sobre el cual reposa el sistema de enjuiciamiento que lo rige, un sector, mayoritario por cierto, de la Doctrina procesal ha sabido consolidar prácticas y potenciar institutos que subordinan los intereses del ciudadano al exclusivo parecer de la autoridad y no a los principios y garantías contenidos en los Textos Fundamentales Republicanos.

---

\* Nacionalidad paraguaya. Abogado. Magíster en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Magíster en Acción Política por las Universidades "Rey Juan Carlos" y "Francisco de Vitoria", ambas de Madrid, España. Miembro Titular del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Docente Universitario en la Universidad Católica de Asunción.

<sup>124</sup> Cfr. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista*, EGACAL, Lima, 2006, p. 8. La doctrina Publicista surge a partir de la actuación de "ciertos jueces decisionistas que resuelven los litigios que les son presentados por los interesados a base exclusiva de sus propios sentimientos o simpatías hacia una de las partes, sin sentirse vinculados con el orden legal vigente".

<sup>125</sup> El garantismo procesal está constituido por el conjunto de ideas que preconiza la vigencia irrestricta de la Constitución por sobre la ley y ni que hablar por sobre la voluntad de los jueces. En ese orden de cosas, no se busca a jueces comprometidos con ideas como la justicia y la verdad sino que se contenta modestamente con que los jueces se limiten a declarar la certeza de las relaciones jurídicas conflictivas otorgando un adecuado derecho de defensa a todos los interesados y resguardando la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional, todo ello, claro está, siguiendo y respetando las reglas del proceso.

De este modo, al amparo de ideas apartadas claramente de la genealogía y de la raíz filosófica del proceso, desde la mayoría de los Códigos Procesales de América Latina, se estructura un modelo de enjuiciamiento que reposa sobre postulados filosóficos que riñen abiertamente con el marco teórico que nos brindan la República y la Democracia, con lo cual, inevitablemente se pierde de vista la quintaesencia del Proceso, al menos, si se pretende guardar coherencia con la lógica prevista en las Constituciones libertarias que rigen en el mundo occidental.

Con la mirada puesta en aportar algunos elementos de juicio que puedan servir, si no para uniformar criterios en función al respeto irrestricto hacia los Textos Fundamentales, al menos, para dejar en evidencia a quienes por diversas razones pervierten la estructura del Proceso, desde este espacio consideramos prudente que repasemos, aunque más no sea en forma esquemática y a grandes rasgos, la genealogía y la raíz filosófica del método de debate que la humanidad supo darse desde la Antigüedad para dirimir sus conflictos de intereses.

Poniendo el acento tanto en la genealogía así como en la raíz filosófica del Proceso, estimamos que la ciudadanía en general y los operadores del derecho en particular, tendrán mayores insumos para determinar exactamente cuál es la posición, la verdadera posición ideológico - doctrinaria que, acerca del sistema de enjuiciamiento, defienden a diario sea inconsciente e irreflexivamente, sea consciente y deliberadamente e incluso, más allá de los nobles adjetivos utilizados para maquillar lo que en rigor no suele ser otra cosa más que un sistema de opresión ciudadana al servicio del poder de turno y no, como dicen las Constituciones, un método de debate garantizador de derechos fundamentales.

De suerte a cumplir con el objetivo propuesto, como recurso didáctico hablaremos acerca de la génesis del Proceso y de los fines que éste ha perseguido durante el desarrollo de la humanidad a la luz de las diversas concepciones filosóficas que lo han inspirado en los diversos momentos históricos.

En efecto, el tema que se aborda en el presente trabajo se relaciona íntimamente con el debate Doctrinario que sostienen Publicistas y Garantistas dado que *-tal como se mostrará más adelante-* puede afirmarse que los primeros, coherente con la filosofía en la que se inspiran, entienden que el Proceso debe responder a fines públicos mientras que los segundos, también respetando la raíz filosófica sobre la que estructuran sus ideas, afirman que el Proceso, por regla general, sirve a fines privados.

Para una mejor aproximación a todo cuanto refiere a la genealogía y las bases filosóficas que pueden inspirar al Proceso, se hace necesario un repaso histórico que permita, al menos esquemáticamente, recordar cómo fue concebido el método de debate en sus comienzos para de esa manera determinar con mayor precisión si en el marco de una República el Proceso debe responder a fines públicos o privados.

Resultaría difícil dimensionar los **finés** Públicos y Privados del Proceso sin hacer previamente un breve recordatorio acerca de los **orígenes** Privados y Públicos del mismo. Así también, cabe aclarar que más allá de los pormenores históricos que fueron envolviendo al tema y con total prescindencia de la definición que dan muchos autores partiendo exclusivamente del texto legal, el presente trabajo parte de la base que el proceso es un *método de debate dialéctico para la resolución de conflictos*.<sup>126</sup>

## 2) ORIGENES DEL PROCESO: EXCLUSIVAMENTE FINES PRIVADOS.

Sin que se pretenda desconocer que aún en nuestros días sigue sin poder precisarse con exactitud cómo operaba exactamente el derecho procesal en las sociedades antiquísimas, es factible afirmar que en una primera etapa, el proceso se caracterizó por la extremada violencia con la que se resolvían los conflictos entre los individuos ya que básicamente se apelaba a la razón de la fuerza lo cual, obviamente, generó un estado de beligerancia permanente que terminaba siempre con el sometimiento del más débil a la pretensión del más fuerte. A esto debe añadirse que la venganza era considerada como una herramienta justa y legítima a favor del ciudadano que había sido dañado por otro miembro de la comunidad.

En una segunda etapa, pareciera que debido a la espiral constante de violencia generada por las prácticas judiciales, los miembros de la comunidad decidieron establecer algunas pautas para reglar la venganza, que si bien legítima, debía ser organizada. Aparecen así institutos tales como las ordalías y los juicios de Dios.

Finalmente, el duelo entre el que se consideraba víctima y aquel que era sindicado como responsable del daño se racionalizó y perdió su sentido místico. Aparecen entonces los ritos verbales y las fórmulas sacramentales como una forma de regular el debate a partir de ciertas pautas comunes para todos los litigios.

En apretadísima síntesis puede decirse que esta fue la evolución del proceso desde la Antigüedad y hasta aproximadamente el Siglo XII de la era cristiana.<sup>127</sup>

Se advierte fácilmente que mas allá de cuáles fueron los mecanismos de debate utilizados por los hombres para zanjar sus disputas, en ningún momento aparecía la autoridad como interesada en la controversia.

Es cierto sí, que en algún momento de la evolución jurídico procesal fue necesario que la discusión se realice ante un funcionario público que se encargaba de asegurar la regularidad de la contienda; sin embargo, el mismo no ostentaba ningún tipo de interés

<sup>126</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2000, Tomo I, p. 44. El Maestro rosarino enseña que el proceso "es un método de debate dialéctico y pacífico entre dos personas actuando en pie de perfecta igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad y como tal debe mantenerse imparcial, imparcial e independiente".

<sup>127</sup> Los interesados en profundizar el desarrollo histórico del proceso desde sus orígenes pueden encontrar trabajos sumamente completos e interesantes consultando, entre otras, las siguientes obras: ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El Debido Proceso de la Garantía Constitucional*, Zeus, Rosario, 2003; FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 2003; y, SUPERTI, Héctor, *Derecho Procesal Penal – Temas Conflictivos*, Juris, Rosario, 1998.

personal o institucional en la cuestión debatida por lo que el Proceso pertenecía con exclusividad a los individuos afectados, es decir, respondía únicamente a fines privados.

### 3) CONFISCACION DEL PROCESO POR PARTE DEL PODER POLITICO

La concepción netamente privada que se tenía sobre los fines del proceso<sup>128</sup>, la cual rigió al menos durante 1700 años, cambia radicalmente a partir del Siglo XIII de nuestra era. En efecto, mientras las monarquías Europeas iban imponiendo violentamente su dominación a toda la superficie de la tierra, el método de resolución de conflictos vigente hasta entonces cambia de manera radical con la invención de nuevas formas de justicia, de prácticas y de procedimientos judiciales<sup>129</sup>.

Con la mira puesta en potenciar los intereses de los monarcas de turno, la guerra, la circulación de bienes y el litigio judicial o proceso, conformaron un gran bloque de dominación y poder. Las ansias de conquistas, de expansión territorial y de aumento de riquezas fueron el justificativo para que los más poderosos procuraran por todos los medios controlar los litigios judiciales impidiendo que se desarrollen espontáneamente entre los particulares.

De este modo, el poder político encontró en el Proceso a un aliado para cumplir con los fines Públicos que justificaban la intervención del Estado en los asuntos más variados. Lógicamente, detrás del interés estatal de supervisar los litigios entre los particulares se ocultaba el interés personal de los que ejercían el poder, quienes de esta forma podían cumplir con sus objetivos económicos, políticos y religiosos.

Los rasgos característicos de la nueva concepción del Proceso pueden sintetizarse en los siguientes puntos: **1)** desde el Siglo XII el Proceso dejó de ser la puja de dos individuos que se enfrentaban en función a ciertas reglas de disputa para pasar a ser una discusión en la que ambos se sometían a un poder jurídico y político exterior a ellos. **2)** En este pasaje de la historia es que aparece la figura del Procurador como representante del soberano. De este modo, el poder político paulatinamente se fue apoderando de los procedimientos judiciales. **3)** Aparece la noción de “infracción” para significar que cualquier daño entre particulares implicaba también una ofensa al soberano. **4)** Como consecuencia de ello, el perdedor del pleito debía reparar la ofensa causada al Soberano lo que derivó en la confiscación masiva de bienes como medio de incrementar las riquezas y las propiedades del rey.

---

<sup>128</sup> Una muestra clara acerca de la estructura privada del proceso ya desde épocas remotas puede ser encontrada en el maravilloso Diálogo de Platón “*Apología de Sócrates*”. En dicha obra, que data del Siglo V A.C. se grafica claramente que todo el debate judicial es realizado a instancia de parte, en audiencia pública y con reglas claras y definidas de antemano, esto, sin mencionar que la Sentencia es dictada por mayoría de ciudadanos pares.

<sup>129</sup> FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 2003, p. 75

Como se ve, basta un somero análisis histórico para apreciar que desde tiempos inmemoriales y hasta aproximadamente el Siglo XII de nuestra era, la esencia y como consecuencia de ello, la finalidad del Proceso, coherente con su genealogía, fue eminentemente privatista; mientras que desde el Siglo XII en adelante, se dio una profunda transformación que hizo que el sistema de enjuiciamiento responda a fines puramente públicos ligados a intereses políticos, económicos y de poder.

Foucault resume todo este fenómeno diciendo que “Las monarquías occidentales se fundaron sobre la apropiación de la justicia, que les permitía mecanismos de confiscación. He aquí el fondo político de la transformación del proceso de privado a público”<sup>130</sup>.

#### 4) CONSOLIDACION DEL PROCESO AL SERVICIO DE FINES PUBLICOS

La nueva concepción publicista del Proceso se pudo enraizar en la mayoría de las sociedades mediante la prolija y sistemática labor desplegada primero, por la Santa Inquisición y luego continuada por la Inquisición española.

La idea de que el Proceso apunte a “*fines públicos*” fue potenciada en los Estados Autoritarios incorporando a toda la legislación de los siglos XVIII, XIX y XX el método inquisitivo desarrollado en la Edad Media por las autoridades de la Iglesia y los Monarcas de turno.

A modo de ejemplo pueden mencionarse las siguientes disposiciones procesales:

1) **El Reglamento Josefino de 1781:** Dictado en Viena por José II, Emperador Germánico y Corregente de los Estados Habsburgos, el cual es considerado como el primer Código Procesal Moderno y sin duda alguna, es un monumento al absolutismo y al despotismo ilustrado del siglo XVIII <sup>131</sup>.

2) **La Ordenanza Austríaca de 1895:** A finales del siglo XIX, Franz Klein, quien ocupaba el cargo equivalente a lo que hoy sería un Ministro de Justicia en la Corte Real de Francisco José I, Emperador de Austria y Rey de Hungría, por orden directa del mandamás dictó una ley con la idea firme de enfrentar a las fuerzas liberales que socavaban la autoridad imperial. Para ello le bastó endurecer más aún, desde la propia ley, el control sobre las masas, primero con el ejército y luego, con los jueces. De esta manera el proceso se consolidó como un instituto de derecho público en el cual estaba involucrado no solo el interés de las partes sino un valor superior: La razón de Estado<sup>132</sup>.

3) **La Ordenanza Alemana de 1937:** En ese año Alemania estaba gobernada por Adolfo Hitler quien impuso el dominio del Partido Nacional – Socialista el cual

<sup>130</sup> FOUCAULT, Michel, *ob. cit.*, pp. 80 - 81

<sup>131</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El Debido Proceso de la Garantía Constitucional*, Zeus, Rosario, 2003, p. 82

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 83.

terminó con la idea de Estado de Derecho. De este modo, no creemos que pueda tan siquiera dudarse que el Proceso obedecía solo a fines Públicos.<sup>133</sup>

**4) El Código Italiano de 1940:** Proyectado por Dino Grandi, Ministro de Justicia de Benito Mussolini. Su exposición de motivos, que se conoce como “La Relación Grandi”, es tal vez la muestra más clara de que atribuirle al Proceso Fines Públicos, además de contradecir la genealogía y la filosofía primigenia que inspiró al sistema de enjuiciamiento, responde únicamente a la concepción totalitaria del Estado<sup>134</sup>.

Para no exceder los límites del presente trabajo, solo serán reseñadas algunas ideas sobre las que se apoyan quienes ven en el Proceso fines Públicos. En la “Relación Grandi”, por ejemplo, se señala que el Proceso debe servir **como meta de la revolución fascista y lograr una más alta justicia social**. Se habla también de **renovar el concepto de autoridad y dignidad del Estado**. Se afirma que **el Proceso, aún en disputas de intereses meramente privados, no puede quedar librado al interés individual de los litigantes**. Se destaca que **el proceso ha ampliado notablemente el ámbito de la averiguación de la verdad por impulso de oficio**,<sup>135</sup> etc.

Todos estos modelos legislativos, que por otra parte y por diversos motivos sobreviven hasta nuestros días en la mayoría de los Códigos de la región, grafican suficientemente qué debe entenderse cuando quienes ejercen el poder hacen referencia a que la ciudadanía debe respetar “los fines públicos del Proceso”.

Bajo el rótulo que el Proceso debía apuntar a Fines Públicos del Estado, se entronizó la figura del juez director que podía *-en rigor sigue pudiendo-* imponer su exclusiva voluntad al tramitar un Proceso so pretexto de buscar la verdad real o de hacer justicia.

Como puede apreciarse, la filosofía que inspiraba al Proceso desde su génesis fue deliberadamente pervertida y dejada de lado pues de otro modo, jamás se hubiese podido justificar que el sistema de enjuiciamiento sea funcional a quien ejerce el poder y no al ciudadano. De allí que se imponga analizar la genealogía del Proceso como alternativa válida para encauzar el sistema de enjuiciamiento por el derrotero Constitucional y de ese modo, hacer respetar los mandatos constitucionales que nos protegen de potenciales abusos y excesos.

## **5) REPUBLICA, DEMOCRACIA Y DEBIDO PROCESO.**

Hasta aquí se ha visto un panorama amplio, general y más bien descriptivo de cómo fue concebido el Proceso desde su origen y cómo, por intereses políticos, fue mutando en su concepción filosófica a lo largo de la historia. Para determinar con el mayor rigor posible si las mutaciones o transformaciones inflingidas a la raíz y la

---

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 88

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 89

<sup>135</sup> Una transcripción literal de las partes pertinentes de la “Relación Grandi” puede ser encontrada en el libro ya varias veces citado “*El Debido Proceso de la Garantía Constitucional*” del Profesor Adolfo Alvarado Velloso, pp. 89 a 96.

genealogía del Proceso son aceptables desde el marco teórico que nos brindan las Constituciones Nacionales, corresponde analizar a continuación si dentro del marco de una República el Proceso debe tender a fines Públicos o Privados.

De manera a establecer parámetros referenciales que nos ayuden a comprender cuál debe ser la raíz filosófica del Proceso dentro del sistema republicano de gobierno, consideramos prudente repasar previamente los rasgos característicos tanto de la República como de la Democracia. De ese modo, contaremos con mayores insumos para precisar si el sistema de enjuiciamiento debe permanecer fiel a su genealogía primigenia tal como se sostiene desde el Garantismo o, si por el contrario, es legítimo apartarse de las raíces filosóficas del Proceso so pretexto de privilegiar el “orden público”, el “bien común”, el “interés general” o la “razón de Estado” tal como entienden desde el Publicismo.

## República

La palabra República es de origen y raigambre latina. Está formada por la conjunción de dos palabras “*res*”, que en latín significa asunto o cosa y “*publicus*” que, en el mismo idioma, significa público. Es decir, la palabra República quiere decir cosa o asunto público.

El politólogo Robert Dahl nos informa que “aproximadamente en el mismo período en el que el gobierno popular fuera introducido en Grecia (507 a.C), hizo también su aparición en la península italiana, en la ciudad de Roma. Los romanos sin embargo, decidieron designar a su sistema con el nombre de república”<sup>136</sup>

No podemos profundizar lo relativo al desarrollo, evolución, saltos y retrocesos que tuvo a lo largo de la historia el modelo republicano pues hacerlo desbordaría los límites que nos hemos fijado. De cualquier manera, no resulta desacertado señalar que luego de varios siglos de permanecer en el olvido, la idea de establecer un modelo republicano de gobierno volvió a cobrar protagonismo en el Renacimiento.

Robert Dahl explica este fenómeno de manera brillante cuando dice “Como una especie extinta que resurge después de un cambio climático masivo, el gobierno popular comenzó a reaparecer en muchas ciudades del norte de Italia en torno al 1100 d.C. Una vez más, el gobierno popular se desarrolló en ciudades – Estado relativamente pequeñas, no en grandes regiones o países. Siguiendo una pauta ya familiar en Roma y que luego se repetiría durante la aparición de los modernos sistemas de gobierno representativo, la participación en los cuerpos gubernamentales de las ciudades – Estado se restringió en principio a los miembros de las familias de las clases altas; nobles, grandes terratenientes y similares. Pero a su debido tiempo, residentes urbanos de menor nivel socio – económico comenzaron a reclamar el derecho a participar. Grupos de los que hoy llamaríamos clases medias (...) no solo eran más numerosos que los de las clases altas dominantes, sino también capaces de organizarse a sí mismos...”<sup>137</sup>

<sup>136</sup> DAHL, Robert, *La democracia- una guía para ciudadanos*, Taurus, Buenos Aires, 1999, p. 19

<sup>137</sup> *Ibidem*, pp. 21-22

Cierto es que hacia el siglo XIV de nuestra era el gobierno republicano volvió a ceder ante los enemigos de la libertad<sup>138</sup>, pero de cualquier manera, lo que interesa resaltar para los fines de este trabajo es que a partir del siglo XVIII, con el nacimiento de la Constitución americana y el ímpetu inyectado por la Revolución francesa, el modelo republicano se institucionalizó sobre la base de la estricta división de poderes, de la participación ciudadana y del control y límites al ejercicio del poder público en todas sus esferas.

En este sentido, el procesalista argentino Gustavo Calvino refiere “Ya importantes pensadores del siglo XVII difundieron al republicanismo como una teoría de tinte progresista que serviría como antídoto a la concentración autocrática del poder, a la vez que busca la conformación de una comunidad política sostenida por la igualdad y la libertad. El mantenimiento institucional parte del respeto a la ley, gestándose de este modo la idea moderna del Estado de Derecho.”<sup>139</sup>

La ciudadanía no debe perder de vista que la Constitución, ante todo, debe garantizar mecanismos para que aquellos que ejercen el poder público sean debidamente controlados pues esa es la esencia del régimen republicano de gobierno tal como ya fue expuesto hace más de doscientos años por los federalistas<sup>140</sup> en el arduo debate que precedió el nacimiento de una de las Constituciones más sólidas de la historia.

La previsión constitucional referida a los mecanismos que tienen los ciudadanos para controlar el ejercicio del poder se hace patente sobre todo y particularmente en el Proceso, el cual, a nuestro criterio, se erige en el ámbito de control ciudadano al ejercicio del poder por antonomasia. La posibilidad de controlar el ejercicio del poder que ejercen los jueces es fundamental para un Estado de Derecho porque gracias a ello, los ciudadanos quedan a resguardo tanto de la llamada tiranía de las mayorías como así también de los potenciales excesos de parte de aquellos que cumplen el rol de autoridad o ejercen el poder sea en el ejecutivo, en el legislativo o en el judicial. Este fue acaso, el principal logro del constitucionalismo moderno dado que de esta manera, por fin el sistema pudo institucionalizar el poder y encorsetarlo a estrictos parámetros cuya inobservancia posibilita que cada individuo haga valer sus garantías frente a los potenciales excesos.

La lógica que sirve de motor al modelo republicano, esto es, otorgar mecanismos de protección individual a los ciudadanos frente a los potenciales y eventuales abusos del poder público en todas sus formas (legislativo, ejecutivo y judicial) ya había sido

---

<sup>138</sup> Cfr. MONTANER, Carlos Alberto, *La Libertad y sus enemigos*, Sudamericana, Buenos Aires, 2005, pp. 67-83. La obra referida en este tramo, es altamente recomendable para quienes deseen profundizar (y polemizar) sobre algunos aspectos referidos al complejo entramado de compatibilizar orden, progreso, desarrollo, pluralidad y libertad.

<sup>139</sup> CALVINHO, Gustavo, *El sistema procesal de la democracia*, San Marcos, Lima, 2008, p. 39

<sup>140</sup> Cfr. HAMILTON, A; MADISON J; y JAY, J, *El Federalista*, N° 10, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2006, pp. 35-41. En este tramo de la obra citada, Madison aboga por una estructura republicana como mejor alternativa para organizar el gobierno de la unión remarcando la importancia de controlar las tendencias facciosas que desde el poder muchas veces pretenden imponer su exclusiva voluntad al margen de las reglas del sistema.

anticipada al menos desde el siglo XVII por los padres del Estado moderno<sup>141</sup> -quienes a no dudarlo- fueron también los precursores del movimiento que culminó con el constitucionalismo democrático y republicano. Desde entonces, la teoría constitucional comenzó a insistir sobre la importancia de recortar y limitar los poderes a las personas que administran el poder, sea desde el ejecutivo, sea desde el legislativo, sea desde el judicial.

De esta forma, se pone en práctica la exigencia democrática de permanente autogestión, compromiso y militancia ciudadana. En este sentido, ya Montesquieu había dicho que "El pueblo que detenta el poder soberano debe hacer por sí mismo todo aquello que pueda hacer bien; lo que no pueda hacer bien lo hará por medio de sus ministros"<sup>142</sup>.

La sentencia extraída del "Espíritu de las leyes" es perfectamente aplicable a la lógica del Proceso pues la sociedad civil, debe tener muy en cuenta que dentro del Proceso, mejor que en cualquier otro campo de la vida pública y política, tiene en sus manos la posibilidad de establecer una guía, trazar el camino para que sean los ciudadanos interesados (no la autoridad) los que "por sí mismos" -diría Montesquieu- y en base a sus intereses, establezcan sus prioridades.

## Democracia

Atendiendo a que la propuesta pasa por aportar ciertas claves teóricas que posibiliten llegar a la génesis del Proceso para poner en evidencia si las bases filosóficas que inspiran tanto al Publicismo como al Garantismo son igualmente compatibles con los Textos Fundamentales, resulta de suma importancia esbozar algunos lineamientos que nos permitan, graficar primero y comprender después, qué debemos entender cuando hablamos de democracia.

Esto es así por cuanto que si bien son muchas las cuestiones antagónicas entre Publicistas y Garantistas, hay un aspecto en el que están de acuerdo, al menos en el plano discursivo que no en la praxis, y es precisamente que ambas corrientes dicen ser respetuosas de la Democracia.

<sup>141</sup> Si bien Maquiavelo en su obra "El príncipe" (1513) no desarrolló un tratado acerca de teoría del Estado sino más bien del poder, puede decirse que fue a partir de él que la concepción respecto a la legitimidad del poder público da un vuelco importante en la historia. Thomas Hobbes, en su "Leviatán" (1651), obra que a pesar de ser cuestionable si consideramos que el autor justifica el modelo de Estado absoluto, tuvo el gran mérito de "bajar el poder del mundo divino y ubicarlo en el mundo terrenal". Sin embargo, quien verdaderamente sentó las bases para el moderno Estado republicano, democrático y constitucional fue John Locke quien escribió varios Tratados acerca del gobierno civil donde defiende la idea del pacto entre los ciudadanos. Muy especialmente, en el "Segundo Tratado..." (1689) es que concibe la moderna idea de democracia, división de poderes y Constitución. Allí también se empieza a hablar por primera vez de los derechos humanos y lo más importante, se propone una clara división de poderes que terminó complementándose con el gran trabajo desarrollado por Montesquieu en "El espíritu de las leyes" (1748). Así, Locke, por derecho propio y parafraseando a Christiane Zschirnt "es el padre intelectual de la primera democracia implantada en el mundo: la de los Estados Unidos de América. La proclamación de los derechos democráticos básicos alude a Locke, quien expresó que todos los hombres tienen derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad". Cfr. ZSCHIRNT, Christiane, *Libros – todo lo que hay que leer*, Taurus, Buenos Aires, 2004, p. 84.

<sup>142</sup> MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Ediciones Orbis, Barcelona, Libro II, Capítulo II "Del gobierno republicano y de las leyes relativas a la democracia", 1984, p.37

Ahora bien, pese a que la democracia constituye una suerte de imperativo categórico desde finales de la segunda guerra mundial, al menos en los países occidentales, ¿se puede afirmar que los cultores del Derecho Procesal tienen claro lo que implica vivir en Democracia?. A juzgar por la evidencia que muestra a un Poder Judicial cada vez más imprevisible y más omnipotente, la respuesta a la interrogante es negativa.

La falta de respeto y de coherencia demostradas por un sector importante del procesalismo hacia los principios rectores de la Democracia puede explicarse por varias razones. Resulta que, paradójicamente, la tarea de caracterizar a la democracia se presenta hartamente compleja<sup>143</sup> pues, como nos lo recuerda Dahl “Irónicamente, el mismo hecho de que la democracia posea una historia tan dilatada, ha contribuido a la confusión y al desacuerdo, pues “democracia” ha significado muchas cosas distintas para gente diferente en diversas épocas y lugares.”<sup>144</sup>.

Señala Sartori que “Definir la democracia no es nada simple ni fácil. Democracia es una palabra que se usa en largos discursos. Al desarrollar los planteamientos, debemos cuidarnos de toda clase de trampas. La insidia de fondo y siempre recurrente es el simplismo y por ello (en frase de Lenin) “la enfermedad mortal del infantilismo”. Es cierto que se debe hacer fácil, en lo posible, la idea de democracia, ya que la ciudad democrática exige, más que cualquier otra, que sus propios principios y mecanismos sean generalmente entendidos. Pero de mucha simplificación también se puede morir. El único modo de resolver los problemas es conociéndolos, sabiendo que existen”<sup>145</sup>

Los aportes teóricos y la visión profunda del constitucionalista argentino Jorge Alejandro Amaya pueden ayudarnos en la tarea de superar la paradoja remarcada por Dahl y la dificultad expuesta por Sartori para no reducir el vocablo y por el contrario, establecer con claridad los rasgos que mejor caracterizan a una democracia. De esta forma, la ciudadanía en general y el procesalismo en particular, tendrán mayores elementos de juicio para adecuar su accionar a la esencia misma de la Democracia.

En este sentido, Amaya nos enseña que “La teoría se ha interrogado desde siempre sobre ¿qué es la democracia?, coincidiendo -como anticipamos- que es un concepto complejo y multívoco. Es que la democracia posee distintas aristas, las cuales podemos simplificar en la extensión de sus aspectos material y formal. La democracia en su sentido material es sin duda un sistema político que intenta hacer efectivas la igualdad y la libertad. El origen etimológico de la palabra democracia (*demos*: pueblo, *kratos*: poder) expresa completamente su significado. La democracia es el poder del pueblo, es decir aquella forma de gobernar en la cual es el pueblo quien gobierna. Pero desde la antigüedad, también significa algo más, es el régimen de la libertad y de la

---

<sup>143</sup> SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, Taurus, Buenos Aires, 2003, p. 21. El prestigioso politólogo señala que “...el problema de definir la democracia es mucho más complejo (pues) entre la palabra y su referencia, entre el nombre y la cosa, el paso es largísimo”

<sup>144</sup> DAHL, Robert, *La democracia – una guía para los ciudadanos*, Taurus, Buenos Aires, 1999, p. 9.

<sup>145</sup> SARTORI, Giovanni, *ob. cit.*, p. 30.

igualdad de derechos entre los ciudadanos. Como bien señala Véronique Fabré-Alibert “no estamos ante una sociedad auténticamente democrática mas que cuando las libertades fundamentales son efectivamente garantizadas. La democracia no es solamente una manera de ser de las instituciones sino algo mas, ya que puede ser una exigencia moral”. Además de su aspecto material o sustancial, la democracia también posee un aspecto formal: es un conjunto de procedimientos de decisión. No podemos reducir la democracia a los procedimientos, pero tampoco olvidar que necesita y exige de técnicas de decisión, de procedimientos y de instituciones concretas.”<sup>146</sup>

Atendiendo a que desde este espacio intentamos esbozar algunos lineamientos que ayuden a entender cuál es, desde su genealogía misma, la raíz filosófica que inspira al Proceso, no podemos sino adherir plenamente a la caracterización formulada por Amaya, quien, en resumidas cuentas, nos dice que debemos entender a la democracia desde dos perspectivas; por un lado, como un conjunto de procedimientos tendiente a regular la toma de decisiones entre los ciudadanos (democracia formal, procesal o jurídica); y por otra parte -acaso más importante- también como un sistema político que se muestra capaz de hacer efectivas la igualdad, la libertad y la dignidad de las personas (democracia sustancial o material).

De ese modo, no solo se logra zanjar la disyuntiva excluyente que introdujera Madison<sup>147</sup> cuando priorizaba el concepto de República por sobre el de democracia pura, sino que además, se enfatizan aspectos relacionados con la autonomía de los ciudadanos, con el respeto a las garantías constitucionales, con el Estado de derecho y con los límites necesarios que deben contener al poder público<sup>148</sup>.

Para develar cuál debe ser la finalidad del Proceso, deviene imprescindible entender a la democracia de la manera descrita por Jorge Alejandro Amaya pues solo de ese modo se podrá manejar la estrecha conexión que existe entre la Democracia y la ley<sup>149</sup> o mejor, entre la Democracia, la República y la Constitución.

Si desde la ciencia procesal se pretende seriamente respetar el Estado de Derecho y la Constitución Nacional, se debe poner el acento en el núcleo duro del régimen democrático dado que dentro de éste, todo el sistema gira (o al menos debería girar) en torno al ciudadano, es decir, es el ciudadano (y no las autoridades que ejercen el poder) quien ocupa un lugar prioritario en el esquema.

Esa es la razón por la cual, las Constituciones republicanas y verdaderamente democráticas no solo contemplan sino que traducen en realidad, todas las garantías

<sup>146</sup> AMAYA, Jorge Alejandro, *De mayorías y minorías en la democracia*, artículo publicado por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Año XXI, N° 197, julio/diciembre de 2006.

<sup>147</sup> Cfr. HAMILTON, A; MADISON J; y JAY, J, *El federalista*, N° X, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2006, p. 39

<sup>148</sup> SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, Taurus, Buenos Aires, 2003, p. 39. El lúcido pensador señala “Quiero decir que aquel pueblo está legitimado para mandar conforme a la regla mayoritaria, en tanto ejerza su poder “dentro de los límites determinados” en cuanto entren en juego elementos del todo extraños a la voluntad popular”.

<sup>149</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Democracia y el lugar de la ley*, Discurso pronunciado en fecha 26 de setiembre de 2001, consultado en <http://campus.academiadederecho.org/news>

fundamentales previstas para los ciudadanos. Sin embargo, para llegar a un nivel aceptable de calidad democrática, los países serios, previamente se preocuparon de realizar el arduo trabajo que representa diseñar un ordenamiento fundamental en base a valores universales y no en función a las expectativas de quien circunstancialmente ejerce el poder público.

De ahí la importancia de concebir a la democracia sobre todo como un régimen que apunta y protege al ciudadano en su dignidad y no como un esquema elemental que posibilita que los que ejercen el poder puedan aplicar su voluntad discrecional so pretexto de estar “haciendo justicia” o “buscando la verdad”.

### **Debido Proceso**

Como acabamos de ver, los rasgos característicos de todo sistema Democrático y Republicano de gobierno son básicamente los siguientes: **1)** una clara división de poderes, **2)** el intercontrol recíproco entre estos, **3)** el respeto hacia la dignidad del individuo, **4)** el poder al servicio de la sociedad y no a la inversa, **5)** la vigencia irrestricta de las garantías constitucionales, **6)** límites precisos y bien definidos al poder de la autoridad, etc.

Por tanto, no son Repúblicas, ni en el fondo ni en la forma los Regímenes Monárquicos, los Regímenes Autocráticos, los Dictatoriales o los Totalitarios por más que se autotitulen de manera presentable ante la opinión pública.

A fin de determinar si la estructura filosófica de las dos corrientes procesales que estamos analizando son igualmente compatibles con el sistema de gobierno democrático y republicano, corresponde enunciar a continuación qué se entiende por “debido proceso”.

El Debido Proceso “es aquel que se adecua plenamente a la idea lógica de proceso: 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). En otras palabras: el debido proceso no es ni más ni menos que el proceso que respeta sus propios principios.”<sup>150</sup>

Ahora bien, cuáles son los principios procesales que necesariamente deben estar contemplados en toda Constitución que se considere Republicana. En efecto, para que una Constitución pueda caracterizarse como respetuosa de los preceptos republicanos debe contemplar un Proceso que se estructure en base a los cinco principios procesales definidos por la corriente garantista: igualdad de las partes, imparcialidad del juzgador, transitoriedad de la serie, eficacia de la serie y moralidad en el debate.<sup>151</sup>

---

<sup>150</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, ob. cit., p. 250.

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 260

Dentro de este marco, parece razonable sostener que los fines públicos atribuidos al Proceso desde la corriente Publicista, resultan incompatibles con la idea de República.

A lo largo del presente trabajo se ha mostrado que la genealogía y la raíz filosófica primigenia que dio origen al Proceso, fue dejada de lado en un momento histórico caracterizado por la concentración de todo el poder político en manos de la persona del soberano, quien como tal, gozaba de una especie de derecho de vida y muerte sobre los súbditos. Esta potestad del soberano se hacía particularmente visible sobre todo dentro del proceso<sup>152</sup>.

Michel Foucault, en su obra "Vigilar y Castigar", grafica muy bien por qué el Proceso adquirió finalidad pública cuando señala que "todo el procedimiento estaba ordenado en torno a los derechos formidables del soberano...". El extraordinario filósofo agrega que "El suplicio judicial hay que comprenderlo también como un ritual político. Forma parte, así sea en un modo menor, de las ceremonias por las cuales se manifiesta el poder."<sup>153</sup>

Si se analiza mínimamente el funcionamiento de la justicia durante la edad media, estructurada -como ya se dijo- por y para el soberano y a ello se le suma la barbarie cometida por los Estados Totalitarios del siglo XX, justificada siempre a nivel discursivo por "altos fines Públicos", resulta muy difícil sostener, al menos lógica y coherentemente, que la filosofía del Proceso republicano está inspirada por fines públicos.

Sin embargo, a pesar de las dramáticas evidencias que aporta la historia y sin contemplación hacia toda la sangre vertida para alcanzar la libertad, muchos procesalistas, sin duda plétóricos de buenas intenciones pero ubicados en las antípodas de la Constitución, siguen insistiendo en que el Proceso responde principalmente a una finalidad pública.

Desde este espacio, no concordamos con dicha posición. Entendemos que ni desde el punto de vista lógico ni desde el punto de vista jurídico se puede sostener que el Proceso previsto para que los ciudadanos de una República solucionen sus conflictos intersubjetivos de intereses tienda a fines públicos. Antes bien, todos los principios procesales contemplados en las Constituciones Republicanas así como la génesis misma del método de enjuiciamiento, indican que el Proceso, en primer término, cumple fines privados y accesoriamente, pero solo accesoriamente, sí ayuda al Estado a cumplir con determinados fines públicos.

<sup>152</sup> Cfr. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y Castigar*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2004, p. 59. En el tramo citado, el autor dice "El soberano está presente en la ejecución no solo como el poder que venga la ley, sino como el que puede suspender la ley y la venganza. Sólo él debe ser dueño de lavar las ofensas que se le han hecho; si bien es cierto que ha delegado en los tribunales el cuidado de ejercer su poder justiciero, no lo ha enajenado; lo conserva íntegramente para levantar la pena tanto como para dejar que caiga sobre el delincuente...". El mismo autor en su obra ya citada "La verdad y las formas jurídicas", p. 79, al referirse a la figura del Procurador agrega que "...De esta manera, el soberano, el poder político, vienen a doblar y paulatinamente a sustituir a la víctima. Este fenómeno, que es absolutamente nuevo, permitirá que el poder político se apodere de los procedimientos judiciales....".

<sup>153</sup> *Ibidem*, pp. 52 y 53.

La base filosófica del diseño de Proceso estructurado desde su génesis misma pero potenciada en todas las Constituciones Republicanas, responde a la idea – fuerza del valor **Libertad**. La razón de ser del proceso no es otra sino erradicar la fuerza ilegítima de la sociedad y lograr con ello la restauración y el mantenimiento de la paz social.<sup>154</sup>

Por tanto, en el marco de una República y dada la genealogía del Proceso, éste ostenta, como regla, una finalidad Privada cual es permitir el debate racional y dialéctico de dos partes que mantienen un conflicto de intereses y por ello acuden ante un tercero imparcial, imparcial e independiente designado para darle la razón a uno o a otro en base a ciertas reglas lógicas predeterminadas y conocidas por todos. Así fue en un comienzo y así debería ser ahora aunque le pese a aquellos que estructuran el Proceso en función a los intereses del que ejerce el poder y no del ciudadano.

Parece claro que los diseños jurídicos y filosóficos de conceptos tales como “Democracia”, “República” y “Debido Proceso”, con los caracteres ya enunciados, no hacen sino reafirmar que el Proceso debe tender principalmente a fines privados y por tanto, solo excepcionalmente podrá hablarse de que el Proceso persigue fines Públicos.

No se pretende desconocer que en determinados asuntos se presente legítimamente un interés o un fin Público que merezca ser tenido en cuenta. Sin embargo, la solución para esos casos no pasa por exigirle al juez que comprometa su imparcialidad cumpliendo funciones tutelares tal como lo propugna la corriente Publicista, sino por ensanchar, desde la misma ley, la legitimación para que la defensa de ese interés público sea asumida por otra institución llámese Ministerio Público, Procuraduría, etc. pero siempre respetándose el principio de igualdad de partes dentro del Proceso pues sobre esa base filosófica se inspiró y se inspira el sistema de enjuiciamiento republicano.

En este sentido, resulta importante destacar el documento elaborado en el mes de enero de 2006 en la ciudad de Valencia, España, por juristas de la talla de Federico Domínguez, Juan Montero Aroca, Franco Cipriani, Eugenia Arano, Adolfo Alvarado Velloso entre otros y que se conoce con el nombre de la “Moción de Valencia”. En el citado documento se sintetiza claramente que el Proceso, como garantía para el ciudadano y al mismo tiempo límite para la autoridad, solo puede obedecer a Fines Privados en tanto y en cuanto ha quedado demostrado que las concepciones ideológicas desde las que se conformó el proceso civil en el siglo XX han quedado superadas y el futuro debe estar en la idea de “libertad de los individuos como función básica del Estado democrático y republicano”<sup>155</sup>.

Particularmente, estoy convencido que la humanidad o mejor, la civilidad solo puede avanzar si es capaz de aprender de los errores del pasado y en este sentido

---

<sup>154</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, ob. cit, p. 21.

<sup>155</sup> MONTERO AROCA, Juan y otros, *Proceso Civil e ideología*, Metropolitana, Santiago de Chile, 2008, PP. 441 - 446.

entendemos que la historia nos ha enseñado, con mucha sangre de por medio, que quienes ejercen el poder sin límites claros, tienden invariablemente a abusar de él, con el agravante de que todo esto ha ocurrido y en algunos países sigue ocurriendo bajo el pretexto de que el Estado debe cumplir con “altos fines públicos”.

Por tanto, si admitiéramos que dentro de una República la filosofía del Proceso está orientada hacia fines Públicos antes que fines Privados, no nos queda otra alternativa más que darle la razón a Maquiavelo.

## 6) CONCLUSIONES.

1) El estudio acerca de la genealogía del proceso muestra que el mismo se inspiró en una filosofía libertaria y privatista desde la antigüedad y hasta el Siglo XII de nuestra era, es decir, durante al menos 17 siglos.

2) A partir del Siglo XII en adelante, motivos económicos, religiosos y políticos hicieron que los poderosos de turno se apropiaran del método de enjuiciamiento para de esa manera contar con una nueva herramienta de dominación. De este modo, la genealogía del Proceso es dejada de lado y la filosofía del sistema de enjuiciamiento cambia radicalmente y va adquiriendo paulatinamente finalidad Pública.

3) Tanto los rasgos característicos de una República así como el diseño de las Constituciones verdaderamente Democráticas indican que el Proceso no puede apuntar a fines Públicos.

4) El análisis genealógico del Proceso y la raíz filosófica que lo inspiró desde sus orígenes, nos permite concluir que si el mismo tiene en miras pacificar a la sociedad por medio del debate racional y reglado entre los individuos afectados, es porque responde a *finés Privados*; por el contrario, si el Proceso apunta a *finés Públicos*, es porque está al servicio de los que ejercen el poder, quienes confiscan de las manos de los particulares el método de resolución de conflictos para de esa manera contar con una herramienta más de sometimiento, dominación y control social.

5) Resulta claro que la genealogía del Proceso fue dejada de lado y adquirió finalidad Pública única y exclusivamente para servir a aquellos que ejercían el Poder en una época y lugar determinados, por lo que parece razonable concluir que los fines Públicos no se compadecen con los principios rectores de una República.

6) La visión filosófico – jurídica que tengan los interesados acerca de la relación que se da entre el Estado y los individuos integrantes del mismo, determinará qué posición se adopte respecto a los fines del proceso en una República. Así, los que entienden que el proceso es un instrumento para dirimir conflictos de interés privado, afirmarán que el carácter del Derecho Procesal es fundamentalmente “privatista”,

mientras que aquellos que sostienen que toda la sociedad está interesada en los litigios<sup>156</sup> asegurarán que el Derecho Procesal ostenta un carácter “publicista”.

7) En resumen: puede afirmarse que en el marco de un sistema Democrático y Republicano de Gobierno, aquellos que ven en el Proceso Fines Privados son conscientes de que se debe privilegiar el Método por sobre la Meta, mientras que para los que tienen una visión Publicista del tema (*visión incompatible con los principios Republicanos*), poco importa ser respetuosos de la genealogía y la filosofía del proceso debido a que “el Fin justifica los Medios”.

## BIBLIOGRAFIA CITADA O CONSULTADA:

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, Primera parte, 1997 y Tercera parte, 2008.  
*El Debido proceso de la garantía constitucional*, Zeus, Rosario, 2003.
- ALVAREZ GARDIOL, Ariel, *Derecho y realidad*, Juris, 2005.  
*Lecciones de Epistemología*, UNL, Santa Fe, 2004
- AMAYA, Jorge Alejandro, *De mayorías y minorías en la democracia*, artículo publicado por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Año XXI, N° 197, julio/diciembre de 2006.
- BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y las penas*, Juris, Rosario, 2006.
- BENABENTOS, Omar, *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*, Juris, Rosario, 2001.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1989.
- BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, AD-HOC, Buenos Aires, 2005.
- BOBBIO, Norberto, *El futuro de la Democracia*, FCE, México D.F., 2005
- CARNELUTTI, Francesco, *Cómo se hace un proceso*, Juris, Rosario, 2005.  
*El problema de la pena*, Rodamillans SRL, Buenos Aires, 1999.
- CALAMANDREI, Piero, *Elogio de los jueces*, El Foro, Buenos Aires, 1997.
- CALVINHO, Gustavo, *El sistema procesal de la democracia*, San Marcos, Lima, 2008  
*Estudios procesales – Enfoque sistemático pro homine*, San Marcos, Lima, 2008
- COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Editorial B de F, Montevideo, 2004.
- DA SILVEIRA, Pablo, *Política & Tiempo*, Taurus, Buenos Aires, 2000.
- DAHL, Robert, *La democracia- una guía para ciudadanos*, Taurus, Buenos Aires, 1999
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Trotta, Buenos Aires, 1995.
- FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 2003.  
*Vigilar y Castigar*, Siglo XXI, Bs.As. 2004.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Democracia y el lugar de la ley*, Discurso pronunciado en fecha 26 de setiembre de 2001, consultado en <http://campus.academiadederecho.org/news>
- HABERMAS, Jürgen, *Interés privado y acción pública*, FCE, México, 1986.
- HAMILTON, A; MADISON J; y JAY, J, *El federalista*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2006
- MENDONCA, Daniel, *Democracia Vulnerable – Un estudio sobre el sistema político paraguayo*, Intercontinental, Asunción, 2010.
- MONTANER, Carlos Alberto, *La Libertad y sus enemigos*, Sudamericana, Buenos Aires, 2005.
- MONTERO AROCA, Juan (Coordinador) y otros, *Proceso Civil e ideología*, Metropolitana, Santiago de Chile, 2008.

<sup>156</sup> Cfr. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción...*, ob. cit., p. 25. Se entiende por litigio “la simple afirmación, en el plano jurídico del proceso, de la existencia de un conflicto en el plano de la realidad social, aún cuando de hecho él no exista.”

- MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*, Folio, Barcelona, 2001.
- NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2002.
- PALACIO, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Bs. As., 2004.
- PORTILLO, José, *El camino a la libertad*, Trilce, Montevideo, 2008.
- RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, FCE, México, 1995.
- SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la Democracia?*, Taurus, Buenos Aires, 2003.
- SUPERTI, Héctor, *Derecho Procesal Penal – Temas Conflictivos*, Juris, Rosario, 1998,
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Criminología crítica y control social - El poder punitivo del Estado*, Juris, Rosario, 1993.
- El derecho penal liberal y sus enemigos*, Ponencia presentada ante la Universidad Castilla -La Mancha en 2004 en ocasión del Doctorado *Honoris Causa*. Consultado en: [www.http://neopanopticum.wordpress.com/2007/08/25/el-derecho-penal-liberal-y-sus-enemigos-e-zaffaroni/#more-43](http://neopanopticum.wordpress.com/2007/08/25/el-derecho-penal-liberal-y-sus-enemigos-e-zaffaroni/#more-43)



# POR QUÉ NO DEBE ADOPTARSE EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL GENERAL PARA LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY.

SEBASTIÁN IRÚN CROSKEY<sup>157</sup>

## SUMARIO:

**1. Introducción. 2. Razones para que no sea aprobado el Proyecto de CPG. 2.1. Incompatibilidad del proyecto con los postulados constitucionales. 2.2. El carácter inquisitivo del proyecto:** a) La concepción publicista o “función social del proceso”. El denominado “sistema mixto”. Origen histórico. b) El aumento de los poderes del juez. c) El dogma de la verdad real. La prueba de oficio. **2.3. Notorias deficiencias técnicas.** a) La incorrecta legislación de la oralidad. El problema de “oralizar todo”. b) El ofrecimiento de pruebas con el escrito de demanda. c) Las excepciones “previas”. d) Incitación al prejuzgamiento y baja calidad de sentencias. e) La visible ampliación de los plazos procesales y duración de los procesos. f) La legalización de la mora judicial. h) El menosprecio a la labor del Abogado. i) La discrepancia con la ley de fondo cuya actuación se pretende. Otras deficiencias. **3. Conclusión.**

### 1. Introducción.

Desde el año 2003 se halla en el Congreso Nacional el “Proyecto de Código Procesal General para la República del Paraguay”, que fuera impulsado por la Corte Suprema de Justicia con el apoyo del PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo).<sup>158</sup>

Básicamente, el arquetipo es el Código Procesal General de la República Oriental del Uruguay, que a su vez tiene su antecedente en el modelo de Código Modelo de Código Procesal para Iberoamérica.

En cuanto a la necesidad de la reforma, consideramos que el Código actual merece ser reformado, no sólo porque se ha vuelto ineficiente, sino además porque contiene instituciones autoritarias que no conciben con nuestra Constitución Nacional, que es esencialmente libertaria en cuanto a los derechos y garantías procesales del ciudadano.

---

<sup>157</sup> Abogado (1998), egresado de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” con Diploma de Honor “Distinguido”; Profesor de Derecho Romano II y de Derecho Procesal Civil II en la Universidad Americana; Magister en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina (2007); Miembro Titular del Instituto Panamericano de Derecho Procesal.

<sup>158</sup> La comisión de redacción estuvo integrada por los Dres. Raúl Gómez Frutos, Raúl Fernando Barriocanal, Hugo A. Becker y el consultor nombrado por el PNUD, Dr. Carlos Lorenzo, de nacionalidad uruguaya, entre otros.

No obstante, debemos señalar que la cuestión no es tan sencilla como “cambiar la ley” y nada más, porque de hecho, el grave problema con el que tropezamos no es simplemente la ley sino la falta de cumplimiento de la ley y las perversiones que de ella se han hecho.

El simple cambio de la ley no es suficiente para que la realidad social también se transforme. Esta es la posición del “idealismo legal”, criticada ásperamente por Mario Bunge, que dice:

El idealismo legal con estatismo distorsiona el proceso político, ya que induce a los legisladores a tratar de resolver todas las cuestiones sociales a través de la legislación, y los tienta a invadir todos los rincones de la vida.<sup>159</sup>

El autor habla de la “impotencia del derecho” para producir cambios sociales, que es precisamente lo que se quiere hacer con este Código Procesal General: que los operadores de justicia que ahora no cumplen la ley vigente, ahora, por obra y gracia de una nueva ley, pases a convertirse en celosos “cumplidores” de ella (e.g., cuando se dice, tan ingenuamente, que “con el nuevo Código se acabarán las chicanas”).

De mi parte, creo que se debe apostar por un cambio en la legislación procesal vigente, pero que sirva para democratizar y agilizar el proceso civil; y no para subyugarlo bajo el poder del juez, para pauperizar la actuación profesional del Abogado y llevarnos al sendero sin retorno del sustancialismo y el autoritarismo judicial, cuyos efectos son mayor número de litigios, denigración del papel de las partes y Abogados, y peor calidad de justicia.

Sin desmerecer el valor del actual Código Procesal Civil, no es menos cierto que después de veinte años, el quehacer cotidiano revela la necesidad de efectuar algunas modificaciones, que tiendan principalmente corregir inconsistencias, unificar los distintos procedimientos (notoriamente superabundantes) y por último, recortar los poderes del juez en materia probatoria y en otras cuyas facultades son constitucionalmente injuriantes (ej., la de citar a las partes, de oficio, a absolver posiciones en cualquier estado de la causa, entre otras).

No cabe duda de que todos queremos algo mejor, pero con el respeto y la admiración que me merecen quienes patrocinan la adopción del Proyecto de CPG, definitivamente dicho proyecto no representa el cambio que buscamos y que merecemos. Más que cambiar, debemos mejorar, avanzar en lugar de retroceder al oscurantismo procesal que se propone como algo “nuevo” o “moderno”.

### **1. Razones para que no sea aprobado el Proyecto de CPG.**

Las razones principales para que no sea aprobado el Proyecto de CPG, son las siguientes:

---

<sup>159</sup> BUNGE, Mario; “Las Ciencias Sociales en discusión”, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1999, pág. 407.

## 2.1. Incompatibilidad del Proyecto con los postulados constitucionales.

La primera y principal objeción contra la aprobación del Proyecto es su manifiesta incompatibilidad con los lineamientos establecidos por nuestra Constitución Nacional relativos a la forma de procesamiento de controversias. Este es el motivo por el cual el Proyecto de CPG jamás debería ser implementado en el Paraguay: constituye una abierta deformación de la naturaleza, función y racionalidad del proceso judicial, desconociendo abiertamente los derechos individuales reconocidos constitucionalmente y que integran la garantía del “Debido Proceso”. Veamos la grosera discrepancia entre la Constitución y el Proyecto.

La Constitución establece y reconoce las siguientes garantías:

- (i) La prohibición de hacerse justicia por mano propia (Art. 15), que repudia la violencia y obliga a los ciudadanos y al mismo Estado a recurrir al proceso judicial para resolver los conflictos; de donde surge que nadie puede ser condenado sin juicio previo fundado en ley anterior al proceso (Art. 17 inc. 3);
- (ii) La inviolabilidad del derecho a la defensa en dicho proceso (Art. 16): que implica el derecho de contradecir (contestar la demanda u oponerse a la pretensión deducida en contra de uno); ofrecer, producir, controlar e impugnar pruebas (Art. 17 inc. 8); y que es producto de la igualdad de las partes ante la ley y en el acceso a la justicia (Art. 47, inc. 1 y 2);
- (iii) La presunción de inocencia (Art. 17 inc. 1), que otorga carácter constitucional al principio de que la carga de la prueba se establece en cabeza del actor o acusador (“onus probandi incumbit actori”) y a su vez, veda la posibilidad de dictar sentencia condenatoria, en cualquier tipo de proceso, sin audiencia del interesado;
- (iv) El derecho de ser juzgado por jueces naturales (no especiales), imparciales (“no partes”) e independientes (Art. 16), que también es corolario del principio de igualdad ante la ley y se presenta como un elemento esencial del proceso; de donde también surge que el juez no puede sustituir a las partes en su actividad (alegar y probar los hechos) ni suplir la negligencia o el incumplimiento de las cargas procesales;
- (v) El derecho de exigir que las sentencias judiciales estén fundadas en la ley (Art. 256, CN), lo que implica: a) la sujeción de los jueces a la ley y a la Constitución, y b) la conceptualización constitucional de la sentencia judicial como acto de conocimiento (fundado en la razón y en el derecho) y no como acto de poder (basado únicamente en la autoridad y el arbitrio de los jueces); y,
- (vi) La prohibición de obligar a las partes a declarar en contra de sí misma (Art. 18, CN).

Sin embargo, el CPG pretende imponer los siguientes criterios, manifiestamente de contramano con los postulados constitucionales:

- (i) El activismo judicial y la concepción “publicista” del proceso, que tienden a “expropiar” el conflicto de manos de los particulares, poniendo en cabeza del juez el deber de producir pruebas de oficio en todo tiempo (no solo ya como medidas de mejor proveer); obligar a cualquiera de las partes a que deje de controvertir un hecho; oponer excepciones de oficio (asumiendo claramente el proceso de parte), y en fin, desnaturalizando la figura del juez diseñada por la Constitución;
- (ii) Destruye el único y fundamental principio procesal del cual se derivan todos los demás: el PRINCIPIO DE IGUALDAD. Al convertirse el juez en “dueño” del proceso, pudiendo oponer excepciones y ofrecer pruebas de oficio, la parte contraria se verá en una situación de brutal inferioridad con respecto a la parte “protegida” o ayudada por el juez;
- (iii) Incorpora la teoría de las cargas probatorias dinámicas y el “solidarismo procesal”. ¿De qué se tratan? Podría resumirse así: que pruebe aquél a quien le es más fácil probar un hecho, sin importar quien lo hubiera alegado; y además, como “ambas partes deben colaborar para llegar a la verdad real, que es el fin último del proceso”, se exige inclusive ¡la obligación de probar en contra de sí mismo! Pero no contentos con eso, es el juez el que a su arbitrio establece quién debe probar, pero al final del juicio. Es decir, recién al final las partes se enteran de cuáles eran las “reglas del juego”. ¿Y la seguridad jurídica, la presunción de inocencia (o la carga de la prueba sobre el actor, salvo excepción) y la prohibición constitucional de ser obligado a declarar contra sí mismo?
- (iv) Vulnera el derecho a la defensa y a obtener un juicio justo, puesto que obliga al actor a ofrecer todas las pruebas ya con la demanda, aun en los juicios ordinarios, imponiendo, inclusive, la obligación de enunciar “sobre qué hecho va a declarar cada testigo” (quebrando también la igualdad procesal). Y además deroga la representación procesal por un Abogado: si el actor no concurre a la audiencia inicial, pierde el pleito. ¿A santo de qué se proclama entonces que con este Proyecto se abrirán las puertas para el “acceso real a la justicia”? ¿Acaso el Proyecto no erradicaría el formalismo y ritualismo actuales (la famosa “misa jurídica” de Couture)?

En definitiva, se trata de un Código manifiestamente autoritario, técnicamente deficiente y que se halla en franca contradicción con la garantía de los derechos individuales.

Insistiremos sobre el carácter típicamente inquisitivo del Proyecto en lo siguiente.

## 2.2. El carácter inquisitivo del Proyecto.

Como se ha reseñado en lo anterior, el Proyecto tiene un neto corte inquisitivo, siendo inclusive mucho más autoritario que sus fuentes genuinas, en este caso la Ordenanza Procesal de Klein de 1895 (que rigió en el Imperio Austrohúngaro de Francisco José I); el Código Procesal Civil alemán de 1937 (bajo Adolfo Hitler); y el Código Procesal Civil italiano de 1940 (promulgado bajo el gobierno de B. Mussolini).

Con relación al conocido Código italiano, por ejemplo, el CPG revela su mayor tendencia inquisitorial en lo siguiente:

(i) Las facultades probatorias de los jueces. En el CPG se contemplan no solo medidas para mejor proveer (al final del proceso, en caso de duda), sino la formal participación judicial en el ofrecimiento de las pruebas, lo cual lo hace mucho más autoritario. Por ejemplo, en el Código Italiano de 1940, el juez de instrucción podía requerir “medidas para mejor proveer”, pero no es el mismo juez el que juzga y valora las pruebas, sino un Tribunal de Sentencia (al estilo de nuestro actual proceso penal); y

(ii) La facultad de oponer excepciones de oficio (Art. 111, CPG), que es una gran innovación, puesto que ni los códigos procesales europeos más inquisitorios de los Siglos XIX y XX, antes citados, la han incorporado. En fin, se ha llevado el mal llamado “principio inquisitivo” y toda esa verborragia típicamente confusa y vacía del “modernismo”, hasta límites decididamente intolerables.

Pero veamos detenidamente cuáles son los pilares fundamentales en que se asienta la construcción teórica del Proyecto:

### **a) La concepción publicista o “función social del proceso”. El denominado “sistema mixto” (parcialmente dispositivo e inquisitivo).**

Existen en el mundo legislaciones procesales que acuñan el llamado “sistema mixto” (la pretendida mixtura entre el sistema acusatorio liberal y el sistema inquisitivo totalitario), que a la vez de “garantizar la igualdad de las partes”, otorgan facultades probatorias y de impulso procesal al tribunal, con lo que se quiebra el principio de la imparcialidad judicial (y a su vez, la igualdad de las partes).

De esta cualidad y esta suerte participa este Proyecto. La concepción fundamental de este Código Procesal General consiste en poner gran énfasis en la Jurisdicción y los poderes probatorios del juez, aunque velada o suavizada por otras normas de carácter dispositivo, intentando lograr así un modelo procesal “mixto”, parcialmente dispositivo y parcialmente inquisitivo.

Veamos. Se comienza con una norma digna de un código procesal democrático, abierto e igualitario:

Artículo 15.- (Principio dispositivo). Las partes tienen la disponibilidad de los litigios y demás asuntos objeto de procesos judiciales, sin perjuicio de las normas

sustantivas que declaran o instituyen derechos indisponibles. Sólo las partes pueden iniciar el proceso y someter a resolución judicial sus pretensiones. Solamente los hechos alegados por las partes están contenidos en el proceso. Las partes pueden poner fin al proceso por desistimiento, allanamiento o transacción. Sólo ellas pueden recurrir, no recurrir, o renunciar a los recursos contra las resoluciones judiciales.

Pero luego, aparecen otras normas que son diametralmente contrarias al “principio dispositivo” antes enunciado, y que trituran al modelo liberal y democrático de proceso civil consagrado por la Constitución. Basta señalar los siguientes artículos:

Artículo 16.- (Dirección del proceso). El órgano judicial dirige el proceso. Ordena sus etapas y actuaciones conforme a las normas procesales, preside las audiencias, e impulsa de oficio la continuación del proceso. Respetando la iniciativa y la igualdad de las partes, el órgano judicial también debe disponer lo necesario para averiguar la verdad objetiva de los hechos alegados por las partes, controvertidos y relevantes para la resolución del litigio.

Art. 269.1.7. (Programación del diligenciamiento de la prueba)... Respetando la igualdad de las partes, dispondrá de oficio el diligenciamiento de otras probanzas que estimare necesarias para el esclarecimiento de lo controvertido.

En consecuencia, las buenas intenciones del Art. 15 del CPG (que establece el “principio dispositivo”) quedan en aguas de borraja con los Arts. 16 y 269 citados, que confieren al tribunal poderes absolutos en cuanto a la investigación de la verdad de los hechos, facultándole a *“disponer lo necesario para averiguar la verdad objetiva de los hechos alegados por las partes, controvertidos y relevantes para la resolución del litigio”*.

Obviamente, si el juez está facultado a disponer pruebas de oficio, con lo cual interviene decididamente en la discusión procesal, pasa a ser más que un “tercero imparcial”, un colaborador o sustituto de las partes, relevándoles, arbitrariamente, de la carga de confirmar (o probar) sus respectivas afirmaciones. En buen romance, aquí el juez no sólo juzga sobre las pruebas producidas; sino que también, previamente, sale a probar por sí mismo y ante sí mismo los hechos que las partes afirmaron, para luego valorar y juzgar él mismo sus propias pruebas. Y con ello, del mentado “principio dispositivo” ya poco queda.

La tendencia del Proyecto es clara. Trata de conciliar lo irreconciliable: el sistema acusatorio o dispositivo, con el sistema inquisitivo y autoritario, cuando en rigor de verdad, no es admisible sostener que un Código Procesal pueda consagrar el “principio dispositivo” (democrático, liberal, igualitario) cuando se lo contamina con normas tan claramente inquisitivas.

Esta pretensión de combinar lo mejor del “principio dispositivo” y lo mejor del “principio inquisitivo” parte de una clara confusión mental, puesto que **“lo inquisitivo” jamás puede ser un principio procesal, porque repugna y envilece a la**

**idea misma de proceso (que supone siempre un juez imparcial y dos partes iguales, antagónicas).**

Es por esto que todos los regímenes totalitarios (basta cualquier ejemplo histórico que se tome desde el S. XVIII) conciben al proceso civil como una extensión de la actividad del Estado (la llamada “función social” del proceso) y contemplan la necesidad de hallar “la verdad real”, sin importar los medios empleados, a fin de satisfacer el ideal de justicia trazado por el Estado.

Este extremo es propugnado por el sistema inquisitivo, del que es propio la iniciativa del juez en el ámbito probatorio. Una autoridad del talante de Ferrajoli pone claridad a la discusión, al llamar como inquisitivo “a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas”.<sup>160</sup>

La historia enseña que estos medios de obtención de la verdad han oscilado entre la tortura, la delación y otras prácticas aberrantes destinadas a obtener la confesión y por tanto la condena del reo. De ahí se sigue que la verdad real sea la que se obtiene confesión del reo, *probatio probatissima*.<sup>161</sup>

Esta filosofía “publicista” es abiertamente asumida por el Proyecto, que en su Exposición de Motivos propone:

Pero el principio dispositivo se atenúa o limita por el de dirección del proceso... El impulso procesal de oficio es un poder y un deber del juez.<sup>162</sup>

El proyecto es de la concepción de que, las partes tienen la libre disposición de sus pretensiones... Pero si someten su litigio a ser dirimido por un tribunal estatal y se mantienen dentro del proceso jurisdiccional oficial, están obligadas por la ley procesal, que es indisponible.<sup>163</sup>

Y, también, que el juez deba cooperar con las partes en el esfuerzo para probar los hechos controvertidos y relevantes para la solución del litigio... (con lo cual se) persigue la eficacia de la función jurisdiccional...<sup>164</sup>

<sup>160</sup> FERRAJOLI, Luigi; “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”, Ed. Trotta, Madrid, 4ª. Edición, 2000, pág. 564.

<sup>161</sup> Esta concepción de la absolución de posiciones como la “reina de las pruebas” todavía se halla en plena vigencia en nuestros días. Basta reparar en que el Código Procesal Civil las denomina “prueba confesoria”, revelando su carácter firmemente autoritario.

<sup>162</sup> Se advierte aquí la síntesis de los modelos dispositivo e inquisitivo (eufemísticamente llamado “principio de dirección del proceso”). Pero es nuestro compatriota VILLALBA BERNIÉ (“Proceso Civil. Actualidad y futuro”, Encarnación, Ed. BIJUPA, 2008) quien revela mejor la concepción: “ni dictadura de las partes, ni juez dictador” (pasando por alto la obviedad de que nunca las partes pueden ser dictadoras al mismo tiempo, por ser contrarias; y que precisamente, el ideal de proceso democrático y liberal es que las partes defiendan por sí solas sus derechos, afirmen y prueben los hechos constitutivos de aquéllos, y el juez valore y juzgue). No obstante, recomendamos la lectura de la obra para acceder a una extensa defensa del Proyecto de CGP.

<sup>163</sup> He aquí la concepción publicista (magistralmente resumida por CIPRIANI) de que cuando las partes se suben al “barco oficial” del proceso, dejan de ser titulares de derechos para convertirse en simples marineros de cubierta, y ya no puede bajarse del barco ni contradecir al capitán (o sea, el juez).

<sup>164</sup> Esta es la “concepción solidarista” del proceso civil, que invita a las partes y al juez a un “encuentro”, un diálogo cuyo objetivo es la supuesta obtención de la verdad, a cuyo efecto todos deben colaborar amablemente (como si fuera un té canasta o algo parecido). Demás está observar que no puede haber solidaridad cuando las partes son esencialmente antagónicas, rivales, que persiguen intereses opuestos y distintos (uno quiere cobrar y el otro no quiere pagar), y donde la victoria sólo puede ser de una de ellas (solo excepcionalmente se dan

En esta concepción moderna, propia del estado social de derecho (art. 1° de la Constitución), el proceso judicial deja de ser un combate o una justa deportiva, en que debe ganar el más fuerte o hábil, para constituirse en un ámbito de diálogo... (y que) ha de tender, dentro de las limitaciones humanas, a la realización del valor justicia.<sup>165</sup>

Nótese la absoluta identidad de la concepción del Proyecto con la Ordenanza Procesal Austriaca de Klein de 1895, sobre la cual dice Fasching (citando a Klein):

A este respecto fue precisa una conciliación de los intereses del individuo con los de la comunidad. Esta conciliación se revela en la consideración del proceso como "fenómeno social, en la influencia de la política social sobre el proceso civil y en el incremento de la autoridad del juez que dicha política ha condicionado" (Klein); en la relación de esta incrementada autoridad del juez con el principio de la concentración; en el alcance de las facultades de esclarecimiento del juzgador; en la relación del principio dispositivo con el deber de veracidad; en las relaciones recíprocas de los principios dispositivo e inquisitivo y en la cuestión relativa a las relaciones entre equidad y "justicia social"...<sup>166</sup>

Debemos recordar que si bien el fin del proceso es el mantenimiento de la paz social, ésta no se logra dando mayores atribuciones a los jueces (y al Estado) para que se enseñoree directamente en el conflicto de los particulares. En el proceso civil el conflicto es casi siempre de las partes, y lo único por lo cual el Estado debe velar es que los protagonistas no diriman sus diferencias por la fuerza privada<sup>167</sup>. De lo contrario, retornaríamos a la Edad Media, cuando el rey o soberano se consideraba el principal ofendido y además de ello se erigía en juez del asunto, expropiando el conflicto de las partes en miras a su propio beneficio e interés.<sup>168</sup>

Esta concepción publicista e inquisitiva del proceso se muestra patente con la potestad del juez de oponer excepciones de oficio. Así lo dispone el Art. 111 del CPG, que dice:

Artículo 111. - (Resolución de oficio). Las excepciones previas enumeradas en el artículo anterior, salvo la de prescripción, podrán ser introducidas al proceso y resueltas de oficio por el juez.

---

vencimientos recíprocos o parciales). Y si el juez "colabora" con ellas, en realidad solo lo hace con una de ellas: aquél a quien corresponde la carga de la prueba.

<sup>165</sup> Aparece aquí la nota típica del "modernismo", que se autodefine como una tendencia superadora de las viejas reminiscencias del proceso escrito europeo, y propone un cóctel de: activismo judicial (pruebas de oficio, "tutela autosatisfactiva" y "sentencia anticipatoria" de la pretensión, sin audiencia de parte - por supuesto), "solidarismo" o "colaboracionismo" procesal, excepciones de oficio (como el CPG), mayor énfasis en la búsqueda de la "verdad real", proceso oral, socialización del proceso (papel protagónico del Estado como prestador del servicio), "cargas probatorias dinámicas", y todo cuanto contribuya a disminuir el papel de las partes y su libertad.

<sup>166</sup> FASCHING, Hans Walter; "Liberalización y Socialización del Proceso Civil", Ponencia presentada al Quinto Congreso Internacional de Derecho Procesal, México, 1972.

<sup>167</sup> Recordar las ideas de John LOCKE, de que con el nacimiento del Estado, el individuo renuncia al derecho de hacerse justicia por mano propia.

<sup>168</sup> Sobre este punto, véase: FOUCAULT, Michel; "La verdad y las formas jurídicas", Ed. Gedisa, Barcelona, 1999, pág. 75 y siguientes.

Hablamos de genuina innovación, porque ninguno de los Códigos Procesales más inquisitivos y autoritarios conocidos por la historia (la Ordenanza de Klein de 1895, el *Codice* italiano de 1940, el Código alemán de 1937, ni el soviético) contienen una norma tan groseramente despótica y execrable como la mencionada, que sin miramiento alguno viene a colocar al juez en la posición paralela (y notoriamente inconstitucional) de parte del juicio.

### **b) El aumento de los poderes del juez.**

El CPG nos presenta como “progresista” una idea que es traída del ordenamiento procesal austriaco de 1895, la famosa Ordenanza de Klein, que fue concebida dentro del imperio austrohúngaro para fortalecer la posición del Estado, alienando los derechos de los ciudadanos y estableciendo un férreo control sobre todos los asuntos privados.

Este código de Klein ya contenía la facultad de producir prueba de oficio, el deber de la búsqueda de la “verdad real”, el fin de la “justicia en el caso concreto”, la preeminencia del interés público en los juicios, para lo cual otorgó a los jueces grandes poderes discrecionales en materia probatoria y decisoria, con la pretendida consecuencia de que los magistrados dejarían de ser una “marioneta que puede moverse sólo si las partes le tiran de los hilos” para convertirse en “capitán, el representante profesional del bien común”. Todo ello, con el aditamento de que el sistema funcionaba sobre la base del control de los magistrados por parte del Rey (único poder del Estado), y la intervención estatal en los conflictos particulares.<sup>169</sup>

Decía el mentor del “moderno” sistema inquisitivo, Franz Klein:<sup>170</sup>

El proceso será racional y conforme al concepto moderno del Estado sólo si la defensa del derecho consiste efectivamente en la concesión de la asistencia del Estado, no sólo con la sentencia, sino desde la primera fase del proceso.<sup>171</sup>

A veces, con la libertad de cada uno, se pagan limitaciones a beneficio del todo y del Estado.<sup>172</sup>

Jueces, abogados y partes deben colaborar en la formación de una decisión justa.<sup>173</sup>

<sup>169</sup> SPRUNG, “Le basi del diritto processuale civile austriaco”, 1979, pág. 38; citado por CIPRIANI, Franco, “En el centenario del Reglamento de Klein”, artículo publicado en la Revista de Derecho Procesal de la Academia Latinoamericana de Derecho Procesal Garantista, No. 2, año 2001.

<sup>170</sup> Citado por Cipriani, op. cit.

<sup>171</sup> Léase, “publicización” de la justicia civil.

<sup>172</sup> Aparece nitidamente aquí la filosofía totalitaria de Klein, con rasgos típicamente hegelianos, en cuanto a la concepción de que el individuo no existe sin el Estado. Decía Hegel: “*En el Estado la libertad se hace objetiva y se realiza positivamente (...) El derecho, la moralidad y el Estado son la única positiva realidad y satisfacción de la libertad (...) Sólo en el Estado tiene el hombre existencia racional*” (HEGEL, G.W.F., “Lecciones de Filosofía de la Historia”, Alianza Editorial, Madrid, 1999, p. 101).

<sup>173</sup> Se vislumbra aquí, quizás por vez primera, la doctrina del “solidarismo procesal” (del cual ahora hacen apología los seguidores del autoritarismo y el neo inquisitismo procesal de nuestros tiempos).

La ideología y los institutos creados por el ordenamiento de Klein fueron trasegados por el Código Procesal Civil alemán de 1937 (bajo el gobierno de Adolfo Hitler) y el Código Procesal Civil italiano de 1940 (bajo el régimen de Benito Mussolini). Esta misma posición pasó a Argentina con el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de 1968 y llegó a nuestro país como la panacea de todos los males, como el milagro que habría de sanear la administración de justicia y traer celeridad, economía y justicia a los ciudadanos.

El visible aumento de los poderes del juez que postula el CPG (como fiel expresión de la tradición autoritaria que le precede) riñe groseramente con las disposiciones de nuestra Constitución Nacional, la cual garantiza ampliamente la libertad e igualdad de las partes en el proceso, el derecho de ser juzgado por un juez imparcial e independiente y con respeto de la presunción de inocencia que asiste a todo reo penal y demandado civil (Arts. 16, 17 y 40 de la CN).<sup>174</sup>

El juez que so pretexto de buscar la justicia o la verdad ordena la producción de una prueba de oficio, viene a modificar sustancialmente la naturaleza del proceso, con lo cual pierde su imparcialidad y de su posición originaria de “no parte”, pasa a confundirse y enlazarse con una de las partes a quien irremediamente beneficia con su actividad.

Se trata, pues, el proceso civil, de una cuestión de roles netamente separados. Al juez no le compete realizar la misma actividad que cumplen las partes (afirmar o negar hechos, y probarlos); y no solo no debe realizarla sino que lógica y ontológicamente le está vedada expresamente tal posibilidad. El juez debe dirigir el proceso y luego juzgar sobre los elementos que las partes le proporcionan. Así funciona un proceso en un Estado Democrático de Derecho.

### **c) El dogma de la verdad real. La prueba de oficio.**

El proceso, presentado bajo la figura de “*dos partes en pie de perfecta igualdad, equidistantes de un tercero imparcial, imparcial e independiente, quien en carácter de autoridad tendrá a su cargo la decisión final del litigio*” (Alvarado Velloso)<sup>175</sup>, constituye un método para la solución pacífica de los conflictos. Y este método está destinado a garantizar en todos sus momentos la igualdad de las partes y la imparcialidad del juzgador, porque de lo contrario desaparecería como tal.

El fin del proceso es resolver el conflicto cuando las partes por sí solas no logran hacerlo autocompositivamente en forma directa (por transacción, allanamiento o desistimiento) o asistida (mediación). Y para llegar a este fin (o meta), debe necesariamente transitarse por un proceso (o método), sin el cual no es posible atribuir o negar a las partes los derechos en disputa.

---

<sup>174</sup> El derecho a la defensa, postulado general del garantismo y liberalismo modernos, no es pues una garantía reservada al ámbito penal.

<sup>175</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo; “Introducción al estudio del Derecho Procesal”, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1981, pág 44.

Este método debe conducir al juez a determinar “quién tiene la razón”, de acuerdo con lo alegado y probado en el juicio (*secundum allegata et probata*), y a las normas jurídicas de fondo que sustentan las pretensiones deducidas.

Ahora bien, en términos epistemológicos el proceso es un método de obtención de la verdad, a la cual debe llegarse por confutación o refutación de las conjeturas o hipótesis expuestas por las partes en el juicio. Es así, un método racional y dialéctico. Pero esta racionalidad no asegura que el juez podrá conocer los hechos tal como ocurrieron, sino solamente como los exponen y prueban las partes. Se trata por tanto, de una verdad formal, con el agregado de que ante la duda, el juez debe de todos modos fallar siguiendo la regla del *onus probandi*.<sup>176</sup>

De esto se desprende que “hallar la verdad real o sustancial” en el caso concreto puede resultar inasible, inalcanzable, y que esta misión del juez no pasa de ser un dogma (o creencia no expuesta a la refutación) de los regímenes autoritarios y sustancialistas.<sup>177</sup>

Cuando decimos que el fin del proceso es “determinar quién tiene la razón”, estamos aludiendo a que la misión del juez no es hallar la “verdad real”, sino simplemente reconstruir mentalmente los hechos como históricamente pudieron haber sucedido; es decir, la única verdad jurídica posible es la que surge de los hechos y las pruebas arrojadas al proceso.<sup>178</sup>

Cabe distinguir, además, que no se puede predicar la verdad o falsedad sobre “los hechos”, sino más bien, sobre los enunciados formulados por las partes acerca de la verdad o falsedad de un hecho.

Esta reconstrucción de los hechos jurídicamente relevantes en base a la prueba aportada por las partes (o en su defecto a la teoría de la carga de la prueba), a las reglas de la lógica y a las presunciones existentes, teniendo en cuenta para ello la argumentación de las partes; y a partir de allí, interpretar y aplicar las normas jurídicas materiales para determinar quién tiene la razón.

Si el Derecho sólo pudiera considerar como válidos los juicios con conocimiento pleno de la verdad, no existirían las presunciones en la ley; y tampoco se acordaría el derecho a la doble instancia (cuya principal razón de ser estriba en la falibilidad de los asuntos humanos).

Como corolario, en esta lucha racional e igualitaria que supone el proceso, no triunfa necesariamente quien tiene la verdad de su lado, sino quien sabe argumentarla y probarla; esto es, demostrar que la hipótesis que sostiene es la que podría acercarse

<sup>176</sup> El enunciado de una sentencia que diga: “El actor de la demanda no produjo pruebas que demuestren el derecho invocado” también puede constituir “la verdad” si es que en realidad tales pruebas no se han verificado en el juicio, o si son insuficientes. Se trata, pues, de un “juicio de verdad”, verificable, contrastable y refutable.

<sup>177</sup> Me refiero al “sustancialismo” como la corriente de pensamiento que antepone y privilegia el fin por sobre los medios.

<sup>178</sup> Me refiero en todo momento a la “verdad” conforme a la teoría objetiva de la verdad de Alfred Tarski, luego reivindicada por Popper, es decir, la verdad de un enunciado como “correspondencia con la realidad” (o con los hechos).

más a la verdad. No olvidemos que tener derechos y no ejercerlos (o no luchar por ellos, en la terminología de Ihering), equivale a no tenerlos.<sup>179</sup>

Sin embargo, esta posición (compartida en general por la escuela “garantista”) no implica que “al juez no deba interesarle la verdad” o que “deba conformarse con una verdad a medias” o con una “no verdad”, de lo que algunos nostálgicos del modelo inquisitivo la acusan.<sup>180</sup>

**Por supuesto que importa la verdad**, pero ella no es un fin en sí misma. No debe perderse de vista que existen límites legales y racionales para la adquisición de tal verdad y que, además, muchas veces la verdad de un hecho no le interesa al proceso ni al derecho. Por ejemplo, si el demandado reconoce la deuda, carece de relevancia hacer un peritaje sobre la firma puesta en el documento (aunque “en verdad” no le corresponda la firma); si el demandado no contesta la demanda, se tendrán por ciertos los hechos lícitos allí expuestos, art. 235 del CPC (aunque en realidad pudieran no haber ocurrido); si el que alega el pago no presenta el recibo, por más que haya pagado debe perder el pleito; si el que pretende reconocimiento de filiación de un difunto no invoca la posesión de estado, la ley le prohíbe inclusive entablar demanda (en protección a la memoria del difunto y a la familia); si el que demanda por usucapión reconoce que era dependiente del propietario a quien demanda, ya no interesa indagar por cuántos años estuvo ocupando el inmueble (y la lista puede seguir casi hasta el infinito).

En todos estos casos, se aprecia transparentemente que el Derecho obra sobre la base de presunciones y razones puramente jurídicas, que exceden a la “apreciación normal” de los hechos. Es lo que Kar Larenz llama “el enjuiciamiento de los hechos”.<sup>181</sup> Los hechos puros, como objeto de prueba, simplemente no existen. El operador de derecho sólo debe (y puede) escudriñar los hechos jurídicamente considerados en orden a la efectiva solución del litigio, con arreglo a las pretensiones deducidas en el juicio y a la relevancia que la ley les asigna.

Así, muchas veces no interesa al Derecho saber si realmente un hecho ocurrió o no ocurrió (como al parecer pretenden los “irracionalistas” de la escuela “moderna”, autoritaria y neo inquisitiva de Derecho Procesal). Y así se presentan innumerables casos en que “la verdad” (sustancial, histórica, verdadera, objetiva, auténtica o como se la llame) de un hecho resulta inane para el Derecho.

Para el Derecho, la verdad que se extrae del juicio es una “verdad jurídica y procesal”, es decir, la que se obtiene como producto del razonamiento y de la aplicación de las normas jurídicas para resolver el litigio. De allí que la sentencia deba contener una adecuada y suficiente motivación, estar fundada en los hechos y las

---

<sup>179</sup> Sobre el ejercicio de los derechos, ver la obra de IHERING, Rudolf von, “La lucha por el derecho”, Ed. Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 1998.

<sup>180</sup> Entre ellos Morello, Peyrano, Gozaíni y muchos otros en Argentina; Taruffo, Cappeletti y otros en Italia; Picó I Junoy, Sendra y otros en España; Devis Echandía y Parra Quijano en Colombia; y en el Paraguay, Pablo Villalba Bernié y otros.

<sup>181</sup> LARENZ, Karl; “Metodología de la Ciencia del Derecho”, Ed. Ariel, Barcelona, 1994.

constancias de la causa, e implicar una derivación razonada del derecho (pero no se puede exigir que el juez indague los hechos irracional e ilimitadamente).

En definitiva, todo el sistema legal se halla ordenado de forma tal que para el ejercicio de los derechos, se imponen cargas, deberes y obligaciones para cada situación. Es un Principio General del Derecho que “el interés es la medida de la acción”, del cual se deriva la subordinación de la verdad a las circunstancias del proceso: la forma en que fueron expuestos los hechos en la demanda; los términos de la contestación de la demanda; qué es lo que las partes pretenden probar y contraprobar o refutar; cuál ha sido su conducta antes y durante el proceso; la diligencia probatoria; entre otros supuestos.

Por ende, si la prueba es insuficiente, al estar prohibido en nuestro sistema de derecho el *non liquet*, el juez debe aplicar la teoría de la carga de la prueba y el principio de inocencia que asiste al demandado, que como tal, no permite hallar la verdad real o la verdad misma, sino sólo suponerla: si el actor debía probar y no lo hizo, se debe tener por refutada la hipótesis por él sostenida y rechazar la demanda.

El juez no puede bajo el pretexto de hallar la verdad real investigar los hechos más allá de lo que han alegado y probado las partes; porque de hacerlo, estaría favoreciendo a una de ellas en detrimento de la otra, con lo que perdería su imparcialidad y quebraría la igualdad de aquéllas (además de extralimitarse en sus funciones). El resultado sería catastrófico: la perversión y desnaturalización del proceso, y con ella, de todo el sistema jurídico.

Por eso, nos estremece y nos asusta que el Paraguay pueda seguir el ejemplo de un Código construido sobre la base de esta nefasta ideología.

### **2.3. Notorias deficiencias técnicas.**

Si bien podría pensarse en la posibilidad de adoptar un proceso por audiencias para los procesos ordinarios (si existieran las condiciones para ello), las soluciones brindadas por el Proyecto de CPG son claramente insatisfactorias. Es decir, no se trata de un “buen Código” que no pueda ser implementado por falta de medios; sino de un Proyecto de ley con varias precariedades que debieron ser subsanadas. Veamos:

#### **a) La incorrecta legislación de la oralidad. El problema de “oralizar todo”.**

El Proyecto se jacta de constituir una innovación por la introducción de la oralidad. Sin embargo, el Código Procesal Civil y el Código Procesal Laboral vigentes ya establecen que todas las audiencias se hagan “oralmente” y en presencia del juez. De hecho, el proceso ordinario de menor cuantía incorpora el “proceso por audiencias”. Entonces, parecería que se está proponiendo como nuevo algo que ya existe, sin perjuicio de que no existe proceso del todo oral y del todo escrito (dado que lo hablado debe registrarse de alguna manera).

Si bien no disponemos de estadísticas actualizadas (porque no se dan a conocer), en 1ª. Instancia aproximadamente entre 55 % de los procesos ingresados son juicios ejecutivos; un 20 % procesos “voluntarios” o no contenciosos; y un 25 % solamente serían juicios contenciosos de otra índole. En Juzgados de Justicia Letrada y Juzgados de Paz la proporción de juicios ejecutivos es exuberante. Si se tuviera a mano una estadística global (un dato preciso de la realidad), se podría discutir mejor qué tipo de proceso conviene legislar.<sup>182</sup>

Pero aun así, podemos arriesgarnos a afirmar que siendo el proceso de ejecución (o “juicio ejecutivo” en el CPC) de carácter eminentemente documental, no tiene razón de ser la “oralidad”. ¿Qué función pueden tener los testigos en una ejecución de un cheque o un pagaré? ¿Acaso puede probarse el pago, la quita, espera o transacción por testigos?

No se avizora, pues, cuál es el beneficio de “oralizar” todos los procesos, incluyendo el “proceso monitorio”, que una vez que se oponen excepciones, se “ordinariza” (Art. 282, CPG). El producto de esta grave confusión es que al oponerse excepciones, el proceso quedará sin avanzar “ad eternum”, salvo que se cuadruplica la cantidad de jueces en todo el país. ¿Y cómo se implementarían los juicios orales en los Juzgados de Paz, que tienen que atender al menos 25.000 procesos cada uno, solo en Capital?

Esto va sumado a la imposibilidad material de su aplicación, por la falta y poca probabilidad de que se provea la infraestructura necesaria al efecto, a lo cual también ya me he referido.

#### **b) El ofrecimiento de pruebas con el escrito de demanda:**

Si la idea rectora del sistema oral es que las partes puedan “discutir la causa y luego ofrecer sus pruebas”, y además, facilitar el acceso a la justicia, es poco entendible que las pruebas se ofrezcan antes de saber cuáles son los hechos controvertidos. Me parece un grave contrasentido, además de su nulo aporte simplificadorio, ya que nada se gana sino sólo complicar y agudizar la burocracia procesal.

La evidencia del desliz está en el mismo Proyecto de ley:

**Art. 269.1.6. Fijación del objeto del proceso y de la prueba.** Mediante un examen sucinto, realizado por las partes y el juez, de los términos de la litis, tal como subsistan después de la contestación de la demanda y/o de la reconvencción, de la conciliación y del saneamiento del proceso, se determinará: cuál es el conflicto o litigio que enfrenta a las partes... y los hechos controvertidos y relevantes para el juzgamiento de aquel litigio, que, como tales, es necesario sean probados en el proceso (delimitación del objeto de la prueba).

---

<sup>182</sup> Lamentablemente en la página web de la Corte Suprema de Justicia ([www.csj.gov.py](http://www.csj.gov.py)) no se publica informe alguno sobre el número de causas existentes, existiendo solo un informe parcial de resoluciones dictadas.

Si la audiencia inicial tiene por objeto “la fijación del objeto del proceso y de la prueba”, ¿no sería más lógico que las pruebas se ofrezcan luego de contestada la demanda, y solamente sobre los hechos controvertidos?

**c) Las excepciones “previas”:**

Las excepciones previas, cuya finalidad es evitar que sean procesadas pretensiones que podrían ya estar extinguidas (perentorias) o bien que se tramite un proceso con deficiencias formales (dilatatorias), en el CPG tienen la particularidad que no son “previas” a nada; en rigor, no son previas a la discusión. ¿Por qué? Porque el texto del Proyecto dispone en su Art. 269.1.3, que en la “audiencia inicial” (que es la rueda principal del proceso ordinario), recién sean contestadas las excepciones opuestas como previas.

Como correlato de esto, se prevé la suspensión del proceso para que el juez pueda resolver las excepciones (además de la injuriosa norma según la cual el juez puede oponer excepciones de oficio).

**d) Incitación al prejuzgamiento y baja calidad de sentencias:**

Dice la Exposición de Motivos del CPG (las negrillas son mías):

**Preparación de la sentencia:** Ella se realiza en una breve suspensión de la audiencia. Lo deseable es que esta suspensión comience y termine el mismo día. En un alto porcentaje de asuntos, ello será posible, pues los jueces se acostumbrarán, en primer lugar, a preparar cuidadosamente cada audiencia y aun, **cuando es posible, traer a la audiencia complementaria (o a la inicial, en su caso) un borrador (preparado por el juez con anterioridad y mantenido en reserva) de la posible sentencia**, que será reformado en lo que correspondiere, o dejado totalmente de lado, según lo que resulte de tal audiencia.

Parece claro que si se pide que el juez, antes de escuchar a las partes, a los testigos y a los peritos, ya tenga un “borrador de sentencia”, se alienta al prejuzgamiento (con lo que se demuestra que todo el discurso de la intermediación, la “justicia de cara al pueblo”, la eficiencia del servicio, etc., es pura fantasía).

En segundo lugar, se está prometiendo una justicia de dudosa calidad, dado que en ciertos procesos de gran importancia económica y en los que muchas personas ponen en juego su vida futura, no es posible que un juez dicte una sentencia en menos de un día, o tal vez, quince días. No he sido juez, pero puedo asegurar que el estudio de un caso, la reflexión, la investigación y la ulterior conclusión (trabajo que mesuradamente debe hacer un juez), conlleva un proceso que requiere maduración en el tiempo; y una correcta decisión, no se logra en forma apresurada, “a los tumbos”. A veces, entre la rapidez y la seguridad, es preferible la seguridad.

**e) La visible ampliación de los plazos procesales y la duración de los procesos:**

Si bien la reforma comenzó con un Grupo Consultivo para la Simplificación de Procesos, el Proyecto que se lanzó contiene un visible aumento de los plazos procesales y patente dilación de los procesos. El cálculo estimado es de ¡DOS AÑOS Y MEDIO!, sin contar incidentes, es decir, con las suspensiones normales.

Por ejemplo, en grado de apelación se establece que los Magistrados tengan en su poder el expediente por dos meses y medio cada uno (total 7,5 meses). Por otra parte, se ha ordinarizado el juicio ejecutivo, pero curiosamente, no se ha suprimido el juicio ordinario posterior. La conclusión a la que se llega es evidente: la oralidad, y más como está legislada en este Proyecto, acarreará una dilación aun mayor en los juicios.

**f) La legalización de la mora judicial:**

Otro punto criticable del Proyecto es deroga el Recurso de Queja por Retardo de Justicia, pretendiendo que los jueces “de oficio” y *motu proprio* informen a la Corte el motivo de los atrasos; por supuesto, sin que el Abogado o las partes sepan de esto.

Y además, en forma casi burlesca, el Proyecto establece en su Art. 83.2., que “*los magistrados judiciales se considerarán impedidos con justa causa para cumplir con los plazos, cuando el número o la complejidad de los procesos a su cargo, superaren su capacidad normal de trabajo.*” Más claro, agua.

Si bien se profetiza de boca para afuera que el “Nuevo Código” será la panacea de todos los males, se “abre el paraguas” para el (altamente probable) caso de que devenga el fracaso del sistema y los jueces se vean, peor que ahora, en miles de veces rebasados en su capacidad normal de trabajo. (Nótese que el año solo tiene poco más de 200 días hábiles; de donde surge que el “juez de la oralidad” no puede tener más de 400 o 500 juicios al año, haciendo las audiencias y las sentencias en el día; hoy tienen en promedio unos 5000 casos).

**g) Formalismo y dispersión procesal. Incoherencia del Proyecto con sus propios postulados:**

El Proyecto de Reforma elaborado levanta las banderas de la igualdad y facilidad para el acceso a la justicia, la eliminación de las formalidades innecesarias del actual Código, y sobre todo, pone énfasis en la oralidad, cuyo eje es el llamado “principio de concentración”. Pero luego, en desmedro de todo ello, el mismo Proyecto es infiel a sus propios postulados. Basta leer los siguientes artículos:

a) El Art. 268.5 reza: “*La inasistencia injustificada de la parte actora, se tendrá como desistimiento del juicio.*” Con ello se propicia un mazazo a la garantía de acceso a la justicia, ya que no es posible que una de las partes pierda su derecho por dejar asistir a una audiencia (que por lo visto es sagrada). Y además, si tanto pregonan que el fin del

proceso es hallar la “verdad real”, ¿no debería seguir el juez investigando, *ex officio*, cuál fue la verdad? ¿Esa no es la “justicia” que se busca?

b) El Art. 269.2.5 dispone: *“Preparación de la sentencia. Finalizados los alegatos, la audiencia del juicio (inicial o complementaria, según correspondiere) se suspenderá por el mínimo tiempo que fuere imprescindible, en lo posible dentro del mismo día y hasta el máximo de sesenta días, según la complejidad del asunto, para la preparación de la sentencia definitiva.”*

Y a su vez, el Art. 269.2.6 dice: *“Sentencia definitiva. El juez pronunciará oralmente la sentencia definitiva.”*

Pregunto: ¿Cuál es la necesidad de que se lea la sentencia para que tenga valor? Finalmente, lo que vale es el documento firmado por el Juez y el Secretario. Se trata pues, claramente, de una banal formalidad, que como tal debería ser evitada.

Es más, esto será una frecuente causa de dilación, ya que bien puede ocurrir que el juez tenga lista la sentencia ¡pero no tenga fecha próxima de audiencia para leerla!

En el mismo orden de cosas, ¿qué pasa si el juez no cumple con el plazo? Pues nada. No hay Recurso de Queja ni sanción alguna. Con lo que estamos peor que ahora; hoy por lo menos podemos urgir y tenemos el Recurso de Queja por Retardo de Justicia para obtener una resolución.

Por otra parte, el Proyecto consagra como principio *“el impulso procesal de oficio bajo la más estricta responsabilidad de jueces, tribunales y funcionarios judiciales”* (sin indicar cuáles son las penas por incumplimiento) y deroga –aparentemente- la caducidad de la instancia (Art. 435.2); pero *“sin perjuicio del archivo del expediente”* si estuviere paralizado por más de seis meses (Art. 93.3). Es decir, con una demostración de total incoherencia, como lo dice Mendonca<sup>183</sup>, *“deroga y no deroga la caducidad de instancia”*, la cual al final de cuentas se mantiene escondida bajo el rótulo de “archivo del expediente”, que da lo mismo. Pero la contradicción es sustancial si se considera que el norte del Proyecto es “buscar la verdad real”, la cual se deja de lado con la caducidad.

Por lo expuesto, el Proyecto (que dice eliminar toda formalidad) no cumple con sus propios principios rectores, por lo que carece de coherencia interna y de sistematicidad.

#### **h) El menosprecio a la labor del Abogado:**

Otro punto llamativo de la Reforma es la absoluta desconfianza en la labor de los Abogados, que son tratados como “entorpecedores” de la justicia y del juez (en quien sí se tiene una ciega confianza), al extremo de que se promulga una declaración de indignidad contra los mismos. El espíritu de la reforma es el de obligar a las partes a

<sup>183</sup> MENDONCA, Juan Carlos, en “Análisis crítico sobre el Anteproyecto Código Procesal General de la República del Paraguay”, Ed. Lina, Asunción, 2008, p. 25.

concurrir personalmente a la audiencia de sustanciación de los juicios, derogando la representación profesional por vía del mandato.

El art. 268.1 reza:

Las partes deberán comparecer a la audiencia inicial del juicio en forma personal. Las personas físicas capaces concurrirán por sí. Las personas jurídicas concurrirán representadas por sus representantes legales o estatutarios, o establecidos en sus respectivos contratos sociales.

De la norma transcrita se extraen las siguientes implicaciones:

- (i) Se promueve una virtual derogación del mandato para el Abogado, lo que constituye un retroceso de más de 2000 años, en que el proceso era “sacramental”;
- (ii) Como excepción, se prevé la representación a través de letrado en el caso de que exista imposibilidad fundada de acudir (por enfermedad, accidente u otro impedimento grave, o excesivo número de juicios en los que se es parte), pero sujeto al incidente de la parte contraria y a la aprobación del juez;
- (iii) Se deja entrever una seria desconfianza hacia los Abogados, por lo que no se les quiere dejar actuar solos y sin control de la parte a quien representan;
- (iv) Por otra parte, con la posición asistencialista del juez en relación a las partes, se alienta a la “mediocrización” de la profesión, con la idea de que el letrado incapaz podrá ser amparado por el propio juez (¿quién mejor abogado que el propio juez!) para favorecer a su parte, con lo cual ser negligente e ignorante resulta más provechoso que diligente y preparado;
- (iv) Se intenta revivir el procedimiento judicial místico típico de las sociedades tribales, donde se administraba justicia por el jefe de la tribu y las partes comparecían ante él para rogar justicia. De hecho, Villalba Bernié propone expresamente este retorno a la justicia tribal, por cierto, típica de la corriente inquisitiva que propugna la figura de un juez sobrehumano, capaz de hallar y develar una verdad providencial, única, sustancial (y como tal, ilegítima e incontrolable).<sup>184</sup>

---

<sup>184</sup> Dice el autor, op. cit., p. 340: “El garantismo procesal pregona un diseño que no confía en los jueces, de desconfianza hacia los mismos, más adaptado a visiones europeas, que americanistas; más aún si este análisis lo trasladamos desde nuestro derecho guaranítico, que se basaba en un ciento por ciento en la confianza hacia el juez (mburuvicha, cacique mayor), creencia que hasta hoy día se mantiene en la cultura popular paraguaya...” Sin perjuicio de que lo dicho por el autor es insostenible, debo resaltar la utilidad del comentario del autor, puesto que me ahorra importante esfuerzo intelectual para vincular al modelo inquisitivo con la sociedad tribal, mágica y típicamente autoritaria de un lado; y del otro, al modelo garantista con la sociedad abierta, democrática y civilizada; la primera sustentada en la “autoridad” y la segunda en la “legalidad”; una que se funda en la sustitución de la libertad y la concentración del conocimiento en quien ejerce el poder (el juez, jefe, sacerdote, rey o cacique), y la otra, fundada en el libre pensamiento y la igualdad de los hombres. Como se ve, el “garantismo procesal” y el “activismo judicial” son dos visiones totalmente opuestas de la sociedad, el Estado, la autoridad, el proceso y el juez. Y no cabe la menor duda de la interrelación de estos conceptos. Lamentablemente el Dr. Villalba, a pesar de ser un amigo y hacer gala de gran versación jurídica, ha equivocado el camino.

Y por último, pero no menos importante, atenta contra el bolsillo y la calidad de vida del Abogado, que con este Proyecto tendrá que vivir de unos pocos pleitos que insumirán todo su tiempo y que difícilmente sean suficientes para satisfacer sus necesidades y las de su familia. Piénsese en las colegas Abogadas que se embarazan, deben parir y criar a sus hijos, ser amas de casa, que posiblemente deberán abandonar la profesión ante el bendito “proceso por audiencias”. Repárese en muchos Abogados del gremio que no tienen otros asociados o profesionales dependientes de su Estudio Jurídico, que no podrán enfrentar un “proceso por audiencias” en el que si uno no asiste a una audiencia, pierde el pleito.<sup>185</sup>

En estas condiciones me atrevo a pronosticar que el efecto buscado por el Proyecto de lograr un “mayor acceso a la justicia” se verá truncado, porque ya nadie querrá ni podrá atender, por la cantidad de tiempo y esfuerzo que insume, las pequeñas causas (que para el interesado son “grandes”), que son las más numerosas. En conclusión, el remedio será peor que la enfermedad, ya que al final de cuentas, se producirá todo lo contrario a lo que persigue el Proyecto.

**i) La discrepancia con la ley de fondo cuya actuación se pretende. Otras deficiencias:**

Como enseñaba el gran Chiovenda<sup>186</sup>, fundador de la ciencia procesal moderna, la finalidad del proceso es la “actuación de la voluntad concreta de la ley”, que no es sino buscar que en el proceso judicial se aplique la norma o el derecho de fondo (i.e., en el proceso civil, que se ponga en ejecución el Código Civil y los derechos por él conferidos).

Pero en el caso del Proyecto, se tiende más bien a un divorcio con la ley de fondo (concretamente el Código Civil), en muchas de sus instituciones fundamentales. Por ejemplo, en materia de nulidades, el Proyecto introduce la “teoría de la inexistencia del acto jurídico”, que no fuera recibida por nuestro Código Civil (luego de arduos debates), por ser confusa e innecesaria; y peor aun, se adopta esta teoría de la inexistencia, con un lenguaje casi metafísico, hasta si se quiere, ininteligible: “Art. 95.1. Un acto procesal es jurídicamente inexistente cuando sólo posee la apariencia material de tal, pero esencialmente no lo es.”<sup>187</sup>

<sup>185</sup> Debo mencionar también que otras víctimas del sistema serán los propios jueces, quienes ya no podrán enfermarse, tener actividades recreativas, capacitarse ni compartir con su familia, a causa de la avalancha de audiencias que se les viene, con lo que trabajarán el doble, y probablemente, sigan con el mismo salario. Todo a costa de su salud mental. Por eso no entiendo cómo algunos jueces pueden estar participando “activamente” en la promoción de este Proyecto.

<sup>186</sup> A decir de Couture, Chiovenda fue un gran visionario y un genuino Maestro. En su obra principal, sus monumentales “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, Chiovenda se mantiene siempre firme en la convicción de que el juez no debe producir prueba de oficio, o cualquier otra que no le fuera sugerida por las partes. Ratifica en el proceso civil, la vigencia del “principio dispositivo”. En ningún momento defiende la finalidad del proceso sea “la búsqueda de la verdad real” o de la “verdad jurídica objetiva” (sino la “actuación de la ley”).

<sup>187</sup> Para comprender esta norma deberíamos previamente tomar un curso de filosofía sobre la “Metafísica” de Aristóteles, a quien debemos el “esencialismo”.

También se confunde la inhibición de vender y gravar bienes con el embargo, al sostener que la inhibición no impide la venta (Art. 293.2). Entonces, para subastar un bien, ¿debemos inhibir o embargar?

Además hay otras numerosas materias donde la propuesta legislativa es deficiente, que por motivos de espacio y tiempo ya no puedo aquí mencionar (por ejemplo, no contiene la identificación de los títulos ejecutivos; el mal tratamiento de las nulidades; la numerosa cantidad de suspensiones a las audiencias; la falta de fuentes de la ley; etc.), que hacen del Proyecto inadecuado para su aprobación. Pero sería extenderme demasiado cuando a estas alturas ya ha quedado demostrada suficientemente la absoluta mediocridad del proyecto y de su incontrovertible colisión con la Constitución Nacional.

### **3. Conclusión.**

En fin, el Proyecto de Reforma necesita ser urgentemente no sólo reformado sino radicalmente reestructurado y además convenientemente debatido.

Reconozco sinceramente el gran esfuerzo que han hecho sus redactores, pero el producto es decididamente inviable, acaso por culpa de los grandes lineamientos que han condicionado la obra (mayores poderes al juez, exceso de activismo judicial, proceso por audiencias, impulso procesal de oficio, "solidarismo" procesal, entre otros) que definitivamente son incompatibles con los derechos y las garantías de nuestra Constitución Nacional, y con nuestra idiosincrasia, nuestra cultura jurídica y nuestras circunstancias históricas.

Creo que ya no es posible admitir la existencia de un poder reverencial del juez en el proceso civil, y mucho menos, de una "publicización" de la Justicia, que es lo que ha provocado la situación en que hoy día se encuentra.

En lugar de ello, debemos optar por un modelo democrático de proceso civil, que vele por el resguardo de las garantías constitucionales que rigen el debido proceso; que ponga el acento en la igualdad de las partes y la imparcialidad del juez en todas las fases del proceso y todos los tipos procesales; que promueva la dignificación de la profesión abogadil, de la judicatura y el funcionariado judicial mediante la capacitación permanente; que ponga coto al activismo judicial fomentado desde la doctrina, que lleva a los jueces a extralimitarse en sus funciones; que concrete una genuina simplificación y desburocratización de los procesos; la creación de juzgados en cantidad y condiciones materiales de funcionamiento necesarias para brindar un servicio de justicia adecuado a las exigencias del mundo en que vivimos.

# RESABIOS INQUISITIVOS DEL PROCESO CIVIL. LA DIVISIBILIDAD E INDIVISIBILIDAD DE LA INSTANCIA: PROBLEMA DE CONTENIDO NORMATIVO ANTE LA CONSTITUCIÓN.

JOEL MELGAREJO ALLEGRETTO<sup>188</sup>

## INTROITO.

Al declararme convencido seguidor de la Teoría General del Proceso e intentando estar a la altura de que algún día el Maestro Adolfo Alvarado Velloso me considere un discípulo, tengo el propósito de realizar un estudio sistémico del derecho procesal civil dentro del ordenamiento jurídico, partiendo desde la supremacía constitucional para una construcción armónica.

En esta aventura, se identifica como un resabio más al sistema inquisitivo – inquisitivo, ya que deriva de este tiempo histórico la naturaleza que lo sostiene- dentro del proceso civil, a la discusión de “*la divisibilidad e indivisibilidad de la instancia*”. Es importante señalar que muchos mencionan la frase divisibilidad o indivisibilidad del proceso y, debemos precisar que es un concepto equivocado ya que la discusión centra en la naturaleza de la instancia, partiendo de esta para desentrañar sistémicamente las posiciones y contrastarla con la Constitución y la Teoría General del Proceso.

## PROCESO.

Dentro de un análisis sistémico, reitero debemos entender cuál es el objeto o instituto que va ser estudiado. A esta pregunta respondemos: vamos a estudiar a la instancia, la instancia conocida como acción procesal, con lo cual se inicia el proceso. El proceso sabemos que contiene significados multívocos, por tanto debemos preguntarnos para la Teoría General del Proceso:

### ¿Qué es el proceso?.

Para el maestro Alvarado Velloso: *“la idea de proceso se vincula histórica y lógicamente con la necesidad de organizar un método de debate dialogal y se recuerda por qué fue menester ello, surge claro que la razón de ser del proceso no puede ser otra que la*

---

<sup>188</sup> Auxiliar en Introducción al Derecho en la Universidad Nacional de Asunción. Facultad De Derecho.- Auxiliar en Contratos, Universidad Nacional de Asunción. Facultad de Derecho. Catedrático de la Maestría y Especialización en Medicina Forense en la Universidad Nacional de Asunción. Facultad de Medicina. Catedrático en la Especialización en Derecho Procesal de la Universidad Católica Ntra. Sra. de la Asunción, Sede Villarrica. Director Académico del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Capitulo Paraguay. Vicepresidente de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional. Actualmente cumple funciones como Juez de Primera Instancia del Departamento Central

*erradicación de la fuerza en el grupo social, para asegurar el mantenimiento de la paz y de normas adecuadas de convivencia*"<sup>189</sup>.

Continua el Maestro diciendo que: "(...) todo proceso supone la existencia de un procedimiento que se cumple mediante la concatenación de muchos actos realizados por las partes y por el juez. Pero la idea de proceso supone algo más que la simple concatenación de actos: supone la bilateralidad de todas las instancias de las partes"<sup>190</sup>.

Calvinho sostiene que "Para aproximarnos a la idea de proceso -concepto puramente lógico-, es fundamental distinguirlo del procedimiento -concepto netamente jurídico-, siendo éste una realidad formal -adjetiva- y aquél una realidad conceptual -sustantiva-, continente de garantías procesales que posibilitan la tutela judicial efectiva a través del debido proceso sustantivo. El proceso no sólo es la especie dentro del género procedimiento, sino también su justificación. De allí que todo proceso contiene un procedimiento, pero no todo procedimiento constituye un proceso"<sup>191</sup>.

En consecuencia tenemos que proceso es un método de debate dialéctico, concatenado, mediante la bilateralidad de los procedimientos a las partes. Ahora bien, posee una realidad conceptual, que se compone de las garantías procesales que deben ser respetadas.

Es importante señalar, que al estudiar los resabios inquisitivos al proceso civil, y tomando la biblia procesal que es en Paraguay el Libro Derecho Procesal Civil Comentado y Anotado del Prof. Hernán Caso Pagano, en la presentación realizada cita en palabras de Hugo Allen -Anteproyectista del Código Procesal Civil vigente- que proceso es todo método de debate dialéctico, entre personas con posiciones antagónicas ante un tercer imparcial.-

Con lo cual los Profesores citados encabezados por Alvarado coinciden y toman al proceso como un todo compuesto por procedimientos y cuyo objeto final es la sentencia.

Entonces, para construir el sistémicamente el proceso civil dentro de la teoría general, sabemos que es proceso, que es procedimiento y qué lugar ocupa la sentencia, ahora bien, debemos saber que entendemos como instancia.-

## LA INSTANCIA

El *derecho de acción* es el momento previo del inicio de un proceso de conformidad a varios tratadistas latinoamericanos. Entonces, para una gran corriente de juristas, el

---

<sup>189</sup> Alvarado Velloso, Adolfo. "El Debido Proceso de la Garantía Constitucional. Versión Digital, p. 33.

<sup>190</sup> Alvarado Velloso, Adolfo. Ob. Cit., p.p. 238 y 239.

<sup>191</sup> Calvinho, Gustavo. "Debido Proceso y Procedimiento Monitorio". En Derecho Procesal Contemporáneo. El Debido Proceso, de Alvarado Velloso, Versión Digital, p. 126.  
Calvinho, Gustavo. Ob. cit. p. 127.

acto que realiza el particular antes de iniciar el proceso se encuadra o carátula como el *derecho de acción*.

Analizando sin mucho detenimiento el momento antes del inicio formal del proceso, encontramos el conflicto, en caso de no llegar a una auto tutela, o una solución entre las personas en conflicto, pasamos a otro escenario que nos presenta el derecho a peticionar, que reitero, es denominado como *derecho de acción*.

Ahora bien, debemos ser claros, no considero que el derecho de acción sea el momento previo al proceso, sino el derecho a peticionar, materializado por la instancia. Cuando un ciudadano posee un conflicto con otro y no lo pueden dirimir amistosamente, dan intervención al Estado, el Estado por su parte, posee a la jurisdicción para el efecto, por tanto, el ciudadano peticona al Estado, el actuar del ciudadano a peticionar es denominado instar.

Esta consecuencia lógica se afirma de conformidad a que Adolfo Alvarado Velloso sostiene que “...la actividad que cumple el gobernado cuando hace uso de ellas – refiriéndose a las normas dinámicas - se la da el nombre de instar, lo que produce instancias (o derechos de instancia si se le juridiza)... ... Así que jurídicamente, se define a la instancia como el derecho que tiene una persona de dirigirse a la autoridad para obtener de ella, luego de un procedimiento, una respuesta cuyo contenido final no puede precisarse de antemano...”<sup>192</sup>.

Estas instancias pueden asumirse por medio de:<sup>193</sup>

- a) la denuncia,
- b) la petición,
- c) el reacertamiento,
- d) la queja y,
- e) la acción procesal.<sup>194</sup>

Ahora bien, solo esta última forma de instar, denominada *acción procesal*, es la única de las formas de instar que da inicio a un proceso, teniendo en cuenta que proceso es el *método de debate dialéctico y pacífico entre dos personas actuando en pie de igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad*.<sup>195</sup>.

En este orden de ideas contrario a la corriente doctrinaria mayoritaria que sostiene que la *acción* es el primer elemento que integra el sistema jurídico de la tutela jurisdicción efectiva, el presente estudio considera que es el derecho a peticionar por

<sup>192</sup> Alvarado Velloso, Adolfo y Irún Croskey. Lecciones de Derecho Procesal Civil. Compendio del Libro “Sistema Procesal: Garantía de la Libertad” Adaptada a la Legislación Paraguaya. La Ley Paraguay, año 2011, p. 31.

<sup>193</sup> Conforme a la línea jurídica asumida.

<sup>194</sup> Véase Alvarado Velloso, Adolfo y Irún Croskey. Lecciones de Derecho Procesal Civil. Compendio del Libro “Sistema Procesal: Garantía de la Libertad” Adaptada a la Legislación Paraguaya. La Ley Paraguay, año 2011, p. 31, 32, 33, y 34.

<sup>195</sup> Véase Alvarado Velloso, Adolfo y Irún Croskey. Lecciones de Derecho Procesal Civil. Compendio del Libro “Sistema Procesal: Garantía de la Libertad” Adaptada a la Legislación Paraguaya. La Ley Paraguay, año 2011, p. 38.

medio de la instancia, y en caso de que el ciudadano *inste una acción procesal*, da inicio a un proceso, que debe llevarse adelante dentro del debido proceso.

### **INSTANCIA EN EL MARCO DE LA CADUCIDAD**

En el libro de MOURINO, el mismo cita a varios autores para conceptualizar a la instancia al referirse a la caducidad de instancia. Entre otros, cita a RILLO CANALE quien manifiesta que “es el fenómeno jurídico ante el órgano jurisdiccional, principal o incidental, que va desde la deducción de la demanda o articulación de incidente hasta la notificación a las partes de la sentencia definitiva incidental.<sup>196</sup>

PALACIO formula la definición en términos similares, aunque más amplios, pero señala que debe tener en cuenta que existen instancias principales, las incidentales, primera, segunda y tercera instancia.

### **LA DIVISIBILIDAD O INDIVISIBILIDAD DE LA INSTANCIA**

Si hasta aquí se sostiene que el conflicto da inicio a hechos que generen derechos subjetivos a ser tutelados, *instando* el interesado ante la *instancia* –poder judicial- una acción procesal, que da inicio a un proceso –penal o civil- que se encuentra compuestos por principios y reglas procedimentales que rigen los distintos procedimientos que debe ser llevados adelante por las partes hasta el estado de sentencia, nos preguntamos:

¿Dónde se encuentra la instancia dentro del proceso?.

La instancia fuera del proceso la expusimos en el punto anterior, ahora bien, la instancia dentro del proceso se encuentra en el impulso de las partes para que el procedimiento se lleve adelante, la parte dentro del proceso, reconocida como tal, *insta* los procedimientos a la *instancia* Juez.

Esta facultad de instancia es reconocida como lo establecen las reglas procedimentales pudiendo citar: la facultad de afirmar hechos, contestar hechos, probar lo afirmado, excepcionar, incidentar, recurrir, quejarse, alegar, impugnar, etc.

Pero también, existe otra obligación, la de instar el procedimiento. Una vez instado el procedimiento dentro del proceso es obligación impulsar, clavar, hincar o instar a la autoridad para que resuelva la pretensión o concluya el acto procedimental.

Al identificar la instancia dentro del proceso; debemos preguntarnos:

¿Cuándo tenemos la obligación de impulsar el procedimiento o cuándo tenemos la obligación de instar al Juez la continuidad del procedimiento para evitar una prevención de la instancia?.

---

<sup>196</sup> RILLO, Canale, Interrupción, suspensión y purga de la caducidad de instancia, Enciclopedia OMEBA, 1963 p. 21.

## LA INDIVISIBILIDAD DE LA INSTANCIA Y EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE PARAGUAY.

Nuestro Código Procesal Civil en su estructura establece la indivisibilidad de la instancia, entendida esta como única, en la misma línea que encontramos a FENOCHIETTO: *“...la perención es indivisible, porque la instancia misma, cualquiera sea la naturaleza de su objeto, es considerada como indivisible...”*<sup>197</sup>

PALACIO, sostiene en idéntico sentido: *“... el proceso es único y la instancia, por tanto, también lo es...”*<sup>198</sup>

Conocidos exponentes como PODETTI, son parafraseados en las resoluciones sosteniendo en este sistema lógico que *“.. la existencia de partes múltiples no altera la unidad del proceso ni de la instancia, que es insusceptible de fraccionarse con base en el número de sujetos que actúan en una misma posición de parte...”*. Esta línea es conocida también en las obras de Diaz de Guijarro, Parry, O’Connor y De la Colina.

Nuestra normativa procesal civil con énfasis en el Art. 172 establece con meridiana claridad la corriente de la indivisibilidad al enunciar: *“Se operará la caducidad de instancia en toda clase de juicios, cuando no se instare su curso dentro del plazo de seis meses. Dicho plazo será el fijado por las leyes generales para la prescripción de la acción, si este fuere menor. El impulso del procedimiento por uno de los litisconsortes beneficia a los restantes.”* La norma establece que el impulso del procedimiento de una parte beneficia a la otra, sea esta con la obligación o no de instar el procedimiento.

Esta misma estructura es reconocida también en el Art. 179 del Código Procesal Civil: *“La caducidad operada en instancias ulteriores acuerda fuerza de cosa juzgada a la resolución recurrida. La caducidad de la instancia principal comprende la reconvencción y los incidentes; pero la de éstos no afecta la instancia principal Operada la caducidad, la demanda se tiene por inexistente a los efectos de la interrupción de la prescripción...”*.

Esta norma nos da el fundamento que la indivisibilidad de la instancia se sostiene además en instancias superiores – Cámara y Corte- con el ejemplo: Si dos tanto actor y demandante se agravian de una resolución de primera instancia y ambos recurren la resolución, la falta de impulso de una de las partes beneficia al otro y viceversa, la falta de impulso o acción de instar de uno perjudica al otro, ya que la caducidad declarada de uno posee el grado y *fuerza de cosa juzgada*.

La cosa juzgada es una regla que establece la inmutabilidad de las sentencias, con esto se quiere indicar que pone fin al litigio. Recalcamos, es sabido que las consecuencias previsibles de las normas jurídicas, tanto las generales como las particulares –las que provienen de la legislatura y de las acciones jurisdiccionales- es lo que le caracteriza a un Estado de Derecho, y a través de ella, todos los ciudadanos se encuentran en una relativa seguridad, pues conocen las consecuencias de sus actos, y

<sup>197</sup> FENOCHIETTO, Código Procesal t. 2, comentario al art. 310, p.194

<sup>198</sup> PALACIO, Derecho procesal civil, t. IV. P 229.

de que una vez que se decida un pleito en la instancia jurisdiccional, ya no se puede volver sobre ella, ya que se da la aplicación del instituto presente en todos los ámbitos del derecho denominado *non bis in idem*, es decir, un proceso que ya ha terminado y pasado a autoridad de cosa juzgada ya no es pasible de revisión, y si se hiciera, se le aplicara la presentación de la excepción de cosa juzgada.

Como podemos observar, la fuerza de cosa juzgada imperativamente hace que la perención o caducidad de la instancia, afecte a todas las partes ya que se juzga al proceso como uno solo.

Ya lo menciona ALBERTO MAURINO<sup>199</sup> que en la **demanda y reconvencción**: Por ser la instancia indivisible, su caducidad abraza tanto a la demanda como al reconvencional. **Actos impulsorios de cualquier parte**: interrumpen el curso de la caducidad.

## DIVISIBILIDAD DE LA INSTANCIA Y LA CONSTITUCION NACIONAL

Para Diaz Guijarro acepta la divisibilidad de la perención en algunos casos, fundamentándose en medulosos conceptos que atañen a los supuestos concretos por él analizados, detallando que la instancia es indivisible para obligaciones solidarias civiles, se impone la solución contraía para el caso de letras de cambio, y demás papeles de comercio.

Alsina<sup>200</sup> sostiene que siendo independiente las instancias, el actor puede pedir la caducidad de la reconvencción y el demandado reconviniente la de la demanda, esta es una posición que FAZIO comparte al igual que PARRY<sup>201</sup>.

Ahora bien, si mencionamos que mediante el conflicto una persona puede ejercer el derecho subjetivo facultad para instar ante una instancia – Poder Judicial- una acción procesal, mediante una demanda, que contenga pretensiones y de inicio al proceso que, posee procedimientos por el cual las partes instan al Juez –instancia- sus pretensiones conforme a las reglas procedimentales, y estas reglas procedimentales reflejan y son consecuencia de los principios, con lo cual nos preguntamos:

### ¿Qué son los principios procesales?:

Esta pregunta se ha hecho también Zagrebelsky y respondió diciendo: En primer lugar, sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, “constitutivo” del orden jurídico. Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto, se agotan

---

<sup>199</sup> MOURINO, Alberto, Perención de la instancia en el proceso civil. Argentina. Pag. 39

<sup>200</sup> Alsina, Tratado de Derecho Procesal, Tomo IVp.436

<sup>201</sup> MOURINO, Alberto, Perención de la instancia en el proceso civil. Argentina. Pag. 242

en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan. Aparte de esto, sin embargo, quizás la diferencia más importante pueda venir sugerida por el distinto “tratamiento” que la ciencia del derecho otorga a reglas y principios. Sólo a las reglas se aplican los variados y virtuosistas métodos de la interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador. En las formulaciones de los principios hay poco que interpretar de este modo. Por lo general, su significado lingüístico es autoevidente y no hay nada que deba ser sacado a la luz razonando sobre las palabras. Las fórmulas “de principio” son a menudo expresiones un tanto banales “producto de una recepción jurídica de tercera o cuarta mano”, pero no por ello menos venerables, que remiten a tradiciones históricas, contextos de significado, etc., y que más que “interpretadas” a través del análisis del lenguaje, deben ser entendida en su ethos. En pocas palabras, a las reglas “se obedece” y, por ello, es importante determinar con precisión los preceptos que el legislador establece por medio de las formulaciones que contienen las reglas; a los principios, en cambio, “se presta adhesión” y, por ello, es importante comprender el mundo de valores, las grandes opciones de cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión”

Ahora bien, Adolfo Alvarado Velloso al referirse a los principios sostiene que: “La doctrina generalizada acepta que se entiende por principios procesales las grandes directrices que expresa o implícitamente brinda el legislador para que el método de enjuiciamiento pueda operar eficazmente de acuerdo con la orientación filosófico-política de quien ejerce el poder en un tiempo y lugar determinado” .

“[el] principio: se trata de un punto de partida. Pero así como nadie puede caminar hacia ninguna parte (siempre que lo haga tomará una dirección: hacia adelante, hacia atrás, etc.), ese punto de partida debe ser visto en función de lo que se pretende hallar o lograr al llegar (en el derecho privado esto se llama causa eficiente y causa fin). Si lo que se desea es regular un medio pacífico de debate dialéctico entre dos antagonistas en pie de igualdad ante un tercero que heterocompondrá el litigio, formular los principios necesarios para lograrlo implica tanto como trazar las líneas directivas fundamentales que deben ser imprescindiblemente respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema”.

Por tanto podemos afirmar que la igualdad es un principio, “En el campo del proceso, igualdad significa paridad de oportunidades y de audiencia; de tal modo, las normas que regulan la actividad de una de las partes antagónicas no pueden constituir, respecto de la otra, una situación de ventaja o de privilegio, ni el juez puede dejar de dar un tratamiento absolutamente similar a ambos contendientes (más aún: el juez tiene el deber de adoptar todas las medidas que estime conducentes al mantenimiento de la igualdad entre las partes, art. 15, f)”

Este derecho elevado a la calidad de principio en el derecho procesal garantiza, que todas las personas sean iguales ante los tribunales y las cortes de justicia –artículo

14.1, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos-; es decir, independientemente de su condición personal, el tratamiento del imputado, procesado o parte no admite diferenciaciones por razones económicas, sociales, religiosas y/o políticas.

Asimismo, no debemos de perder de vista que el artículo 14. 3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos establece que durante el proceso, "toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad..." . Sobre esta base, se construyen las reglas procesales de bilateralidad en el trámite procesal, ya que, al decir de CARNELUTTI, "... la eficacia del contradictorio implica paridad en los contradictorios...".

Todo esto en consonancia de la Constitución Nacional que establece la igual como derecho fundamental.-

FERRAJOLI por su parte expresó que "...Para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesario (...), la perfecta igualdad de las partes: (...) que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; (...) que se admita su papel de contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio, de los experimentos judiciales y de las pericias al interrogatorio del imputado, desde los reconocimientos hasta las declaraciones testimoniales y los careos".

Dentro de este análisis el derecho a la igualdad elevada a la categoría de principio significa, que todas las personas litigan entres los mismos jueces con iguales formalidades, derechos y obligaciones, sin que importe una excepción el principio de la existencia de tribunales especiales, desde que tienen acceso a ellos todos los que se encuentran en las mismas condiciones. No habrá pues, diferencia por razón de la persona en el modo de ejercicio de la acción, en la admisión y eficacia de los medios probatorios, en los efectos de la sentencia, etc.

Podemos afirmar en consecuencia que el derecho a la igualdad esta elevada al grado de principio procesal, construyendo desde el un conjunto de reglas procesales como ser: la regla de contradicción, oposición probatoria, bilateralidad, demanda, oposición, acusación, cargo y descargo, alegatos, etc.

No obstante debemos resaltar que el principio de igualdad procesal se aplica transversalmente ante todo proceso, en plena coordinación al principio de imparcialidad, como podemos observar el principio de igualdad, hace a las funciones, derechos y garantías de las partes, y por otro lado el principio de igualdad opera en todo proceso directamente en la función del Juez.

## **LA IGUALDAD Y LA DIVISIBILIDAD DE LA INSTANCIA. CONCLUSIÓN.**

Si la igualdad es un principio y se encuentra normado en los Instrumentos internacionales y en la Constitución Nacional como derecho fundamental, porque no se aplica en los procedimientos del proceso civil. Si mi parte ejerce su derecho subjetivo facultad, porque actos de la otra parte debe favorecerle, si al ejercer el derecho subjetivo facultad de instar un procedimiento dentro de un proceso genera la obligación de instarlo hasta obtener respuesta del juzgador va ser esta parte beneficiada con la suspensión del plazo de caducidad con la intervención de la otra parte, no debe ser así ya que uno es responsable de cumplir con su obligación.

Así también, no resulta lógico ante el principio de igualdad que al recurrir ambas partes una resolución que cause agravio, la caducidad de uno, produzca la caducidad de la otra parte recurrente, por más que no opere el plazo para este. Esta concepción sistémica va contra la igualdad de parte ya que la negligencia de mi contraparte produce que el sistema me castigue también a mí por su negligencia. Cada parte debe ser responsable de la consecuencia de sus juicios.

Si supuestamente nos encontramos en un estado de derecho y desde los tribunales de Nurember, se ha sostenido que la Constitución Nacional y los tratados se encuentran sobre toda norma y estos son el cimiento de todo el sistema normativo, mal podríamos permitir que se vulnere la igualdad procesal con la indivisibilidad de la instancia.

La divisibilidad es una regla procedimental que deriva o nace del principio de igualdad de partes, nuestros Tribunales no tiene una postura firme al respecto, no obstante la Corte Suprema de Justicia Sala Civil ha resuelto mediante el A.I. Nro. 3.307 de fecha 15 de diciembre de 2014<sup>202</sup>, que la instancia es divisible al declarar los efectos de la caducidad solo para la parte que la produjo por su inactividad, sin consecuencias a la otra parte también recurrente.

La incoherencia del Código Procesal Civil ante la Constitución Nacional solamente tiene dos formas de solución, la primera; un mejoramiento normativo acorde a un sistema jurídico acorde a la Constitución y en segundo lugar, mediante la apreciación coherente y razonada de nuestros Tribunales.-

## **BIBLIOGRAFIA**

ALSINA, Tratado de Derecho Procesal, Tomo IV.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. "El Debido Proceso de la Garantía Constitucional. Versión Digital

ALVARADO VELLOSO, Adolfo y Irún Croskey. Lecciones de Derecho Procesal Civil. Compendio del Libro "Sistema Procesal: Garantía de la Libertad" Adaptada a la Legislación Paraguaya. La Ley Paraguay, año 2011.

---

<sup>202</sup> Juicio: Eduardo López c/ Silvia López Rojas y otros s/ Nulidad de acto jurídico.

- CALVINHO, Gustavo. "Debido Proceso y Procedimiento Monitorio". En Derecho Procesal Contemporáneo. El Debido Proceso, de Alvarado Velloso, Versión Digital.
- FENOCHIETTO ARAZI, Código Procesal t. 2, comentado.
- MOURINO, Alberto, Perención de la instancia en el proceso civil. Argentina.
- PALACIO, Lino Derecho procesal civil, t. IV. P 229.
- RILLO, Canale, Interrupción, suspensión y purga de la caducidad de instancia, Enciclopedia OMEBA.

## JUEZ Y PARTE: JUSTICIA O INJUSTICIA

GLORIA MENDIETA MARTÍNEZ\*

### RESUMEN

El presente ensayo surge a partir de una resolución emanada del Juzgado Penal de Garantías de la Ciudad de María Auxiliadora de la Circunscripción Judicial de Itapúa<sup>203</sup>. Que por providencia del 08 de agosto de 2014, resolvió la remisión de los autos de la causa tipificada como supuesto Homicidio Culposo a la Fiscalía adjunta del área V del Ministerio Público, basado en el artículo 358 del CPP, de Paraguay, que establece: FALTA DE ACUSACIÓN. Cuando el Ministerio Público no haya acusado y el juez *considera admisible la apertura a juicio*, ordenara que se remitan las actuaciones al Fiscal General del Estado para que *acuse o ratifique* el pronunciamiento del fiscal inferior. En este último caso, el juez resolverá conforme al pedido del Ministerio Público. En ningún caso el juez podrá decretar el auto de apertura a juicio si no existe acusación fiscal.<sup>204</sup>

### ABSTRACT

This paper arises from a decision of the Criminal Court issued Guarantees City of Mary Help of the Judicial District of Itapúa. That by ruling of August 8, 2014, resolved the remission of cars classified as the cause alleged Wrongful Death Attorney attached to the area V of the Public Ministry, based on Article 358 of the CPP, of Paraguay, which states: FAILURE OF CHARGE. When the prosecution not been charged and the judge found admissible opening proceedings, order that the proceedings to the Attorney General to acknowledge or ratify the ruling of the lower tax redirected. In the latter case, the judge shall order according to prosecutors. In any case, the judge may order the car for trial if no indictment.

### 1. LA TEORIA DEL CASO Y EL DERECHO A LA DEFENSA

En la presentación y estudio de la Teoría del caso en materia penal en Paraguay, puede ocurrir que, cuando el fiscal inferior haya solicitado el sobreseimiento definitivo del imputado, el juez puede apartarse de tal pedimento del Ministerio Público y oficiosamente ordenar la remisión de las actuaciones al Fiscal General del Estado para que *acuse o ratifique* la decisión del inferior.

---

\* Abogada. Docente y Directora de Carrera de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, Campus Alto Paraná. Maestrando en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina y candidata a Doctor en Derecho por la misma universidad.

<sup>203</sup> Departamento de Itapúa, República del Paraguay

<sup>204</sup> Las cursivas y negritas son de la autora de este artículo

El procedimiento expuesto es a todas luces activista, el cual desconoce y vulnera la independencia del ente que investiga y acusa. Sí el inferior argumentó su decisión, motu proprio, el Juez no puede apartarse de tal fundamentación, en un sistema acusatorio donde las partes no pueden ser desplazadas y menos por el Juez.

A manera de ejemplo de lo explicado tomemos una muestra, v.gr. Un Fiscal fundamentando en un Dictamen Pericial Accidentológico, que en otras latitudes se denomina informe de tránsito, elevado por el Departamento de Investigación de Delitos, División Criminalística de la Policía Nacional, Oficina Regional Itapúa, dictaminó, que el accidente de tránsito se había producido a causa del Factor Humano (Conductor del automóvil), por "Invasión de Carril de Circulación Contraria". Y que debido al reducido o escaso tiempo/espacio, el conductor del Tracto Camión, no pudo realizar maniobra evasiva alguna, que sea efectiva en las circunstancias del hecho acontecido. Que asimismo, concordaba plenamente con la declaración del imputado sobre las circunstancias en que ocurrieron los hechos, acto realizado en la Fiscalía horas después de producido el accidente. Así también, es necesario mencionar que no *ha existido oposición por la parte querellante*, quienes por medio de escrito *se han adherido* al requerimiento fiscal conclusivo. La Fiscalía Adjunta por su parte realizó una interpretación errada de la disposición normativa prevista en el artículo 358 del CPP y rectificó el requerimiento fiscal conclusivo, solicitando el Sobreseimiento Provisional.

Entendiendo, que tanto la actuación del juez penal como la del fiscal adjunto no se ajustan a derecho, a continuación me propongo extraer algunas consideraciones y conclusiones.

## 2. AMBITO NORMOLOGICO Y DEBIDO PROCESO

La doctrina actual en materia de Derecho Procesal Penal y Constitucional, indica que a pesar de existir indicios de criminalidad contra cierta persona, la misma tiene derecho a que el proceso sea llevado hasta la sentencia respetando los principios y las garantías constitucionales que sirven de fundamento a la ley procesal penal, así como a la ley sustantiva.

Merece mención en este sentido los siguientes artículos del Código Procesal Penal Paraguayo:

**Art. 1º. Juicio Previo.** Nadie podrá ser condenado sin un juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, realizado conforme a los derechos y garantías establecidos en la Constitución, el Derecho Internacional vigente y a las normas de este código.

En el procedimiento se observarán especialmente los principios de oralidad, publicidad, inmediatez, contradicción, economía y concentración, en la forma en que este código determina.

## **Art. 2º. Juez Natural**

**Art. 3º. Independencia e imparcialidad.** Los jueces serán independientes y actuarán libres de toda injerencia externa, y en particular, de los demás integrantes del Poder Judicial y de los otros poderes del Estado. (...) Los jueces valorarán en su decisión tanto las circunstancias favorables como las perjudiciales para el imputado, con absoluta imparcialidad.;

**Art. 4º. Principio de inocencia.** Se presumirá la inocencia del imputado, quien como tal será considerado durante el proceso, hasta que una sentencia firme declare su punibilidad. (...);

**Art. 5º. Duda.** En caso de duda los jueces decidirán siempre lo que sea más favorable para el imputado.

En concordancia con el texto constitucional del Paraguay, que en su **Art. 17 - DE LOS DERECHOS PROCESALES**, prescribe: “En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: 3) que no se le condene sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, ni que se le juzgue por tribunales especiales...” y en el **Art. 16 - DE LA DEFENSA EN JUICIO**, dispone: La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales.

El medio diseñado por la Constitución al hablar de “juicio” es lo que se conoce por *proceso*, es decir, la categoría jurídica específica que implica una relación contradictoria de dos partes antagónicas ante un tercero imparcial, imparcial e independiente. En donde para que se cumpla la garantía es necesaria la secuencia de acusación, defensa, confirmación y sentencia. Siendo así, la garantía de judicialidad asegura al ciudadano el derecho a contar con procedimientos legales preestablecidos que se cumple por razón de la sucesión de actos realizados por el fiscal, el imputado, la víctima si lo creyere oportuno y el juez; que aseguran iguales oportunidades y cuya decisión conclusiva debe ser una aplicación fundado en el derecho vigente conforme al hecho de la causa.

Así mismo, la garantía de judicialidad exige que en coherencia con los principios del Estado de Derecho y de igualdad de todos los hombres ante la ley, el proceso esté bajo la dirección de órganos jurisdiccionales creados con anterioridad a la ocurrencia del caso. Es así, que la noción de juez natural implica la seguridad, independencia, objetividad, imparcialidad, e imparcialidad del juzgador, sencillamente, porque no puede darse una decisión *justa* si quien la imparte está comprometido de alguna forma con otros poderes del Estado, intereses derivados del conflicto o cualquier otro motivo que comprometa su ecuanimidad. Y por si todo fuera poco, la inclusión de los requisitos de imparcialidad, independencia e imparcialidad guarda coherencia con la función investigativa y acusatoria propia del Agente Fiscal, distinguiendo de la función

de *decisión*, inherente a la jurisdicción que por aserto debe estar apartada de toda iniciativa confirmatoria.

Cuando en la realidad histórica se produce un hecho que a prima facie responde a lo descrito como sancionable por la norma sustantiva, se pone en marcha los mecanismos previstos y exigidos por la garantía de judicialidad; al interior de esta estructura lógica, el principio jurídico de *inocencia* es la garantía de judicialidad, dicha garantía se desprende del texto constitucional, que ordena en su **Art. 17 DE LOS DERECHOS PROCESALES**. En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: 1) que sea presumida su inocencia...". Por lo que, no se puede aplicar pena alguna sin la demostración fehaciente con grado de certeza de la autoría culpable en juicio del imputado. Cuyo estado jurídico de inocencia cesa exclusivamente por una sentencia judicial como culminación de un debido proceso que así lo declare conforme a las circunstancias de hecho debidamente acreditadas y a la aplicación del derecho pertinente.

Constituyendo así el estado de inocencia, por una parte, un mandato positivo para el juzgador, y por la otra, un vínculo con la exigencia de la debida fundamentación de la sentencia, estableciendo un freno al subjetivismo o la arbitrariedad.

Por otra parte, con respecto al Ministerio Público el Código de forma establece entre otros: **Art. 52. FUNCIONES**. Corresponde al Ministerio Público, por medio de los agentes fiscales, funcionarios designados y de sus órganos auxiliares, dirigir la investigación de los hechos punibles y promover la acción penal pública. Con este propósito realizará todos los actos necesarios para preparar la acusación y participar en el procedimiento, conforme a las disposiciones previstas en este código y en su ley orgánica. **Art. 53. CARGA DE LA PRUEBA**. La carga de la prueba corresponderá al Ministerio Público, quien deberá probar en el juicio oral y público los hechos que fundamenten su acusación. **Art. 54. OBJETIVIDAD**. El Ministerio Público regirá su actuación por un criterio objetivo, velando por la correcta aplicación de la ley y tomando en consideración los elementos de cargo y de descargo en relación al imputado. Todo ello en concordancia con lo dispuesto en el **Art. 14. ACCIÓN PENAL**. La acción penal será pública o privada. Cuando sea pública, su ejercicio corresponderá al Ministerio Público, sin perjuicio de la participación que este código concede a la víctima.

### 3. CUESTIONAMIENTOS

Teniendo en cuenta las constancias obrantes en la causa que nos ocupa de ella surge la inexistencia de autoría por parte del imputado así como lo entendió el fiscal inferior. En el mismo sentido, la defensa técnica del imputado de conformidad con el Art. 353; inc. 4, del Código Procesal Penal, solicito el Sobreseimiento Definitivo, fundado en las consideraciones siguientes: "Que, la configuración del tipo penal, Art.

107 del Código Penal<sup>205</sup>, precisa para ser una *Conducta Típica, Antijurídica y Reprochable, que el imputado tenga la culpa de lo sucedido*. Y como lo dictamina la propia pericia, ordenada por el Ministerio Público, *no es atribuible la causa del accidente de tránsito al imputado*. Porque más allá del resultado acaecido, no ha rebasado el riesgo permitido, no creando, en consecuencia, un peligro penalmente relevante. Por lo que cabe concluir al igual que el Agente Fiscal, que la conducta atribuida al imputado de la causa, resulta atípica, no reprochable ni antijurídica”.<sup>206</sup>

Entonces, ante la falta de meritos para requerir fundadamente la apertura a juicio y teniendo en cuenta que la tarea fiscal –Representar a la sociedad- no le permite ser parcial, ya que su labor debe estar precedida por la ecuanimidad y objetividad, el fiscal debe requerir cuando las circunstancias lo ameritan pronunciamientos a favor del imputado, como cuando razonablemente no existe la posibilidad de incorporar nuevos elementos de convicción, o como en el caso particular analizado, los elementos confirmatorios demuestran la falta de responsabilidad del imputado.

Asimismo, “Cuando no se encuentran reunidas de modo indudable las condiciones de la norma material se impone que cese contra el imputado toda persecución, lo que implica la desvinculación total del proceso penal y, por ende, no es dable presentar acusación”<sup>207</sup>

Por su parte, el juez penal está obligado en la etapa preparatoria de velar por el respeto de los postulados constitucionales, por un lado y el control constitucional de los actos de investigación del Ministerio Público, por el otro lado, así como conforme a las disposiciones legales en la etapa intermedia controlar la discusión acerca de la apertura a juicio, por lo que necesariamente luego de los trámites de rigor debe emitir una decisión judicial. Dicha decisión del Juez Penal de Garantías por imperio de la ley debe resolver lo solicitado por el requerimiento fiscal, la víctima y la defensa técnica.

En este orden de ideas, ante el requerimiento fiscal, por ejemplo, el querellante adhesivo podría objetar el sobreseimiento definitivo si a su juicio existieran fundamentos serios para someter al imputado a juicio oral y público<sup>208</sup>. En este caso la víctima debe presentar su acusación cumpliendo con las formalidades establecidas en la ley y solicitando específicamente que se aplique el Art. 358 del CPP.

Ante dicha solicitud el juez penal puede asumir dos posiciones: 1) rechazar in limine, lo peticionado por considerar inadmisibile la apertura a juicio por falta de merito, en cuyo caso, queda expedita la vía recursiva para la víctima conforme al Art.

<sup>205</sup> Código Penal, Artículo 107.- Homicidio culposo. El que por acción culposa causara la muerte de otro, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

<sup>206</sup> Argumentación de la defensa técnica del imputado.

<sup>207</sup> BAREIRO PORTILLO, Pablo, “Código Procesal Penal de la República del Paraguay, comentado”. Segunda Edición. Tomo III. GrafMac. Asunción, Paraguay, 2002, pág. 271

<sup>208</sup> Código Procesal Penal, Art. 68 DERECHOS DE LA VICTIMA. La víctima tendrá derecho a: 5) impugnar la desestimación o el sobreseimiento definitivo, aun cuando no haya intervenido en el procedimiento como querellante.

461, inciso 11, del CPP<sup>209</sup>, o bien, 2) admitir el pedido de la querrela adhesiva e imprimirle el tramite establecido en el Art. 358.

En este caso, si el Fiscal General del Estado decide acusar presentara la acusación formal y dispondrá que otro fiscal atienda el caso. O, sí ratifica el pronunciamiento del fiscal inferior, el juez penal debe resolver conforme al requerimiento fiscal inicial. En este sentido la norma es bien clara el Fiscal General del Estado solo tiene dos opciones acusar o ratificar el requerimiento fiscal.

En la causa ejemplarizada, el juez penal no ha asumido la posición de garante de los derechos del imputado, más bien, ha asumido funciones persecutorias en la etapa intermedia al no valorar detenidamente la seriedad de la fundamentación del requerimiento fiscal conclusivo, así como tampoco la argumentación de la defensa y el desistimiento expreso de la querrela al adherirse al pronunciamiento fiscal. De forma tal, que ha faltado de velar por el acceso a la justicia en el caso particular del imputado.

Por lo que todas las garantías supramencionadas se han perdido en el mismo instante en que el juez ha dejado de ser un tercero imparcial e imparcial, sencillamente, porque *el requerimiento fiscal conclusivo no ha sido de su agrado* y haciendo mal uso de una *facultad* otorgada por la normativa procesal, se opuso a lo solicitado, a pesar de su *obligación* de velar por las garantías constitucionales y los principios fundamentales del código de forma.

## CONCLUSIONES

El Código Procesal Penal de la República del Paraguay, conforme al sistema acusatorio, establece que el Ministerio Público es el único órgano estatal responsable de procurar las pruebas de cargo y las de descargo. Mientras que el control constitucional de las garantías en la etapa investigativa e intermedia queda en manos de los Jueces Penales de Garantías, quienes tienen el deber de controlar el respeto a los derechos y garantías individuales en relación a la investigación. Si existe sospecha suficiente de culpabilidad deben ordenar mediante una decisión jurisdiccional la apertura a juicio oral y público, en caso contrario, como consecuencia del principio de inocencia, si mediante los procedimientos legales el juez no logra convicción en base a los elementos que le suministra el proceso, no puede imponer el paso de la etapa intermedia al juicio oral.

Entiendo, que conforme a los artículos que he analizado precedentemente, el proceso no es un instrumento del poder estatal para descubrir *verdades* y si una garantía de los ciudadanos frente a ese poder. Y que por la particularidad de la causa que nos ocupa no podrá avanzarse desde el estado confirmatorio conseguido y que esté acervo no permite sostener seriamente una acusación, por lo que el requerimiento

---

<sup>209</sup> Código Procesal Penal, Art. 461 RESOLUCIONES APELABLES. El recurso de apelación procederá contra las siguientes resoluciones: 11) contra todas aquellas que causen un agravio irreparable, salvo cuando expresamente se la haya declarado irrecurrible por este código.

fiscal conclusivo se ajusta totalmente al sistema adoptado por el código procesal, por cuanto, que si al termino de la etapa investigativa el representante del Ministerio Público no tiene elementos de incriminación o éstos son insuficientes se le impone como derivación del *estado de inocencia* y de conformidad al artículo 5to., del CPP “que en caso de duda se decidirá siempre a favor del imputado”. Por lo tanto, carece totalmente de sentido mantener la sujeción del justiciable al proceso.

Si el proceso es un medio ordenado de discusión entre las partes en conflicto y la labor del juez es resolverlo aplicando la ley para lograr una efectiva paz social. El único camino es el de respetar y realizar este orden al que llamamos derecho; la ley es la avenida normal y segura por donde las partes y el juez deben caminar, de ahí que su tergiversación arbitraria constituye violación de singular trascendencia.

Finalmente, el juez actuando como tal, dentro de su jurisdicción y competencia dispone en nombre del Estado. Sus actos obligan con autoridad jurídica y fuerza de ley por lo que su decisión en contra de expresas disposiciones constitucionales así como de principios y garantías procesales fundamentales compromete y lesiona el principio de seguridad jurídica. Entonces, vale preguntarse ¿Qué pasa cuando una autoridad investida de poder público en vez de actuar de acuerdo a la ley, actúa en forma arbitraria o en base a sus propios sentimientos, de espaldas al derecho establecido? ¿Puede darse mayor injusticia?

## BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO VELLOSO, A. (2009). *Sistema Procesal Sistema de la Libertad* . Santa Fe: Rubinzal - Culzoni Editores
- PETTIT, Horacio Antonio. “Constitución de la República del Paraguay, Concordada, Anotada y con Jurisprudencia”. Tomo I. La Ley Paraguaya. Asunción, Paraguay. 2010
- PLANO DE EGEA, José M. “Código Penal de la República del Paraguay, Concordada y Referenciado”. 2da. Edición. Editorial Latindata. Asunción, Paraguay. 1999
- BAREIRO PORTILLO, Pablo. “Código Procesal Penal de la República del Paraguay, comentado”. Segunda Edición. GrafiMac. Asunción, Paraguay. 2002



# **APLICABILIDAD DE LA CAUCIÓN JURATORIA. INDEMNIZACIÓN CUANDO LA CONTRACAUTELA CONSISTE EN UNA CAUCIÓN JURATORIA.**

ÁNGELA SOFÍA OLMEDO<sup>210</sup>

## **INTRODUCCIÓN**

La naturaleza jurídica de toda cautela es la propia de la instancia de petición, no puede ni debe ser bilateralizada por el juez antes de admitirla. Es por este motivo que no es oído al efecto aquel contra quien se dirige.

Su admisión debe ser especialmente analizada en lo que hace al cumplimiento de los requisitos establecidos para la procedencia de la pretensión cautelar, debido a que si bien y en general el resultado de la petición afecta sólo al peticionante, en casos donde es otorgada podría repercutir de forma negativa a quien hasta el momento es un tercero en el tratamiento de la instancia, el cual sufrirá los efectos propios de la cautela ordenada por ser actual o eventualmente demandado.

De ahí también que, como consecuencia de la falta de bilateralidad previa, las leyes exijan desde antaño que cada cautela admitida sea precedida del otorgamiento de una adecuada contracautela en cuya determinación, reiteramos, el afectado o titular no participa.

## **APLICABILIDAD DE LA CAUCIÓN JURATORIA**

Tuvo su origen en el Derecho Romano en el que podían generarse obligaciones *verbis*. Posteriormente fue conocida en el Derecho Procesal Español de la Edad Media y servía para casos en los cuales demandaban y eran demandadas personas sin patrimonio material, que nada tenían ni podían ofrecer como garantía para el supuesto de que no tuvieran razón y deberían responder por los daños y perjuicios causados, así como las costas y costos del juicio en el que se hallaban involucradas.

El único patrimonio que contaban dichas personas era su honor, y en una época en que jurar tenía valor, entonces juraban como contracautela. Actualmente podría considerarse como un resabio del Derecho Canónico y Civil primitivo, con preponderante influencia religiosa.

---

<sup>210</sup> Abogada, Docente Universitaria y Masterando en Derecho Civil (UNA), Notaria y Especialista en Derecho Procesal (UCA), Masterando en Gobierno y Gerencia Pública (UA), Especialista en Inteligencia Estratégica (IAEE), Docente presencial y virtual (UNA, UA, UCP). Miembro del IPDP-Py. sofiaolmedo@gmail.com

Este tipo de caución sólo puede ser constituido por el propio cautelante que, como se ve, nada agrega con ello a su propia responsabilidad personal, lo cual ocurre en casos en los que otorga caución real o personal, de donde resulta que no es serio ordenar cautelas a base de la simple promesa de hacer las cosas de forma correcta en el futuro, hecha ahora por quien desea cautelar a efecto de lograr la inmediata admisión de su pretensión.

Se entiende también como la garantía del cumplimiento de una obligación impuesta por una resolución judicial que se fundamenta en la promesa hecha por quien tiene que cumplirla y que por tanto es distinta aunque no necesariamente opuesta a otros medios garantistas como la fianza. En buen número de países latinoamericanos el empleo de esta expresión se da sobre todo en el ámbito del proceso penal refiriéndose especialmente al supuesto del imputado que desea beneficiarse con la libertad provisional presta promesa de presentarse siempre que sea llamado por el órgano que instruye el procedimiento.

Pero su uso actual no sólo se produce en el ámbito penal, sino también en el laboral, como en el caso de nuestro país, puesto que el CPT todavía admite como medio de prueba la declaración jurada del trabajador, de importancia por demás sobreestimada.

El CC, en su art. 1457 establece que el fiador debe ser abonado, por tener bienes raíces conocidos, o por gozar en el lugar de un crédito indisputable de fortuna.<sup>211</sup>

El CPC no la prevé, al contrario, la rechaza de forma taxativa, por ejemplo, en el artículo 630<sup>212</sup>. Sólo admite como contracautela: a) una garantía real, que puede ser hipoteca, prenda, depósito de dinero o de títulos-valores a la orden judicial, embargo de bienes, etc. y b) una garantía personal, consistente en una fianza o aval.

Actualmente, en caso de no otorgarse la debida contracautela establecida para obtener el dictado de medidas cautelares, las ordenadas en contraposición a lo legalmente establecido deben ser revocadas, sin perjuicio de la indemnización correspondiente en caso de haber producido daños o perjuicios.

---

<sup>211</sup> CC. LIBRO TERCERO: DE LOS CONTRATOS Y OTRAS FUENTES DE OBLIGACIONES. TÍTULO II: DE LOS CONTRATOS EN PARTICULAR, CAPÍTULO XXI: DE LA FIANZA, SECCIÓN I: DE LAS DISPOSICIONES GENERALES: Art. 1457.- La fianza puede ser convencional o legal. Cuando sea impuesta por la ley, el fiador debe estar domiciliado en el lugar del cumplimiento de la obligación principal y ser abonado, por tener bienes raíces conocidos o por gozar en el lugar de un crédito indisputable de fortuna. Los jueces pueden admitir en vez de ella prendas o hipotecas suficientes.

<sup>212</sup> **CPC.TÍTULO VII, DEL DESALOJO: Art.630.- Lanzamiento.** El lanzamiento se verificará sin perjuicio de las acciones que por cualquier concepto el demandado pudiere hacer valer en juicio distinto contra el demandante; pero si aquél hubiere obtenido la retención en el juicio correspondiente, el lanzamiento no tendrá lugar, salvo que el demandante garantice su pago con caución suficiente a criterio del juez. **No será admisible la caución juratoria.**

## INDEMNIZACIÓN CUANDO LA CONTRACAUTELA CONSISTE EN UNA CAUCIÓN JURATORIA

Es preciso tener en cuenta que a efecto de la responsabilidad del solicitante de la medida, para la que se exige la caución, aquella debe haber sido ejecutada (no sólo pedido y obtenida), tal ejecución ha de haber sido indebida, ya sea por haber sido obtenidas y ejecutadas sin derecho (formal o sustancial) o logradas mediante un ejercicio antifuncional de la pretensión (abuso o exceso), que causa un daño innecesario al demandado.

Si bien hemos establecido que ya no es moneda corriente (ni legal) la caución juratoria, sigue habiendo quienes la solicitan y peor aún, quienes la otorgan. Ello implica que exista responsabilidad por parte de quien lo solicite y que esto deba ser considerado a fin de resarcir el daño ocasionado.

A tal fin se halla la Tesis Objetiva, la cual sostiene que la responsabilidad del peticionario tiene origen en la mera circunstancia de que la medida haya sido trabada indebidamente, sea en virtud de desestimarse la pretensión principal con fundamento en la inexistencia del derecho alegado por el actor o bien por razones relativas a la improcedencia de la cautela o a actitudes procesales que pongan de manifiesto la inutilidad de ésta (desistimiento o caducidad de la medida).

Podemos agregar a esto que al aludir a la caución que debe prestarse para cubrir los daños y perjuicios, el primero condiciona su eventual efectividad al supuesto de que la medida se haya pedido "sin derecho" y el segundo al de que "la deuda" no exista.

"Los partidarios de esta tesis sustentan, fundamentalmente en la consideración de que las resoluciones recaídas en el proceso cautelar, a diferencia de las que recaen el proceso definitivo, pueden originar perjuicios patrimoniales directos que no se resarcen mediante la condena en costas, de modo que las medidas correspondientes, en tanto responden a una facultad procesal cuyo ejercicio impone la mayor prudencia, deben reputarse adoptadas por cuenta y riesgo de quien las peticiona, añadiéndose que entre éste, que se beneficia aunque en definitiva sin derecho, y quien la padece, sin que en ningún caso pueda obtener de ella un beneficio, no es dudoso que las consecuencias deben ser soportadas por el primero".<sup>213</sup>

La responsabilidad surge por consecuencia del daño y/o del perjuicio, independientemente de las razones de carácter subjetivas que pudo haber tenido quien obtuvo la medida cautelar, desde que las medidas cautelares tienen como presupuesto la verosimilitud del derecho invocado por el peticionante, lo que no implica de ninguna manera veracidad o certeza, sino la alta probabilidad de que lo sea.

---

<sup>213</sup> Medidas Cautelares, Martínez Botos, Editorial Universo, Buenos Aires, ps. 142/3.

Por este motivo es que al dar curso a medidas cautelares se impone al peticionante la obligación de otorgar una fianza para responder por los daños y perjuicios que pudiese causar si lo hubiera solicitado sin derecho alguno, esta responsabilidad se traslada a la contracautela en el mismo proceso en que fue otorgada la medida cautelar, si es que existe (a petición expresa de parte) un pedido al órgano jurisdiccional para que se expida sobre la declaración de responsabilidad.

Este derecho se encuentra previsto por el art. 702 del CPC, que establece como supuesto para la existencia de la obligación de resarcir que la medida cautelar haya sido levantada por cualquier motivo que demuestre que el requirente de la misma abusó o se excedió en el derecho que la Ley le otorga por lo cual es susceptible de generar daños en la parte que debió soportar tal medida cautelar<sup>214</sup>, siempre que ésta haya solicitado el resarcimiento respectivo.

Es más, producido el levantamiento de la medida cautelar en dichos términos, se encuentra configurado totalmente el hecho ilícito que genera la obligación de resarcir, esto es, haber solicitado una medida cautelar abusiva o excesiva. *“Quien solicita una medida precautoria debe tener plena conciencia de la responsabilidad que asume al poner en marcha un arma muy celosa, que, por lo tanto, requiere de un cuidado superior al común; si los hechos demuestran luego que la trabó mal, es imposible que se exima de responsabilidad argumentando que su conducta no es culpable”*.<sup>215</sup>

Cabe hacer notar que esta normativa establece expresamente que la determinación del monto (de los daños) se sustanciará por el trámite del proceso de conocimiento sumario (art. 702 *in fine* del C.P.C.). El Prof. Hernán Casco Pagano al comentar esta disposición legal expresa: *“...Sólo la fijación del monto al que asciende la indemnización debida deberá ser objeto del pertinente proceso de conocimiento sumario (art. 683 del C.P.C.), que deberá promoverse ante el mismo Juez por razones de conexidad (art. 11 del C.O.J.). La reparación del daño debe ser integral, vale decir comprenderá también el daño moral...”*. Esta normativa se encuentra sin dudas relacionada con la necesaria declaración de litigante de mala fe, prevista en el art. 52 del C.P.C., que establece: *“Mala fe. Repútese litigante de mala fe, a quien: a)..., b) provoque o consienta el diligenciamiento de medidas cautelares decretadas a su pedido, en forma evidentemente innecesaria o excesiva y no adopte en tiempo oportuno medidas eficaces para evitarlo, y...”*. En tanto que el art. 54 del C.P.C., establece: *“Oportunidad para solicitar la declaración. En cualquier etapa del proceso y en cualquier instancia, antes de que se dicte resolución, podrá requerirse que en la decisión el magistrado se pronuncie sobre la mala fe o el ejercicio abusivo del derecho”*.<sup>216</sup>

---

<sup>214</sup> CPC. Art.702.- Responsabilidad. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 700, cuando se dispusiere levantar una medida cautelar por cualquier motivo que demuestre que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, la resolución lo condenará a pagar los daños y perjuicios si la otra parte lo hubiere solicitado. La determinación del monto de éstos se sustanciará por el trámite del proceso de conocimiento sumario.

<sup>215</sup> Ramírez, Jorge Orlando; “Medidas Cautelares”, Ed. Depalma, Bs. As.; 1976.

<sup>216</sup> Ac. y Sent. N° 83, 23/03/2010. Sala Civil y Comercial de la CSJ - Hidalgo Ortiz, Rafael c. López Coronel, Tania Luisa s/ Indemnización de daños y perjuicios.

Si bien es cierto que la medida de embargo no representa ni constituye un abuso del derecho y que en los códigos no existe declaración alguna respecto considerar la misma excesiva o abusiva, dejando al prudente criterio del juez la estimación del mismo, es importante hacer hincapié en que la caución juratoria no es una opción procesal en lo que al ámbito civil se refiere y que pese a ser contemplada en los fueros penal y laboral debe ser cuidadosamente otorgada considerando los factores objetivos y subjetivos que rodean el caso en particular.

Debe aclararse que lo señalado es uno de los aspectos a considerar para evaluar los posibles daños a la parte demandada, tomándose en cuenta también otros, como por ejemplo el tipo de medida cautelar que se solicita (no es igual una anotación de demanda respecto de bienes de una empresa inmobiliaria que de una personal natural que no se dedica al comercio de los mismos, como tampoco es igual una anotación de demanda que un secuestro, que un embargo en forma de administración, etc.).<sup>217</sup>

Atendiendo a estas nociones, el Juez evaluará los daños posibles al afectado con la medida cautelar para establecer un quantum aproximado, y estudiará las probabilidades de ocurrencia del perjuicio para decidir la forma, naturaleza y alcances de la caución, entre otros aspectos.

Todo esto debe estar precisado con claridad en la resolución a efecto de poder ejecutarse. Es importante recordar que la caución no constituye un tope indemnizatorio. En efecto, hay quienes parecen equipararla a una cláusula penal. Nada más erróneo que ello; la caución es una garantía para cubrir los daños que pudieran infringirse al afectado con una medida cautelar innecesaria o indebida, es decir, para facilitar la reparación de los daños, y en modo alguno es sinónimo de limitación de éstos.

Por ello la determinación excesiva o diminuta de caución, o su ausencia, como se da en el caso de la simple y ligera juratoria, no obsta para liquidar los daños causados si se verifica que la medida cautelar fue indebida y perjudicial.

---

<sup>217</sup> Apuntes sobre Medidas Cautelares. Roxana Jiménez Vargas-Machuca. Juez Superior Titular de la Corte de Lima. Profesora de Derecho Civil y Procesal Civil.



## EL MITO DEL MANDATO

MANUEL RIERA DOMÍNGUEZ<sup>218</sup>

Desde que tengo uso consciente de la memoria, me hablaron del *mandato*. Fui a la Universidad, a las clases de Derecho Civil, de Derecho Político, de Derecho Constitucional y me hablaron del Presidente, el "*Primer Mandatario*". Voy a las tertulias, a los círculos que discuten temas políticos; escucho las noticias o los discursos parlamentarios y oigo que quienes ocupan el Gobierno "*son nuestros mandatarios*", porque nosotros –El Pueblo– "*somos sus mandantes*". ¿Qué pasaría si les dijere que tal "*mandato*" no existe jurídicamente en las relaciones de los gobernantes y sus ciudadanos? Que lo que nos enseñaron y lo que leemos o escuchamos es una simple repetición inconsciente e infundada de una figura jurídica hoy superada. Un mito.

Empezaré por el lenguaje común, el de la jerga. El *mandato* en el lenguaje común significa orden o precepto que el superior da a los súbditos (1); orden dada a un aparato para que realice una determinada operación (2); título dado en otro tiempo al rito de la liturgia católica que se celebra en la misa vespertina del Jueves Santo y en el que se lavan los pies a doce varones, en memoria de lo que hizo Jesucristo con los doce apóstoles en la última cena (3); sermón que con este motivo se predica (4); encargo o representación que por la elección se confiere a los diputados, concejales, etc. (5); período en que alguien actúa como mandatario de alto rango (6); contrato consensual por el que una de las partes confía su representación personal, o la gestión o desempeño de uno o más negocios, a la otra, que lo toma a su cargo (7).

Como aquí no hablo de aparatos, de liturgias ni de sermones, dejaré de lado las acepciones #2, #3 y #4. Por el contrario, me centraré en las demás ¿Pueden los gobernantes ser las personas a quienes damos órdenes, encargos, representación; quienes cumplen con un período o con quienes firmamos algún contrato consensual? ¿Existen estas órdenes en el día a día? ¿Cuál es el encargo que dieron los ciudadanos que votaron al otro candidato con respecto al presidente que salió electo? ¿Representa el presidente al ciudadano que votó en blanco, que anuló su voto, que no votó o que votó desde el exterior? ¿Dónde están guardados los contratos que firmamos con los gobernantes? ¿Hay 7.000.000 de contratos para cada miembro de nuestra población?

Cualquiera que haya tenido una infancia de barrio, de jugar en la calle, recordará haber hecho algún "*mandado*". Más de una vez nos "*mandaron*" a la despensa a comprar pan, leche, Coca Cola. Más de una vez, nos presentamos en una oficina, ante alguien, porque "*nos manda*" fulano, zutano o perengano. ¿Qué es este *mandato*? En principio, si continuara hasta el absurdo con las preguntas del párrafo anterior, la acepción y la figura del *contrato consensual* carecerían de sentido. En una elucubración

<sup>218</sup> Abogado egresado de la Universidad Nacional de Asunción, año 1997

más elaborada, podría –quizá– mantenerse como un contrato tácito, implícito, lógico u abstracto; ¿figurado?, que explica o funda nuestra relación con los gobernantes. Pero veamos cómo se discute esto en lo jurídico.

El mandato puede encontrarse en la Constitución. De hecho, puede encontrarse una decena de veces. Quien la lea con detenimiento encontrará su mención expresa en el art. 12, numeral 3) de la detención y el arresto: “*incomunicación por mandato judicial competente*”; en el art. 13 de la no privación de libertad por deudas: “*salvo mandato de autoridad judicial competente*”; en el art. 175 de la Policía Nacional: “*ejecutar los mandatos de autoridad judicial competente*”; en el art. 187 de la elección y duración: “*Los legisladores durarán cinco años en su mandato*”; en el art. 201 de la pérdida de la investidura: “*Los legisladores no están sujetos a mandato imperativo*”; en el art. 229 de la duración del mandato (del Presidente); en el art. 257 de la obligación de colaborar con la justicia: “*obligación a las autoridades de la administración de justicia para el cumplimiento de sus mandatos*”; en el art. 278 de las incompatibilidades (del Defensor del Pueblo): “*Durante su mandato no podrá formar parte de ningún poder del Estado*”; en el art. 281 de la duración (de la Contraloría): “*Durarán cinco años en sus funciones, los que no serán coincidentes con los del mandato presidencial*”; en el art. 290 de la Enmienda: “*Se usará la reforma para modificar la duración de los mandatos*”; y en el art. 291 de la Potestad de la Convención Constituyente: “*No podrá sustituir a quienes se hallen en el ejercicio de los poderes del Estado ni acortar ni ampliar sus mandatos*”.

En todas estas menciones, el mandato se utiliza como sinónimo de *orden judicial* (arts. 12, 13, 175, 257), de *período de gobierno* (arts.187, 229, 278, 281, 290) y de *representación* (art. 291). El único caso en que se utiliza como *orden* es en el art. 201. Pero la redacción del artículo es *negativa*, en tanto prohíbe que exista tal orden. En ese sentido, constitucionalmente, las únicas acepciones existentes y positivas son la orden judicial, el período de gobierno y la representación constituyente. Si conjugamos esto con el lenguaje común, las acepciones #1 de la orden y #7 del contrato consensual desaparecen.

De la misma manera pero en un nivel inferior, el mandato se define jurídicamente en el Código Civil (art. 880). Es un contrato en el que una persona acepta de otro poder para representarla en el manejo de sus intereses o en la ejecución de ciertos actos. El mandato *tácito* solo puede resultar de hechos inequívocos del mandante, de su inacción o silencio, o cuando en conocimiento de que alguien gestiona sus negocios o invoca su representación no lo impidiere, pudiendo hacerlo. Esta norma tiene antecedentes en el art. 1101 del Proyecto Argentino de 1936; en el art. 1789 del Anteproyecto de BIBILONI; en el art. 1444 del Anteproyecto DE GÁSPERI; en el art.1869 del Código Civil de VÉLEZ; y todas recogen el mismo sentido. El mandato es, civilmente, un contrato.

Si se sostiene la tesis civil del contrato, el Presidente, los parlamentarios y las demás personas que integran el gobierno, aceptaron de los ciudadanos un poder para

representar sus intereses o la ejecución de ciertos actos. Pero esta tesis, de nuevo, colisiona con el absurdo: ¿dónde están dichos contratos? ¿Dónde están esos poderes? De insistirse en el sentido *tácito*, ¿dónde están los hechos inequívocos del ciudadano mandante, o los de su inacción o silencio? ¿Qué ocurriría o cómo debería actuar el gobernante cuando estos poderes o actos inequívocos se contradicen? ¿Cómo puede el mismo gobernante gestionar los negocios o invocar la representación de todos los ciudadanos si los negocios contraponen, en materia de obligaciones, siempre a dos partes enfrentadas? ¿Cómo se resuelve la contrariedad, por no decir, la contradicción de intereses? Si se insistiere en ello, se podría además llegar al siguiente absurdo. Para el Código Civil, el mandato se extingue: a) por cumplimiento del negocio para el que fuere constituido; b) por vencimiento del plazo determinado o indeterminado impuesto a su duración; c) por revocación del mandante; d) por renuncia del mandatario; e) por muerte de cualquiera de las partes; f) por incapacidad sobreviniente a uno de los contratantes, entre otros (art. 909). ¿Dejaría de ser el Presidente el “*Primer Mandatario*” si yo ciudadano le revoco el mandato y, por ende, extingo el contrato? ¿Cómo pueden las autoridades cumplir con los mandatos de quienes ya fallecieron? Si mi negocio cumplió su finalidad a través de los actos administrativos de una autoridad, extinguido el mandato ¿dejó de ser esa autoridad (mandataria) una autoridad respecto de mí? Como se puede apreciar, basta someter la tesis contractual (acepción común #7) al test del absurdo y ésta cae por su propio peso. No puede aceptarse que la relación de las autoridades con sus ciudadanos sea –civil ni jurídicamente– de *mandato*, pues no existe contrato alguno, ni expreso ni tácito que la justifique. Esta tesis contractual, de poder de representación otorgado, no sólo la recoge el Código Civil en materia de contratos de mandato, sino en las sociedades (art. 1111), en la letra de cambio (art. 1308), en el juego y la apuesta (art. 1455), en los títulos a la orden (art. 1527), en el seguro por cuenta ajena (art. 1567), en la transmisión del cheque (art. 1720) y en la gestión de los negocios ajenos (art. 1814). En todas ellas se podrá hablar de contratos, pero ninguna de estas figuras puede –si quiera por analogía– justificar ni fundar nuestras relaciones con las autoridades del gobierno.

El mandato también se establece en la Ley 1634/00 de Confirmación de magistrados, en la cual es sinónimo de *período de gobierno*, de duración de funciones (art. 2). Se establece en la Ley 834/96 del Código Electoral (arts. 157, 187 y 257, modificado por Ley 5376/14), como sinónimo de *contrato de representación* o *período de gobierno*. El mandato se establece en la Ley 861/96 de Bancos (arts. 38, 40, 108), como sinónimo de *contratos de representación* u *órdenes de autoridades*. El mandato se establece en la Ley 1626/00 de la Función Pública (art. 94) como sinónimo de período de gobierno. El mandato se establece en la Ley 1/89 del Pacto San José de Costa Rica (arts. 7, 37, 38, 41, 54, 70), como sinónimo de *órdenes judiciales*, de *autoridades* y de *período de gobierno*. En todas estas normas, que no son las únicas, pero que sirven para dar ejemplos, se muestra que la política legislativa nacional ha venido dando a lo largo de los años, desde la Constitución hasta las leyes reglamentarias, un significado múltiple.

Es decir, el mandato es jurídicamente *polisémico*. Y, como tal, no puede apartarse de los contextos en los que es utilizado. Cualquiera sea el caso, son tres las principales acepciones que marcan su significado esencial: a) el tiempo o duración del ejercicio de funciones del gobernante, b) el contrato de representación, y c) la orden judicial.

Como se puede notar, no es cierto que los gobernantes de este país tengan relaciones de *mandato* con sus ciudadanos. Pues, en el uso correcto y técnico del término, por polisémico que fuere, las relaciones reales de gobierno no se explican jurídica ni normativamente desde las concepciones de tiempo o duración del ejercicio de funciones, desde la tesis civil del contrato de representación o de la orden judicial como precepto, pues no todos son jueces. El recorrido de la terminología constitucional a través del Código Civil y las demás normas citadas, muestran, cabalmente, que el ejercicio de las funciones públicas de las personas que ocupan cargos en el gobierno, no se realiza bajo las normas del mandato. Por lo tanto, referirse al Presidente como el "*Primer Mandatario*" o a los parlamentarios como "*mandatarios del Pueblo*", entre otras frases similares, no son más que formas comunes de referencia, pero jamás términos técnicos y jurídicos correctos. Son jergas aceptadas, pero mitos jurídicos que los abogados no pueden admitir.

Ahora bien, si no son mandatarios, ¿qué son?

Las autoridades son *órganos*. De la misma manera que el vocablo mandato, el *órgano* tiene un lenguaje común y otro técnico. En el primero, a su vez, tiene varias acepciones. Puede ser un instrumento musical de viento (1); cierto aparato antiguo de refrigeración (2); cada una de las partes del cuerpo animal o vegetal que ejercen una función (3); la publicación periódica que expresa la posición y directrices ideológicas de un partido u organización (4); el medio o conducto que pone en comunicación dos cosas (5); la persona o cosa que sirve para la ejecución de un acto o un designio (6); la persona o conjunto de personas que actúan en representación de una organización o persona jurídica en un ámbito de competencia determinado (7), entre otras cosas.

Como aquí no hablo de instrumentos, de aparatos, de partes del cuerpo, de publicaciones ni de medios de comunicación, las acepciones #1, #2, #3, #4 y #5 las dejaré de lado. Por su parte, me centraré en las demás y me pregunto: ¿pueden los gobernantes ser las personas que sirven para ejecutar actos o designios o aquellas que actúan en representación de una persona jurídica? Las preguntas, *a priori*, tienen mucho más sentido que en el caso del mandato. Lo que llamaré la *teoría del órgano* puede interpolarse, a su vez, en el texto constitucional.

En la Constitución, la palabra *órgano* puede encontrarse también una decena de veces. Quien la lea con detenimiento la encontrará en el art. 96 de la Libertad sindical: "*inscripción en el órgano administrativo correspondiente*"; en el art. 134 del Amparo: "*no podrá promoverse contra actos de órganos judiciales*"; en el art. 166 de los Municipios: "*son los órganos de gobierno local*"; en el art. 175 de la Policía Nacional: "*en dependencia jerárquica del órgano del Poder Ejecutivo*"; en el art. 185 de las Sesiones conjuntas (del

Congreso): *“régimen aplicable a órganos colegiados”*; en el art. 202, numeral 17) de los Deberes Congreso: *“designación de presentantes del Congreso en otros órganos del Estado”*; en el art. 257 de la Obligación de colaborar: *“Los órganos del Estado se subordinan al dictado de la ley”*; en el art. 266 del Ministerio Público: *“El Ministerio Público representa a la sociedad ante los órganos jurisdiccionales del Estado”*; en el art. 279 de los Deberes (del Defensor Público): *“requerir a autoridades policiales, incluyendo los de los órganos policiales y los de seguridad en general,”*; en el art. 281 de la Contraloría: *“órgano de control”*; en el art. 283, numeral 7) de los Deberes (de la Contraloría): *“denunciar a los órganos sometidos a su control”*; y en el art. 288 del Estado de Excepción: *“el funcionamiento regular de los órganos creados por ella”*. En todos estos casos, absolutamente en todos, el órgano es la persona o el conjunto de personas (colegiado) que actúa en representación de una organización o persona jurídica en un ámbito de competencia determinado. Es decir, no existe polisemia alguna.

En el Código Civil ocurre algo parecido. Las personas jurídicas poseen, para los fines de su institución, la misma capacidad de derecho que las personas físicas para adquirir bienes o contraer obligaciones, por intermedio de los *órganos* establecidos en sus estatutos. Dentro de éstos límites podrán ejercer acciones civiles y criminales y responder a las que se entablen contra ellos (art. 96). Esta disposición tiene sus antecedentes en los arts. 92 y 88 del Anteproyecto DE GÁSPERI; en los arts. 35, 41 y 42 del Código Civil de VÉLEZ; en el art. 185 del Anteproyecto de BIBILONI; y en el art. 79 del Proyecto Argentino de 1936. Para nuestro código, se reputan actos de las personas jurídicas los de sus *órganos* (art. 97). Las personas jurídicas responden del daño que los actos de sus *órganos* hayan causado a terceros, trátase de una acción u omisión y aunque sea delito, cuando los hechos han sido ejecutados en el ejercicio de sus funciones y en beneficio de la entidad. Dichos actos responsabilizan personalmente a sus autores con relación a las personas jurídicas (art. 98). El principio de representar a la persona jurídica también se encuentra en las fundaciones. El acto de fundación establecerá los *órganos* de dirección y administración y las normas para su funcionamiento (art. 129).

Tanto la Constitución como el Código Civil establecen al *órgano* como la persona que representa, dirige, administra, funda y se responsabiliza a y ante la persona jurídica. Es, en esencia, quien realiza sus actos, los desempeña y los cumple, dentro de las funciones y competencias que le son propias, conforme el estatuto o las demás normas que las regulan. Es, pues, mucho más elocuente la figura del *órgano* para describir y fundar jurídicamente el actuar de las personas físicas que representan a las personas jurídicas por quienes actúan. En el caso particular que aquí analizamos, los gobernantes ocupan los cargos en los poderes del Estado. El Estado es una persona jurídica (art. 91 del Código Civil, modificado por Ley 388/94).

Una mayor explicación puede encontrarse en el capítulo de la *Unidad de las personas jurídicas*<sup>219</sup> escrito por MANUEL RIERA ESCUDERO en su libro de comentarios a la legislación bancaria. En él se explica que, para la ley paraguaya, son personas jurídicas las constituidas en el extranjero (art. 92, Código Civil), cuya existencia y capacidad se rige por las leyes del país de su domicilio, quedando habilitadas plenamente para ejercer en el Paraguay las acciones y derechos que les corresponda (art. 1196, Código Civil). Esto quiere decir, que las sociedades constituidas en el extranjero pueden realizar actos jurídicos en el Paraguay, siempre que estos no sean habituales (art. 101, Código Civil). Sin embargo, para realizar actos jurídicos propios de su objeto social, en forma habitual, deben establecer una representación con domicilio en el país, cumpliendo con las formalidades establecidas en el art. 1197 del Código Civil. Estas normas demuestran que la persona jurídica *es una*; o sea, para el régimen legal paraguayo, las sociedades constituidas en el extranjero, independientemente de las sucursales que tengan instaladas en el país, son –repito– una persona jurídica, constituida y regida por las leyes de su domicilio (país extranjero) en cuanto a su *existencia y capacidad*, con facultad para adquirir derechos y obligaciones en Paraguay, sujeto a las leyes de nuestro país. Por lo mismo, cuando una institución financiera constituida en el extranjero instala una sucursal en el país, no existen dos sociedades, una constituida en el extranjero y otra en Paraguay; y mucho menos, tantas personas jurídicas como sucursales tenga la sociedad en el mundo. Para el derecho positivo paraguayo sólo existe una persona jurídica, con abstracción de la cantidad de sucursales que posea en el país o en el mundo.

Esta conclusión lleva la discusión al terreno del *Derecho Objetivo* y del *Derecho Subjetivo*, negados por algunos autores (DUGUIT, KELSEN, entre otros<sup>220</sup>). Sin embargo, nadie discute el concepto “*Persona*”, aceptando que “sea física o jurídica, es sólo la expresión *unitaria* personificadora de un haz de deberes y facultades jurídicas, es decir, de un complejo de normas”. Es por ello que, en definitiva, debe aceptarse la construcción *Kelseniana*, según la cual la capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones atribuida por el derecho objetivo a una persona, hace que deba reconocerse en la “persona jurídica” *una unidad* de una pluralidad de normas que estatuyen esos derechos y deberes.

Esta tesis se ve confirmada con la adhesión del Código Civil paraguayo a la *Teoría Organicista* de GUIERKE, quien combate la doctrina de la “ficción jurídica”, sosteniendo –por el contrario– que las sociedades son organismos dotados de *voluntad*, capaces *naturalmente* de ser sujetos de derecho, con vida propia, independientes de las personas físicas que las crean, al decir que las corporaciones están *sobre*, pero no *fuera* de la colectividad de personas que las forman, por lo que sus *deseos* se expresan

---

<sup>219</sup> MANUEL RIERA ESCUDERO “*Legislación Bancaria – Ley N° 861/96 y Ley 2334/03 comentadas y anotadas*”. Editorial La Ley, Asunción – Paraguay, 2013. Página 12.

<sup>220</sup> GUILLERMO A. BORDA. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Tomo I, pág. 554, § 616/7, Edit. Perrot. Buenos Aires – Argentina. 1987.

organizadamente a través de sus administradores, que no son sus *representantes*, sino *órganos* de ellas (arts. 94, 96, 97 y 98 del Código Civil).

Aceptando los conceptos *kelsenianos* y la teoría *organicista* de GUIERKE, que aquí llamamos *teoría del órgano* para continuar con la terminología, puede notarse más claramente que las personas jurídicas como el Estado funcionan a través de órganos y, como tales, estos cumplen las funciones para las cuales fueron designados. Estos criterios fueron adoptados por nuestra regulación. Más allá del lenguaje común y de la jerga que nos tiene acostumbrados, es incorrecto hablar de mandatos, mandantes y mandatarios para describir jurídicamente los actos de las autoridades. Lo correcto es hablar de órganos. Por lo tanto, deslindar y clarificar correctamente su naturaleza jurídica, permite también aclarar su competencia, su responsabilidad y todo otro tipo de efecto jurídico que pueda sobrevenir de la correcta imputación de sus actividades y funciones, no ya confundidas sobre la hoy superada –y abandonada– tesis del mandato. Creo que este artículo ayuda a develar la realidad de la naturaleza jurídica de quienes nos gobiernan. Solo resta desechar el viejo mito.



# LA DESIGUALDAD DE LAS PARTES EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL PARAGUAYO.

JORGE RIVAS CAREAGA<sup>221</sup>

## 1. INTROITO.

¿Por qué ELEGÍ ESTE TEMA? Porque yo creo que el Código Procesal del Trabajo crea un sistema Procesal perverso y pervertidor. Tenemos un código del año 1962 y si al año 2015 no lo hemos revisado, significa que estamos en un franco proceso de estancamiento en el pensamiento jurídico.

Tanto el Código Laboral como el de Procedimientos fueron diseñados para regir las relaciones jurídicas en el contexto de la década del sesenta. El código de fondo tuvo pequeñas modificaciones en el año 1993, pero en esencia es igual al derogado Código Laboral de 1961. En aquellos años, en los que nuestro país ni siquiera contaba aún con el servicio de energía eléctrica en toda la República, las actividades se realizaban preferentemente en el turno mañana, para aprovechar al máximo la luz solar; de siesta cerraban todos los locales hasta las quince o dieciséis horas, y eran muy raros los establecimientos que trabajaran luego de las veinte horas. Ni siquiera las despensas en los barrios mantenían sus puertas abiertas a esa hora. Los días domingos y feriados solo algunos establecimientos gastronómicos atendían al público, y las farmacias tenían un sistema de turnos, pues todas las que no lo estaban, cerraban sus puertas.

Hoy en día las cosas han cambiado profundamente. Vivimos una modernidad que exige una atención de locales comerciales hasta las 22:00 horas en los shoppings, y de restaurantes y locales de comida hasta la madrugada. Domingos y feriados son días en que cada vez más negocios abren sus puertas al público. La realidad de hoy en nada se asemeja a la de la década del sesenta, en que vieron la luz estos códigos. Sólo por esto es necesaria la urgente revisión de ambos cuerpos normativos.

Creo yo además que conocida nuestra idiosincrasia, el actual Código Procesal del Trabajo (C.P.T.) es absolutamente peligroso para un Magistrado; en realidad el sistema de enjuiciamiento paraguayo es PELIGROSO para un Magistrado, y quien le dice esto

---

<sup>221</sup> Abogado egresado de la Universidad Nacional de Asunción, año 1997  
Especialista en Derecho Procesal Civil y Estrategias de Litigación. Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción.  
Profesor del curso de grado: Introducción al Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción; Derecho Político, en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Encarnación.  
Profesor en Cursos de Posgrado:  
I. Diplomado en Derecho Laboral y Procesal Laboral, Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción Campus Guairá.  
II. Taller de Derecho Electoral, Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción Campus Guairá.  
III. Centro René Cassins, Instructor en cursos de capacitación para abogados.  
Profesor invitado en la Maestría Internacional en Derecho Procesal, Cátedra de Teoría Sociológica, Universidad Nacional de Rosario, Argentina, dirigida por el Dr. Adolfo Alvarado Velloso.  
Miembro titular del Instituto Panamericano de Derecho Procesal Capítulo Paraguay.  
Conferencista Internacional, con participaciones en Congresos en Puno, Juliaca, Medellín y Presidente Prudente (Brasil).

ha sido ternado como Juez en lo Laboral, es decir, les habla quien aspira ser Juez del Fuero del Trabajo. ¡Yo quiero ser magistrado! Y deseo un sistema de enjuiciamiento que me otorgue garantías, que me mantenga libres de influencias y de elementos extraños.

Es conocida la debilidad institucional de nuestros países. En el mío, tenemos organismos constitucionales extra poder, integrados por una mayoría de políticos, que se encargan de la selección (Consejo de la Magistratura) y del enjuiciamiento de los Magistrados (Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados). Además está decir que ambos organismos extra poder no gozan de la confianza absoluta de los ciudadanos. Con razón o sin ella, la percepción ciudadana respecto de ambos es que no son confiables.

Ante la debilidad institucional, es fundamental contar con un sistema de enjuiciamiento que mantenga lo más alejado posible al juez de los grupos de poder y de cualesquiera otros elementos que pudieran influir en sus decisiones de carácter jurisdiccional.

Dicho esto quiero hacer la presentación de la siguiente manera: en primer lugar he de hacer referencia a las ideologías políticas y su grandísima influencia en los sistemas de enjuiciamiento; seguidamente, hablaré brevemente de las dos grandes corrientes del pensamiento procesal contemporáneo - el activismo judicial y el garantismo procesal- para luego analizar brevemente del problema de la multivocidad que genera equivocidad en el lenguaje jurídico. A continuación describiré el procedimiento laboral paraguayo, los problemas de la desigualdad de las partes, de la inconstitucionalidad del procedimiento y del fracaso de los medios autocompositivos de solución de conflictos, para terminar luego el presente trabajo con una pequeña conclusión.

## **2. EL PODER. SU INFLUENCIA EN LOS SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO.**

Hans Kelsen, en su "Teoría pura del derecho" pretendió separar al derecho de la política, de la moral y de la religión, y dejar a la ciencia jurídica como residuo. El maestro vienés presenta una teoría general del derecho «depurada» de toda «contaminación» extrajurídica proveniente de las ciencias empíricas y de las ideologías. El método que la «teoría pura del derecho» proclama como idóneo es el método positivista, normativista y formalista, y su objeto viene delimitado por el sistema de normas jurídicas que componen el orden u ordenamiento jurídico, prescindiendo, pues, de todo elemento que no sea normativo. La idea subyacente en la teoría pura del derecho es la autonomización del Derecho de la Política, Sociología, Moral y de las Ideologías.

Lastimosamente la experiencia ha demostrado que esto no es posible; es más, ha sido la política la que más ha determinado los sistemas de enjuiciamiento. ¿Y por qué

la política? Pues porque ella es el arte de gobernar, y para gobernar hay que tener poder.

¿Y qué es el Poder? Pues es la “potestad de hecho o de derecho, que otorga fuerza a sectores de la sociedad, que es usada con el fin de determinar comportamientos individuales y colectivos con el sentido y dirección que aquellos indiquen<sup>222</sup>”

Quienes ejercen el poder dentro de una sociedad, requieren de una administración de justicia que les permita mantener ese poder de dirección dentro de la sociedad, y es ahí donde los sistemas de enjuiciamiento tienen una importancia superlativa.

Soy un convencido de que las normas jurídicas no pueden dejar de ser exponentes de las concepciones ideológicas del país y del momento en que se promulgan, ya que son un producto de la cultura vigente en la sociedad, la cual crea los valores que prefiere desarrollar a través de normas de cumplimiento obligatorio.

Debemos ser conscientes de la base ideológica de los códigos que nos rigen, porque la interpretación de muchas de sus normas así lo exige.<sup>223</sup> Así, es necesario llamar a las cosas por su nombre y dejar en claro que, determinadas tomas de posición aparentemente jurídicas, se explican desde una determinada concepción de las relaciones del Estado y del individuo, sea cual fuere esta concepción, sin tapujos<sup>224</sup>.

Es por esto que todos los regímenes totalitarios (basta cualquier ejemplo histórico que se tome desde el S. XVIII) conciben al proceso como una extensión de la actividad del Estado (la llamada “función social” del proceso) y contemplan la necesidad de hallar “la verdad real”, sin importar los medios empleados, a fin de satisfacer el ideal de justicia trazado por el Estado. Ahora solo resta decir que determinadas tomas de posición aparentemente jurídicas que aparecen en la normativa del Código Procesal se explican desde la relación de superioridad del estado por sobre el hombre; la relación de superioridad de quien encarna al estado – el dictador- por sobre todos los habitantes de la República.

Un sistema autoritario considerará al proceso como una función pública estatal, poniendo énfasis en la figura del juez y pregonando el aumento de sus poderes a través de diversos mecanismos, tendiendo a la limitación del papel de las partes dentro del proceso y consumando la “relativización” de los principios procesales, en aras a una supuesta justicia sustancial<sup>225</sup>.

---

<sup>222</sup> De la Vega, Julio Cesar. Diccionario Consultor Político. Centro Editor Contemporáneo. Buenos Aires, Argentina. Tomo 3. Pág. 680.

<sup>223</sup> Montero Aroca, Juan. Proceso Civil e Ideología. Edit. La Ley Paraguaya. Pág. 11

<sup>224</sup> Montero Aroca, Juan. Proceso Civil e Ideología. Edit. La Ley Paraguaya, cita del texto de la carta remitida al Dr. Augusto Mario Morello.

<sup>225</sup> Irún Croskey, Sebastián. Derecho Procesal E Ideología: Hegel y el origen de la escuela “moderna” de derecho procesal (o del “activismo judicial”) Breviarios Procesales Garantistas. Edit. La Ley Paraguaya. Pág. 10

### **3. NUESTRA FASCINACIÓN POR EL AUTORITARISMO.**

Nosotros somos hijos de España; hemos sido colonia y por ende, en el inicio de nuestra historia nos han aplicado lisa y llanamente las leyes españolas. En una etapa posterior desarrollamos las Leyes de Indias o leyes especiales para regirnos en América, que tenía una realidad distinta a la del viejo continente. Del Viejo Continente y más específicamente de nuestra Madre Patria, nos viene la fascinación por el autoritarismo.

Esto es así porque nuestros conquistadores nunca han tenido una concepción de vida que no sea el autoritarismo. Recordemos que HISPANIA fue colonia Romana en la época del imperio, en un momento histórico en el que no se concebía al ciudadano fuera del servicio al estado; luego, España fue dominada por los bárbaros, entre ellos por los vándalos. Estos pueblos se gobernaban con un sistema de jefaturas fuertes, es decir, por un sistema político absolutamente vertical. Luego, España fue durante ocho siglos dominada por los Árabes que tenían como forma de gobierno, el Imperio. Súmese a esto que España tiene una fortísima tradición católica, cuya forma de gobierno es totalmente vertical. España ha vivido toda su historia bajo formas autoritarias de gobierno y de dirección de los asuntos. Por tanto, todos sus sistemas de enjuiciamiento que nos han llegado, vinieron con el modelo vertical, nunca horizontal o democrático.

Otro factor importantísimo fue la influencia, a partir de 1940, de la escuela procesal italiana moderna y en 1942, del Código Procesal Civil italiano. Recordando lo ya expuesto respecto de la influencia de los ideologías políticas en el proceso, diré que, siendo el Código Procesal Civil italiano hijo del gobierno fascista de Benito Mussolini, no encontraremos en su normativa sino un esquema tendiente a concretar el ideal de justicia trazado por el estado, un esquema al servicio de quien administra justicia y no al servicio de los destinatarios de la misma.<sup>226</sup>

En síntesis, sostengo que nuestra fascinación por el autoritarismo proviene de nuestra ascendencia española y la influencia en América del Código Procesal Civil italiano de 1940.

### **4. LAS DOS GRANDES CORRIENTES DEL PENSAMIENTO PROCESAL CONTEMPORÁNEO.**

Ya finalizando la primera década de este Siglo XXI, dentro del escenario del Derecho Procesal se presenta una controversia entre dos vertientes o escuelas bien

---

<sup>226</sup> Calvino, Gustavo. El proceso con derechos humanos. Método de debate y límite al poder. Editorial La Ley Paraguaya. Expresión utilizada en relación a los sistemas de enjuiciamiento.

diferenciadas: la del “garantismo procesal” por un lado, y la denominada “escuela moderna de derecho procesal” o del “activismo judicial”<sup>227</sup>

El Magíster Fermín Canteros, en su libro “Estructura básica de los discursos garantista y activista del Derecho Procesal<sup>228</sup>” hace una brillante exposición respecto de ambas corrientes del pensamiento. Sintetizando las enseñanzas de este autor, diré que la diferencia entre ambas corrientes de pensamiento parten de la misma concepción de lo que es EL PROCESO.

Para el Activismo el proceso es un método de investigación. Tiene al administrador de justicia como protagonista principal. Pretende concretar en la realidad social, el ideal de justicia trazado por el estado, por lo que lo que dota de las herramientas necesarias para investigar lo acaecido en el plano de la realidad social, de manera tal a aplicar una solución justa desde el punto de vista del derecho sustancial. Por tanto, el proceso es para darle la razón a quien la tiene desde el punto de vista del derecho sustancial<sup>229</sup>.

Para el garantismo el proceso es un método de debate dialogal y argumentativo mediante el cual los antagonistas intentan lograr la solución mediante resolución de autoridad de los conflictos intersubjetivos de intereses que mantienen y cuya razón de ser se halla en la necesidad de erradicar la fuerza ilegítima en la sociedad para mantener en ella un estado de paz. El proceso es para darle la razón a quien demuestra que la tiene.

La justicia para el activismo es la voluntad perpetua y constante de dar a cada uno lo suyo, y el garantismo lo entiende como la voluntad perpetua y constante de darle a cada uno lo que por derecho le corresponde. Sostiene Canteros: “*Adviértase que, aunque similares, las afirmaciones son rotundamente distintas. La segunda muestra un mayor respeto por la ley (dar lo que por derecho corresponde) y una menor discrecionalidad del magistrado en cuanto a la resolución del caso*”<sup>230</sup>.

En relación a la igualdad, el activismo procura la igualdad real, en tanto que el garantismo busca la igualdad jurídica objetiva.

En cuanto a la concepción del papel del administrador de justicia, para el activismo, el Juez debe ser viril, activo, comprometido con su ministerio. Para el garantismo, el Juez tiene que ser imparcial, imparcial e independiente<sup>231</sup>.

<sup>227</sup> Irún Croskey. Derecho Procesal e Ideología: Hegel y el origen de la escuela “moderna” de derecho procesal (o del” activismo judicial”) Breviarios Procesales Garantistas. Edit. La Ley Paraguaya. Pág. 9

<sup>228</sup> Canteros, Fermín. Estructura básica de los discursos garantista y activista del derecho procesal. Temas procesales conflictivos 6. Editorial Juris. Rosario. Argentina.

<sup>229</sup> Así, el artículo 228 de la Constitución colombiana reza: “*La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial.*”

<sup>230</sup> Canteros, Fermín. Estructura básica de los discursos garantista y activista del derecho procesal. Temas procesales conflictivos 6. Editorial Juris. Rosario. Argentina. Pág. 24

<sup>231</sup> Canteros, Fermín. Obra citada Pág. 18

¿Qué significa Impartial? La imparcialidad es la imparcialidad funcional, es decir el Juez no es parte y por tanto no hace el trabajo de las partes, por lo que el mismo no introduce hechos al proceso, no dicta medidas de mejor proveer, no ordena prueba de oficio, no interroga a los testigos, no introduce puntos a ser analizados por el perito en la prueba pericial, porque todo esto es trabajo de las partes y de sus representantes<sup>232</sup>.

En cuanto a “la verdad”, el activismo busca la verdad real; el juez no puede quedarse con la alegación de las partes y sale en busca de la verdad real, establece la obligación de las partes de colaborar con la búsqueda de la misma y de ahí surge lo que procesalmente se conoce como principio de amplitud probatoria, principio de colaboración, principio de solidaridad procesal. El garantismo, por su parte, busca la verdad jurídica objetiva, nada más que eso.

## 5. LA MULTIVOCIDAD Y EQUIVOCIDAD EN EL LENGUAJE JURÍDICO.

Siempre es interesante, antes de determinar el significado de una palabra en concreto, el llevar a cabo una pequeña investigación para encontrar el origen etimológico de la misma. En concreto, si hacemos lo propio con el término LENGUAJE, hallaremos que dicho origen reside en el idioma provenzal y más concretamente en el concepto *lenguatge*. No obstante, este a su vez procede del término latino *lingua*.

Una vez expuesto esto tenemos que determinar que con la palabra lenguaje lo que hacemos es referirnos a todo aquel conjunto de signos y de sonidos que ha utilizado el ser humano, desde su creación hasta nuestros días, para poder comunicarse con otros individuos de su misma especie a los que manifiesta así tanto lo que siente como lo que piensa acerca de una cuestión determinada.

El concepto de lenguaje puede ser entendido como un recurso que hace posible la comunicación. En el caso de los seres humanos, esta herramienta se encuentra extremadamente desarrollada y es mucho más avanzada que en otras especies animales, ya que se trata de un proceso de raíces fisiológicas y psíquicas. El lenguaje, como sabrán muchos de ustedes, le brinda la posibilidad al hombre de seleccionar, citar, coordinar y combinar conceptos de diversa complejidad.

Una separación técnica permite reconocer tres dimensiones dentro del lenguaje: forma (comprende a la fonología, morfología y sintaxis), contenido (la semántica) y uso (la pragmática)<sup>233</sup>

El tema de la palabra y el lenguaje tienen que ver con el derecho en varios sentidos. El derecho se expresa con palabras, como en casi todas las ciencias, pero las

---

<sup>232</sup> Canteros, Fermín, obra citada. Pág. 20.

<sup>233</sup> Definición de lenguaje - Qué es, Significado y Concepto <http://definicion.de/lenguaje/#ixzz3WvjTfqf4>

palabras adquieren en el mundo jurídico una significación muy especial en dos ámbitos fundamentales que se relacionan:

Con la tarea de elaboración del derecho (técnica legislativa)

Con la metodología de la interpretación.

Es significativo que mucho se ha avanzado en la elaboración de una teoría de la interpretación, pero no ha habido significativos avances en lo que respecta a la elaboración de un modelo o de un diseño legislativo. Casi se podría afirmar que no existe en la cultura jurídica del derecho continental, una genuina escuela de técnica legislativa.

Es necesario que exista una RACIONALIDAD LINGÜÍSTICA, es decir, que la ley deba comunicar un mensaje claro a sus dos destinatarios fundamentales; primero a los súbditos, cuyo acatamiento se propone, y luego a los jueces o a los funcionarios que deben resolver la adecuación de los casos que acontecen en la vida real, con los modelos predibujados normativamente. Para ello se debe reducir la vaguedad, la ambigüedad y la redundancia. "Debe haber también una racionalidad lógico formal. Y también una racionalidad pragmática, que indique hasta qué punto conocer en forma anticipada cual va a ser la reacción de los súbditos del sistema. Cuál va a ser el grado de acatamiento frente a la norma sancionada.

Nos encontramos ante una irracionalidad pragmática si la ley se viola con una frecuencia que excede el límite de lo razonable y esa irracionalidad pragmática puede aumentar si los órganos encargados de reprimir, no reprimen o no reprimen del modo esperado por la misma normatividad.<sup>234</sup>

En el derecho actual, nos encontramos lamentablemente ante un severo problema de multivocidad, que genera la equivocidad en el lenguaje científico de nuestra disciplina.

"De la misma forma en que no cortamos con cualquier cosa, sino con un instrumento que sirva para ello, una navaja o un cuchillo, tampoco nombramos verdaderamente las cosas si no tenemos en cuenta su naturaleza" Estamos ante la perversión de que utilizamos una misma palabra para designar varias cosas, o una varias palabras para designar a una sola cosa<sup>235</sup>.

Un ejemplo ayudará a clarificar el tema: Si en una reunión de juristas de distinta especialización se pregunta el significado de la palabra "acción" habrán de obtenerse por lo menos las siguientes respuestas:

- Es el legítimo derecho que respalda la pretensión del actor.

---

<sup>234</sup> Álvarez Gardiol, Ariel. Lecciones de Epistemología. Material de apoyo. Maestría en Derecho Procesal. Universidad Nacional de Rosario, República Argentina.

<sup>235</sup> Álvarez Gardiol, Ariel. Obra citada.

- Es el título de crédito representativo de cada una de las partes en que se divide el capital de ciertas sociedades.
- Es el elemento físico o de ejecución material y externo del delito.
- Es el medio legal de pedir judicialmente lo que es nuestro o se nos debe<sup>236</sup>.

Es evidente que ante tantos significados de la palabra, se enseñorea la confusión y cunde la desesperación de quien pretende entender el significado exacto de la palabra.

Sostengo que la mayoría de las veces el problema de la equivocidad se da porque nos manejamos con conceptos y no precisamente con definiciones.

Ejemplifico:

Yo digo “árbol” - uno piensa en un “lapacho” y otro en un “mango”,

Si yo digo “el árbol da sombra y frutos” – el que piensa en mango va a decir: el mango sí da sombra y frutos, en tanto que el que piensa en el lapacho dice: no, el árbol da sombra pero no da frutos.

Si yo digo “el árbol no permite que nada crezca bajo su sombra”, el que piensa en el mango va a decir: sí, así es; en tanto que quien piensa en el lapacho dirá: ¡como que no! ; ¡Claro que sí! – Yo tengo mis helechos a la sombra del árbol.

Y si yo digo “el árbol da hermosas flores rosadas”, el que piensa en el lapacho dirá: sí, unas hermosas flores rosadas que al caerse, cubren cual alfombra las calles de mi ciudad. Quien piensa en el mango cavilará – “Che, ¿éste está bien de la cabeza?”.

Y esta es la discusión la tenemos en el derecho todos los días porque nos manejamos con conceptos y no con definiciones. Eso genera equivocidad, genera error y sobre todo confusión y desesperación en alguien que pretende estudiar nuestra ciencia.

Para empeorar las cosas, los abogados sostienen que “todo lo opinable”, todo lo relativizan al máximo, y con esto ya convertimos al derecho en algo poco más que una tragicomedia.

Esto es importante mencionar porque en el Derecho Laboral y en el Derecho Procesal Laboral se genera una injusta y notable desigualdad como consecuencia de confusiones terminológicas.

En primer lugar nuestro código Procesal del Trabajo confunde “Procesos” con “Procedimiento”, no es lo mismo, no son lo mismo y nunca serán lo mismo. En el proceso la esencia es la imparcialidad del juzgador. En el procedimiento no es necesaria la imparcialidad del que lo tramita. Confunde también jurisdicción con competencia, principios procesales con reglas técnicas de la actividad de procesar o de

---

<sup>236</sup> Alvarado Velloso, Adolfo; Irún Croskey, Sebastián. Extracto del libro: Lecciones de Derecho Procesal Civil. Compendio del Libro “Sistema procesal: garantía de libertad”. Adaptado a la legislación paraguaya. Editorial La Ley Paraguaya, pág. 24.

sentenciar, asimila la irrenunciabilidad de derechos con la intransigibilidad, entre otras cosas.

## 6. DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO LABORAL EN PARAGUAY.

El procedimiento laboral se esquematiza de la siguiente manera:

- a) Demanda
- b) Oposición de excepciones – contestación y reconvención, en su caso.
- c) Traslado de excepciones y/o demanda reconvencional.
- d) Audiencia preliminar de conciliación.
- e) Audiencia de discusión de la causa y ofrecimiento de pruebas.
- f) Etapa de confirmación.
- g) Etapa de alegación
- h) Sentencia Definitiva.

La demanda debe interponerse por escrito, acompañada de tantas copias cuantos sean los demandados. La misma debe contener: a) La designación del juez a quien se dirige, b) El nombre, apellido, nacionalidad, domicilio, estado civil, edad y profesión u oficio del actor; c) El nombre, apellido, domicilio y profesión del demandado, d) La exposición precisa de los hechos y el derecho en que se funda la acción; e) La cosa demandada, y f) La enunciación de la prueba instrumental acompañada. En caso de que el actor no la tuviese a su disposición, la designará con la mayor precisión posible expresando su contenido y el lugar en que se encuentra.

Se establece también el deber del juez de mandar al actor a subsanar los defectos formales antes de ordenar el traslado de la demanda. El actor, asimismo, antes de la contestación, está facultado a ampliar, modificar o restringir el contenido de la demanda.

Admitida la demanda, el juez ordenará que se corra traslado de ella al demandado, demandados o en su caso el Ministerio Público, emplazándoles para que dentro del término común de seis días la **contesten bajo apercibimiento de tenerla por contestada en sentido afirmativo**, si el actor probase el hecho principal o la relación de trabajo. El demandado deberá contestar la demanda por escrito, observando la forma reglada para la misma, en lo que fuere aplicable. Se referirá a cada uno de los hechos alegados y documentos acompañados por el actor para reconocerlos o negarlos clara y categóricamente, bajo apercibimiento de tenerlos por reconocidos. Dicho traslado se hará entregado copia del libelo a los demandados. *Como puede notarse, el legislador estaba pensando en un actor trabajador, no en un posible actor empleador.*

El traslado de la demanda implica una carga procesal: el demandado (el legislador pensaba en el empleador) debe referirse a todos y cada uno de los hechos aseverados por el demandante para reconocerlos o negarlos clara y categóricamente, bajo apercibimiento de tenerlos por reconocidos. Debe además indicar las razones y hechos en los que funda su defensa.

El demandado al contestar la demanda, podrá deducir la reconvencción, siempre que el juez sea competente para conocer de ésta. No haciéndose entonces, le está prohibida deducirla después, salvo el derecho que podrá ejercer en otro juicio. La reconvencción se formulará en escrito separado de la contestación y deberá contener los mismos requisitos de la demanda principal. De ella se dará traslado por el término común de seis días al reconvenido y al Ministerio Público, en su caso. En adelante, se le substanciará simultáneamente y en igual forma que el asunto principal y se decidirá en la misma sentencia.

El demandado deberá oponer todas las excepciones que tuviere al contestar la demanda, observando las reglas para la promoción de la demanda, en lo pertinente. En el procedimiento laboral paraguayo sólo son admisibles como excepciones: a) La *incompetencia de jurisdicción*; b) La falta de personería de las partes o sus representantes; c) La litis pendencia en otro juez o tribunal competente; d) La cosa juzgada; e) La transacción; y f) La prescripción<sup>237</sup>. De las excepciones opuestas, se dará traslado al actor por el término de tres días, sin perjuicio de la facultad del juez para continuar el trámite si no lo evacuare.

Es facultad del Juez recibir la excepción a prueba por el término que considere suficiente, el cual no podrá exceder de diez días. Las mismas serán resueltas por el juez antes de la apertura del juicio a prueba. Decidirá en primer término la *incompetencia de jurisdicción* y si la acepta, no debe pronunciarse sobre las demás que hayan sido articuladas. Si el Juez desestima todas o alguna de las excepciones opuestas, cabe el recurso de apelación conjuntamente con la sentencia definitiva.

La audiencia de conciliación constituye la siguiente etapa del procedimiento laboral. Dentro de los tres días de contestada la demanda o la reconvencción y las excepciones en su caso o de transcurrido el término legal para hacerlo, el juez debe señalar fecha y hora para que las partes comparezcan personalmente en audiencia pública y preliminar de conciliación. En el día y hora señalados, el juez invitará a las partes para que en su presencia y **bajo su autoridad** traten de conciliarse. Si las partes llegaren a un acuerdo se deja constancia de los términos del mismo en un acta firmada por el juez y las partes, incorporándose a la sentencia con fuerza de cosa juzgada. Siendo parcial el acuerdo, se lo ejecutará en lo pertinente. En este caso, las pretensiones pendientes, serán tramitadas con sujeción al procedimiento de instancia. En cualquier momento que las partes manifiesten o el juez considere que el acuerdo no es posible, declarará clausurado el período conciliatorio, con lo cual quedará expedito el debate de la causa, dentro de los treinta días siguientes. A este efecto, el juez señalará las audiencias de trámite necesarias que se verificarán en forma ininterrumpida.

Esta audiencia de conciliación casi nunca se realiza. Ello es así porque el Código Laboral establece la irrenunciabilidad y la intransigibilidad de los derechos del

---

<sup>237</sup> La terminología, incorrecta desde el léxico de la ciencia del derecho procesal, es la utilizada por el Código Procesal del Trabajo de la República del Paraguay.

trabajador. Entonces, el empleador que se sabe obligado, prefiere prolongar en el tiempo, lo más que se pueda, el pago de las indemnizaciones debidas.

Puede suceder que en la audiencia de conciliación, el Juez tome conocimiento de ciertos hechos no aseverados por las partes en sus escritos de demanda y responde. Aquí el Juez tiene comprometida su imparcialidad, al tomar conocimiento POR SÍ, de hechos y circunstancias respecto de las cuales las partes no hicieron mención.

Todo abogado litigante sabe que la estrategia de defensa se basa en las aseveraciones vertidas por el demandante. Entonces, es peligroso para la estrategia de la defensa, que el mismo Juez que va a entender en el juicio principal intente conciliar a las partes.

Por mi parte, en dieciocho años de ejercicio de la abogacía en el fuero laboral, jamás he logrado una conciliación en el fuero laboral. Y tan sólo en una ocasión, el demandado concurrió a la audiencia.

La audiencia de discusión de la causa y posterior ofrecimiento de pruebas es la etapa siguiente. Esta audiencia es fundamental. Discutir la causa es depurar el procedimiento laboral para determinar exactamente cuáles hechos serán susceptibles de prueba y cuáles no.

Frustrado el avenimiento directo de las partes en la audiencia preliminar de conciliación, el juez debe designar día y hora para la discusión de la causa y recepción de las pruebas. Abierto el acto en presencia de las partes que concurran y del representante del Ministerio Público cuando deba intervenir, el juez dispondrá la lectura de la demanda y su contestación, y en su caso, de la reconvenición y excepciones deducidas por el demandado con las respectivas respuestas. Seguidamente, las partes ofrecerán sus pruebas, con exclusión de la instrumental, debiendo concretarlas a los hechos alegados en sus respectivos escritos que no hayan sido confesados llanamente por la parte a quien perjudique.

En la práctica forense, en la audiencia de discusión de la causa el Juez fija con las partes cuáles son los hechos admitidos, cuáles son los hechos controvertidos y posteriormente advierte que "sólo admitirá pruebas referentes a los hechos controvertidos"

Seguidamente se pasa a la recepción de las pruebas. Dentro de los tres días de clausurado el período de ofrecimiento, el juez declarará cuales son las pruebas admitidas, por ser conducentes y necesarias, y desechará las que estimare improcedentes o superfluas. Ordenará asimismo, todas las medidas indispensables para la práctica de las primeras. Señalará audiencias sucesivas, para el practicamiento de las pruebas admitidas y ordenará la agregación de los documentos presentados por las partes en la oportunidad legal prevista.

Señalé anteriormente que la audiencia de discusión de la causa es la etapa de depuración del procedimiento. Pues bien, a pesar de ello, en muchas ocasiones los

jueces del trabajo admiten pruebas que deberían ser desechadas, en virtud del “principio de amplitud probatoria<sup>238</sup>”.

Los medios confirmatorios de las alegaciones de las partes –llamados medios de prueba en nuestro código de procedimientos- son los siguientes: a) La confesión en juicio; b) Los instrumentos públicos y privados; c) La prueba pericial; d) La prueba de testigos; e) La inspección judicial; y f) Las presunciones. Fuera de los medios probatorios enumerados en el artículo, anterior, serán igualmente admisibles a criterio del juez, los que las partes propongan, siempre que no afecten a la moral ni a las buenas costumbres y *fuesen conducentes al esclarecimiento de la verdad*. Dichos medios quedarán sometidos a las reglas generales en cuanto a su ofrecimiento, recepción, diligenciamiento y valoración jurídica.

El Código establece la facultad del Juez del Trabajo de ordenar a costa de una de las partes o de ambas, según a quien o a quienes beneficie, el practicamiento de todas aquellas que a su juicio sean indispensables *para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos*, como careo de las partes entre sí o con los testigos y a éstos unos con otros, examen de documentos, objeto y lugares, personas u otros elementos de convicción. No obstante, cuando la ley exige determinada solemnidad, no se podrá realizar la prueba por otro medio.

Es característico del procedimiento laboral, el otorgar amplias facultades al juzgador, quien puede, entre otras cosas ordenar la comparecencia de las partes, a fin de interrogarlas libremente sobre los hechos controvertidos en cualquier estado del procedimiento, hasta la providencia de autos para sentencia, requerir oficiosamente la presentación de los libros laborales de tenencia obligatoria para el empleador, ordenar de oficio la prueba pericial, disponer los puntos de la pericia, modificar las preguntas particulares insertadas en los interrogatorios para los testigos, desechar las que fuesen inconducentes y agregar todas las que estime necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Puede asimismo ordenar oficiosamente el careo de testigos o constituirse hasta el domicilio de los mismos para tomarles personalmente la declaración. En síntesis, el Juez puede participar activamente en la producción de todos los medios de prueba admitidos.

La duración máxima del periodo probatorio –o etapa de confirmación procesal, hablando en términos correctos- es de veinte días, pudiendo las partes solicitar una suspensión del término para alegar y un periodo extraordinario de pruebas para diligenciar aquellas que, por causas no imputables a ellas, no se hayan diligenciado dentro del término ordinario.

La etapa de alegación es la última del procedimiento. Concluida la recepción de la prueba, las partes por intermedio de sus letrados podrán alegar –oralmente o por

---

<sup>238</sup> Técnicamente, el llamado “principio” de amplitud probatoria no es tal. Se trata de una regla técnica de la actividad de procesar, no de un principio. Para peor, es aplicar este seudo principio implica violar el debido proceso, puesto que se rompen claras y específicas reglas legales preestablecidas de qué es lo que se puede probar y qué no.

escrito- dentro del término común de seis días, exclusivamente sobre el mérito de las rendidas, exponiendo sus apreciaciones respecto de los hechos controvertidos.

Formulados los alegatos o transcurrido el término señalado para ello, el juez dictará la providencia de "Autos para Sentencia". Desde entonces, quedará cerrada toda discusión y no podrán presentarse más escritos ni producirse más pruebas, salvo las diligencias que el juez estimare necesarias para el mejor esclarecimiento de la verdad. Se llevarán a cabo dichas diligencias, en la misma forma que la promovida por las partes.

El Juez tiene ocho días de plazo para dictar la sentencia definitiva.

## 7. MANIFIESTA DESIGUALDAD DE LAS PARTES EN EL PROCEDIMIENTO.

La desigualdad de las partes litigantes es la regla del procedimiento laboral paraguayo. Naturalmente, esto va de contramano a lo dispuesto en la Constitución Nacional.

La desigualdad se manifiesta ya a partir de los artículos 7, 8 y 9, cuya normativa será transcrita a continuación, y se harán comentarios respecto de las mismas:

“La interpretación, aplicación e integración de las normas de este Código, se hará de acuerdo con el equidad, no sólo a expresar los fundamentos de los fallos, sino en la conducción general del procedimiento” (art. 7).

Antes que nada, debemos preguntarnos qué es la equidad. El prof. Luis P. Frescura y Candia nos enseña que *la equidad es un criterio de justicia no recibido por el derecho escrito, que se aplica para moderar el rigor legal y adaptar las normas generales a los casos particulares y concretos, previa apreciación de las diversas circunstancias computables*<sup>239</sup>.

Cuando el legislador pensó en “la equidad”, lo hizo teniendo en mente al litigante trabajador, no al litigante empleador. Aquí se pretende atemperar el rigor de las normas cuando el trabajador pierde el juicio, para evitarle la imposición de costas, sin que se haga lo mismo cuando el perdidoso es el empleador, aun cuando el derecho invocado sea dudoso. Se utiliza este criterio de equidad para atemperar la rigurosidad del procedimiento en los actos procedimentales del trabajador, no así en los del empleador. Aquí ya nos adentramos en el peligroso terreno de la parcialidad y la arbitrariedad (en la mayoría de los casos, inconsciente, por parte de los jueces del trabajo).

“En caso de duda respecto de la interpretación de este Código, se optará por la más favorable al trabajador” (art. 8).

Esta regla la encontramos también en el Código Laboral, en cuyo artículo 7 se expresa: *Si se suscitase duda sobre interpretación o aplicación de las normas de trabajo,*

<sup>239</sup> Frescura y Candia, Luis Patricio. Introducción a la ciencia jurídica. (Estudios fundamentales de doctrina y legislación) Segunda Edición ampliada. Volumen I. Pág. 50

*prevalecerán las que sean más favorables al trabajador.* En latín se conoce esta regla como *“in dubio pro operarii”*

Ésta es una regla de juzgamiento, es decir, si una vez procesado el litigio, existen dudas respecto de la interpretación o aplicación de las normas, debe necesariamente sentenciar en favor del trabajador. En materia penal también tenemos la regla *“in dubio pro reo”*. Cosa distinta es *procesar* en favor de una de las partes. Por eso esta regla jamás puede estar contenida en el Código de Procedimientos. La igualdad de las partes debe ser la regla, nunca la desigualdad.

La siguiente frase, acuñada por el maestro Adolfo Alvarado Velloso, sintetiza la esencia de la igualdad procesal: *“todo lo que una parte diga o haga, debe ser puesta a conocimiento de la otra para que ésta diga o haga lo que quiera al respecto”*

*“El error de derecho del trabajador es excusable para ser exonerado de las cargas procesales, cuando a juicio del juez o tribunal, pudo razonablemente considerarse con derecho a litigar, pero no para eximirse del cumplimiento de sus obligaciones legales o convencionales (art. 9)”*.

Esta regla carece de sentido, ya que el trabajador litiga bajo patrocinio letrado o mediante mandatario. Nunca un trabajador se ha presentado él sólo ante un Juez a exponer su demanda. De hecho, el art. 6 de la Ley N° 1376/88 dispone que *“Es obligatorio el patrocinio de abogado en todo asunto propio, judicial o administrativo. La representación por mandato será ejercida por abogado o procurador matriculado. Ni los jueces o tribunales, ni las autoridades administrativas, darán curso a presentación alguna que no se ajuste a lo dispuesto en este artículo”*.

Aquí, el Código excusa el error de derecho del letrado, no el error del trabajador. Y esto es inadmisibile, puesto que un profesional matriculado se supone versado en derecho. No puede excusársele sólo por representar a una de las partes del procedimiento.

Pero hay algo más entre líneas. acá saben lo que me está diciendo entre líneas el código procesal del trabajo – *“todos los abogados laboristas que trabajan para los trabajadores son unos tontos, razón por la cual el juez tiene que hacer el trabajo de ellos, porque el abogado inútil, tonto e insensato, que no estudió ni se formó debidamente, omite representar debidamente al trabajador. Por eso, el juez tiene que salir con la vara de la justicia a hacer justicia y suplir la omisión de ese tonto y mal abogado. Esta norma constituye, a nuestro criterio, un insulto a los profesionales del derecho.*

El Código Procesal contiene otra regla grotesca, de grosera parcialidad y absoluta inconstitucionalidad. Es la norma que autoriza al juez a violar las reglas de la congruencia procesal, pero siempre en favor del trabajador. Veamos:

*El juez podrá en la sentencia: a) Ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones mayores que las pedidas por el trabajador, supliendo la omisión de éste, cuando quedare demostrado que son inferiores a las que le corresponden de conformidad con la ley, y*

*siempre que no hayan sido pagadas; y b) Aunque el trabajador no lo pida, condenar al empleador cuando esté debidamente probado en juicio que no ha dado cumplimiento a obligaciones legales o contractuales (art. 229).*

Recordemos que en el procedimiento laboral, en la audiencia de discusión de la causa, hemos fijado hechos admitidos, los controvertidos, y en ese momento el juzgador señaló a las partes que sólo admitirá pruebas sobre los hechos controvertidos. Es decir, claramente señaló que no permitirá probar otros hechos que los fijados como controvertidos en esa audiencia. ¿Y cómo es posible entonces que el empleador pueda probar que sí ha dado cumplimiento a sus obligaciones legales y contractuales? Graficando esta idea, diremos que en el juicio de Pedro trabajador contra Pablo empleador, discutimos como hechos controvertidos "A", "B" y "C". Pablo sólo puede ofrecer y producir pruebas sobre estos hechos. Pero luego resulta que, en virtud de esta norma y como consecuencia de resultar perdedor, es condenado a pagar A, B, C, D, y E.

Se nota claramente en el ejemplo propuesta, la notable desigualdad y grosera inconstitucionalidad de la norma mencionada por la violación del derecho a la defensa en juicio.

## 8. INCONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO.

La Constitución de la República del Paraguay establece el derecho a la inviolabilidad de la defensa en juicio, amén del derecho de todos los ciudadanos de ser juzgados por jueces competentes, independientes e imparciales (art. 16).

Establece además los siguientes derechos procesales: "En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: 1) que sea presumida su inocencia; 2) que se le juzgue en juicio público, salvo los casos contemplados por el magistrado para salvaguardar otros derechos; 3) que no se le condene sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, ni que se le juzgue por tribunales especiales; 4) que no se le juzgue más de una vez por el mismo hecho. No se pueden reabrir procesos fenecidos, salvo la revisión favorable de sentencias penales establecidas en los casos previstos por la ley procesal; 5) que se defienda por sí misma o sea asistida por defensores de su elección; 6) que el Estado le provea de un defensor gratuito, en caso de no disponer de medios económicos para solventarlo; 7) la comunicación previa y detallada de la imputación, así como a disponer de copias, medios y plazos indispensables para la preparación de su defensa en libre comunicación; 8) que ofrezca, practique, controle e impugne pruebas; 9) que no se le opongán pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas; 10) el acceso, por sí o por intermedio de su defensor, a las actuaciones procesales, las cuales en ningún caso podrán ser secretas para ellos. El sumario no se prolongará más allá del plazo establecido por la ley, y a 11) la indemnización por el Estado en caso de condena por error judicial. (Art. 17)

Nuestra Carta Magna no establece en ninguna de sus normas, la obligación del juez de hacer justicia, o de hacer primar el derecho sustancial por sobre el procesal, disposición que sí contienen las Constituciones de Colombia y del Perú.

No obstante ello, los Códigos de Procedimiento establecen reglas que no se ajustan a las prescripciones constitucionales. Por ejemplo, tenemos demasiadas reglas que comprometen la imparcialidad del juzgador.

Tradicionalmente se enseña que la imparcialidad es la ausencia de interés del juzgador en el resultado del pleito. Es decir, al juez no le importa quien resultará ganancioso o perdidoso.

Pero la imparcialidad no consiste solo en esa asepsia espiritual. La imparcialidad es también funcional, hace al rol que desempeña el juez en el proceso, y no solo en su desinterés en la suerte de los litigantes.

El Dr. Adolfo Alvarado Velloso denomina IMPARTIALIDAD a esta imparcialidad funcional del juzgador.

La IMPARTIALIDAD es la IMPARCIALIDAD FUNCIONAL. Significa que el JUEZ NO ES PARTE, y por ende, no hace el trabajo de las partes.

Así como las partes no pueden hacer las tareas propias del juzgador, el juez **no debería estar facultado** a realizar tareas que son propias de las partes.

Las normas que facultan al juzgador a realizar tareas propias de las partes, **comprometen** SU imparcialidad.

No solo comprometen la imparcialidad, sino que pueden constituir en una sobrecarga innecesaria e inhumana de trabajo, y **lo expone a la influencia de factores ajenos** a la Administración de Justicia.

Cuando los códigos de procedimiento le otorgan a los jueces facultades oficiosas, comprometen, quíeránlo o no los jueces, la imparcialidad garantizada por la Constitución Nacional a los ciudadanos, porque hacen el trabajo que corresponde a las partes.

Analícemos algunos casos:

La prueba confesoria viola el art. 18 de la Constitución Nacional (*Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge o contra la persona con quien está unida de hecho, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad inclusive.*)

La disposición oficiosa de la prueba pericial viola el art. 17 inciso 8 de la Constitución Nacional. Cuando el juez oficiosamente ordenó la prueba pericial, ¿cómo controlan las partes los puntos de pericia? Si una parte considera necesario cuestionar los puntos de pericia determinados por el Juez, ¿se animaría el abogado a formular cuestionamientos a quien tiene que resolver el caso?

El art. 181 del Código Procesal del Trabajo viola el mismo inciso anterior. “Es potestativo del juez respecto del pliego presentado, modificar las preguntas particulares insertadas, desechar las que fuesen inconducentes y agregar todas las que estime necesarias para el esclarecimiento de los hechos controvertidos”. ¿Cómo le digo al Juez que sus preguntas son inconducentes o impertinentes? Y si no lo hago ¿cómo garantizo el derecho de mi representado de ofrecer, controlar e impugnar pruebas?

La norma mencionada anteriormente, que autoriza al juez a violar la regla de la congruencia, pone en absoluta indefensión al empleador.

En apretada síntesis, cada vez que una norma faculta al juez a realizar actos procedimentales que naturalmente corresponde a las partes, la imparcialidad prometida por la Constitución se encuentra comprometida.

## **9. CONCLUSIONES.**

El procedimiento debe ser revisado a profundidad. No puede mantenerse vigente un Código del año 1962, concebido para reglar relaciones jurídicas absolutamente distintas a las que se presentan hoy en día.

Es necesario corregir los errores conceptuales, y es necesario llamar a las cosas por su nombre, para no encontrarnos en “la torre de Babel” cuando queremos estudiar o conocer el derecho.

Debe cambiarse la concepción de que el trabajador siempre tiene la razón y el derecho lo asiste, por su sola condición de tal.

Este Código institucionaliza la mentira, pues en la tramitación lo que menos importa es la búsqueda de la verdad real.



# LAS NULIDADES (NULLITIES) NULIDADES CIVILES Y PROCESALES (PROCEDURAL AND CIVIL RIGHTS NULLITIES)

ABOGADA VERÓNICA M. SARUBBI ROA.<sup>240</sup>

## SUMARIO

**1. Introducción. 2. Nulidad. Definiciones 3. Nulidad Procesal 4. Nulidad Civil 5. Diferencia de la Figura de Nulidad en el Derecho Civil y en el Derecho Procesal Civil. 6. Derecho procesal y sus diferentes graduaciones. 7. Requisito de procedencia de la Nulidad Procesal.**

## RESUMEN

Siempre que exista un quiebre en la estructura que haga al debido proceso se da al momento de su otorgamiento y pueden deberse al sujeto, objeto, forma en el Derecho Procesal, o bien realizado en forma libre, voluntaria y con las debidas formalidades en el Derecho Civil.

La función específica de la nulidad no es asegurar el cumplimiento de las formas, sino de los fines asignados a estas por el legislador.

La teoría de la Nulidad es de carácter general a todo el Derecho y no particular a cada una de sus ramas.

Mencionaremos una vez que las nulidades procesales se clasifican en: actos anulables, actos nulos y actos inexistentes.

En el derecho civil impera la regla Romana, por la cual "*quod nullum est nullum producit efecto*"<sup>241</sup>. En principio no son aplicables a los actos procedimentales las normas contenidas en el Código Civil.

## ABSTRACT

Whenever there is a disruption in the due process, we have a void that must be declared by the Judge. This failure occurs at the time of granting, and it can be due to

---

<sup>240</sup> Abogada y Notaria egresada de la Universidad Nacional de Asunción (Promociones 2005 y 2006) respectivamente. Magister en Derecho Procesal, egresada de la Universidad Nacional de Rosario (año 2013). Desde el 2008 al 2013 dictó clases como titular en la Materia Derecho Civil Personas. En el año 2010 publicó sobre el tema de Nulidades Procesales en la Revista Jurídica de la Universidad Católica de Asunción, edición XIX-MMX. verosarubbi@hotmail.com

<sup>241</sup> Lo que es nulo no produce ningún efecto

the subject, the object, or to the form in the Procedural Law; or it may be carried out freely, voluntarily and with the due formalities of the Civil Law.

The specific function of nullity is not to ensure the compliance of the forms; instead, it is to ensure the compliance of the purposes assigned to the form by the legislator.

The theory of Nullity is general to the Law; it is not particular to each of its branches.

Procedural nullities are classified in voidable acts, invalid acts, and nonexistent acts.

In Civil Rights, the Roman norm "*quod nullum est nullum producit efecto*<sup>242</sup>" is imperative. In principle, the rules contained within the Civil Code are not applicable to procedural acts.

## **PALABRAS CLAVES**

**Nullidad. Nulidad procesal. Nulidad Civil.**

## **KEY WORDS**

**Nullity, Procedural Nullity, Civil Nullity.**

## **INTRODUCCION**

Es ampliamente compartida la opinión que las nulidades tienen por objeto la ineficacia de un acto jurídico como consecuencia de carecer de las condiciones necesarias para su validez.

El presente Artículo tiene por misión dar a conocer al lector en forma didáctica la figura de la Nulidad Procesal y en especial la diferencia que existe en Materia de Nulidades en el campo substancial como en el campo procesal.

En los primeros tiempos del Derecho Romano se trataba de una nulidad radical o de pleno derecho. Por lo mismo que la nulidad podía ser invocada por cualquier interesado, el acto no era susceptible de confirmación.

En la actualidad al iniciar la pretensión la parte nulidicente debe señalar concretamente en el escrito de promoción de nulidad el perjuicio concreto que el acto impugnado le causa y el interés que busca proteger con su declaración.

---

<sup>242</sup> That which is null does not produce effects.

## NULIDAD. DEFINICIONES.

Del latín “*nullitas*” significa negación de la esencia, del ser; proviene del adjetivo “*nullus-a-um*”, que quiere decir nulo, ninguno, que no es.

Entendemos por definición de Nulidad: Ineficacia de un acto jurídico como consecuencia de carecer de las condiciones necesarias para su validez, sean ellas de fondo o forma; o como dicen otros autores, vicio que adolece un acto jurídico si se ha realizado con violación u omisión de ciertas formas o requisitos indispensables para considerarlo como válido<sup>243</sup>.

Esta definición de Ossorio es bastante clara al expresar que existe nulidad tanto en el Derecho Civil como el Derecho procesal. Ahora bien los presupuestos que se deben dar tanto en uno como en otro distintos.

Definición de nulidad procesal según Luis Maurino: Nulidad procesal es el estado de anormalidad del acto procesal, originando en la carencia de alguno de sus elementos constitutivos, o en vicios existentes sobre ellos, que potencialmente lo coloca en situación de declararlo judicialmente inválido.

A entender del Dr. Alvarado Velloso Nulidad es la sanción (repito que utilizo el vocablo con una significación muy genérica) que priva de los efectos (eficacia) a un acto procedimental en cuya estructura no se han guardado los elementos ejemplares del modelo, en tanto ellos constituyen garantía de los derechos justiciables<sup>244</sup>

Soy del criterio de que la Nulidad es la sanción impuesta por ley cuando se ha violado u omitiendo las formas por ella pre-ordenadas para la realización de un acto jurídico al que se priva de producir sus efectos normales.

Siempre que exista un quiebre en la estructura que haga al debido proceso estamos ante una nulidad que debe ser declarada por el Juez. Esta falla se da al momento de su otorgamiento y pueden deberse al sujeto, objeto, forma en el Derecho Procesal, o bien realizado en forma libre, voluntaria y con las debidas formalidades en el Derecho Civil.

La función específica de la nulidad no es asegurar el cumplimiento de las formas, sino de los fines asignados a estas por el legislador.

La teoría de la Nulidad es de carácter general a todo el Derecho y no particular a cada una de sus ramas.

Las normas del Derecho Procesal son de Derecho público en determinados aspectos las nulidades tendrán lugar de modo distinto que en el Derecho Substancial.

---

<sup>243</sup> OSSORIO, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*.

<sup>244</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo, IRUN CROSKEY, Sebastian, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, ed. La ley Paraguaya, año 2010 p.255

## IRREGULARIDAD DEL ACTO PROCEDIMENTAL.

Como resultado de su comparación con el acto modelo patrón, varias pueden ser irregularidad de un acto procedimental: las que afectan a su admisibilidad, a su validez, a su eficacia, a su eficiencia y a su oponibilidad.<sup>245</sup> Entendemos que el acto procesal sigue un conjunto de reglas que hacen al debido proceso. Cuando se quebrantan las formas, estamos ante una nulidad o violación del debido proceso. Así existen graduaciones de diferentes Nulidades Procesales como acabamos de ver.

Resulta menester descomponer lógicamente el acto procedimental en tres elementos posibles: el sujeto que lo realiza, el objeto que procura y la actividad que necesariamente él efectúa para lograrlo.<sup>246</sup>

## NULIDAD PROCESAL

El Derecho Procesal es una rama del Derecho Público y queda por ende, diferenciado peculiarmente del Derecho Privado por esta circunstancia lo cual hace que sus normas busquen sobre toda la afirmación del interés público con una marcada prevalencia del poder del Estado, peculiaridad que fundamenta su autonomía en la teoría de las nulidades procesales, que vienen a tener su apoyo en la Constitución.

Dos sistemas antagónicos regulan el tema: el que detalla en inventario exhaustivo (y generalmente taxativo) el posible elenco de sancionables (ej. los códigos de Brasil, Chile y Panamá) y el que se concreta a establecer grandes directrices generales en las cuales debe encuadrar el caso concreto (aquí tenemos el código Argentino y Paraguayo). Este grupo no presenta inventario alguno sino que otorga pautas de suficiente latitud para que el juez aprecie en cada caso concreto si cabe o no declarar la nulidad. Tales pautas están contenidas en reglas que doctrinalmente reciben las denominaciones de *especificidad, finalismo, trascendencia, protección, subsanación y conservación*.<sup>247</sup> Estos son presupuestos que deben darse en el momento de solicitar la Nulidad. Son principios procesales que por la brevedad del artículo no cabe detallar.

**Existen presupuestos procesales que tornan valido y eficaz al acto:** Son requisitos o circunstancias relativos al proceso o, más depuradamente, supuestos previos que necesariamente han de darse para constituir una relación jurídica procesal, regular y válida. Hasta aquí tenemos una idea de cómo debe ser el acto procesal válido. Sabemos lo que debe ser, para luego hacer una comparación de lo que no debe ser.

**La nulidad procesal** es la privación de efectos imputada a los actos del proceso que adolecen de algún vicio en sus elementos esenciales y que por ello carecen de aptitud para cumplir el fin al que se hallan destinados<sup>248</sup>.

---

<sup>245</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo, IRUN CROSKEY, Sebastián, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, ed. La ley Paraguaya, año 2010 p.252

<sup>246</sup> Op. Cit p.252

<sup>247</sup> Op.cit p.255

<sup>248</sup> PALACIO, Lino Enrique, *Manual de Derecho procesal civil tomo V*, ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 2º impresión, año 1980, p.332

Siendo el Derecho procesal un conjunto de formas dadas de antemano por el orden jurídico, mediante las cuales se hace juicio, la nulidad consiste en el apartamiento de ese conjunto de formas necesarias establecidas por la ley.

En cuanto al punto referente a la Nulidad Procesal, la autora manifiesta disidencia con lo establecido en el Art. 113 Código Procesal Paraguayo que refiere: *“Nulidades declaradas de oficio: La Nulidad declarada de oficio, cuando el vicio impida que pueda dictarse válidamente sentencia definitiva...”* sic, al respecto soy de la opinión que el Juez no es parte en el proceso, por tanto no puede tener interés alguno en la sentencia, ni intervenir subsanando errores que una de las partes no ha reclamado y por tanto no han interpuesto por la vía procesal correspondiente la nulidad y por sobre todo en la etapa procesal oportuna la vía para subsanarla. Entiéndase bien, el Juez no es parte, ni puede intervenir subsanando errores, pues ello sería tomarse atribuciones que no le corresponden.

Comparto la postura de Luis Irún Brusquetti que manifiesta que todas las nulidades de procedimiento son relativas y quedan subsanadas cuando no se reclama su reparación en la misma instancia en que el defecto se haya cometido. Por consiguiente, en Paraguay, los jueces no pueden declarar de oficio la nulidad de un acto procesal aunque afecte las formas substanciales del procedimiento.

Nulidad a pedido de parte: Solo puede invocar la nulidad quien no la haya provocado o sea culpable de que ella se haya producido. Instituyo la máxima *“Nadie puede alegar su propia torpeza”*<sup>249</sup>

## NULIDAD EN EL DERECHO CIVIL

En el derecho civil impera la regla Romana, por la cual *“quod nullum est nullum producit efecto”*<sup>250</sup>. En principio no son aplicables a los actos procedimentales las normas contenidas en el Código Civil.

Desde la óptica del derecho sustancial o civil, la nulidad es una sanción legal, expresa, implícita o virtual que priva de sus efectos propios al actor jurídico, por contener fallas en su estructura originaria (sujeto, objeto, forma) que lo torna inidóneo (no válido), desde el punto de vista estructural<sup>251</sup>.

Para que el acto jurídico Civil sea válido debe cumplir indefectiblemente con ciertas formalidades estructurales que lo tornan válido.

Así un contrato si no cumple con la formalidad de realizarse entre presentes no es válido en su estructura, Art.699 Código Civil Paraguayo inc. a)

<sup>249</sup> CALDERON ,Ivan A. *Nulidades procesales y relatividad de la cosa juzgada*, Ed. Jurídica Cuyo, Argentina, año.1995 p.43

<sup>250</sup> Lo que es nulo no produce ningún efecto

<sup>251</sup> BRUSQUETTI, Luis Irún, *vicios de los actos jurídicos*, ed. Intercontinental, Paraguay, año.2000y p.223

Traigamos a colación el Art.357 del mismo cuerpo legal: *“es nulo el acto jurídico: a) cuando lo hubiere realizado un incapaz de discernimiento...”*sic. En este apartado notamos a todas luces que el acto civil es nulo de toda nulidad ya que carece de un requisito esencial cual es la “voluntad” de las partes. Claro que la ley se toma los recaudos y esa incapacidad debe ser declarada judicialmente e inscripta en el Registro civil de las personas.

## **DIFERENCIA DE LA NULIDAD EN EL DERECHO CIVIL Y EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL**

**DERECHO PROCESAL:** Los vicios de los actos jurídicos en general, como ser: error, dolo y violencia no pueden aplicarse al proceso en toda su extensión porque de lo contrario los litigantes podrían procurar la reparación de errores, deficiencias y omisiones que les perjudican invocando falta de intención con lo cual el litigio se complicaría en su sustanciación y dilataría en cuanto al tiempo.

No deben confundirse los vicios de los actos procesales (Derecho Procesal) con los que pueden afectar los Actos jurídicos materiales (Derecho Civil), como los vicios del consentimiento, señalados en el Código Civil.

El acto procesal se rige por formalidades, el cumplimiento depende del Juez. Aquí no se entra a analizar el fondo y la intención del sujeto al realizar el acto, más bien se ocupa de corroborar si lo planteado corresponde al tiempo y forma y demás requisitos extrínsecos exigidos.

Las Nulidad procesal se dividen en:

- Actos inexistentes. (Según algunos autores)
- Actos Nulos
- Actos Anulables

Todas las Nulidades son relativas y deben reclamarse en la instancia en que se produjeron dentro del plazo de ley.

**DERECHO CIVIL:** Los actos nulos en el Derecho Civil se dividen en:

- Actos Nulos
- Actos Anulables

A diferencia de los actos nulos, los actos anulables pueden ser confirmados. Reza el Art.359Código Civil Paraguayo *“Cuando el acto es nulo, su nulidad debe ser declarada de oficio por el Juez, si aparece manifiesta en el acto, o ha sido comprobada en el juicio.”* sic. Cuando el acto es anulable no podrá procederse sino a instancia de las partes designadas por ley.

No debe confundirse nulidades civiles con las procesales. Estas forman un sistema totalmente distinto, que tiene como sujeto la preclusión.

Las Nulidades Civiles pueden ser: absolutas y relativas.

Las Nulidades Procesales son **siempre relativas** ya que por inacción de las partes pueden convalidarse.

## DERECHO PROCESAL Y SUS DIFERENTES GRADUACIONES

Mencionaremos una vez que las nulidades procesales se clasifican en: actos anulables, actos nulos y actos inexistentes.

Ya hemos mencionado un progreso en el área procesal, pues se logra en el carácter de implicancia que tiene la relación nulidad vs. Gravedad de la falta, de manera que es factible encontrar una serie que parte de la “irregularidad forma” para ir hacia la nulidad y culminar con la eventual inexistencia.

Cabe detenernos a analizar la Inexistencia ya que el perjuicio que ocasiona es en el caso de proceder es enorme.

Si bien en general se acepta el principio de que las nulidades procesales son relativas y por tanto siempre convalidables, no debe olvidarse que existe las llamadas nulidades substanciales como en los casos de dolo, violencia, violación evidente de la garantía de la defensa en juicio que no pueden ser subsanadas y que hacen que el acto sea afectado por ella y sea considerado inexistente<sup>252</sup>. Particularmente no comparto esta hipótesis ya que al respecto existe la Nulidad Absoluta y no se debe olvidar que todas las nulidades procesales son subsanables. Si se da la figura de la Inexistencia esta nulidad no sería subsanable bajo ningún concepto y la relatividad de la nulidad procesal no procedería. Los peruanos la denominan la Nulidad Virtual.

## REQUISITO DE PROCEDENCIA DE LA NULIDAD PROCESAL

Estos son presupuestos que debe tomar en cuenta el Juez al momento de fundamentar la sentencia.

- 1.- La nulidad debe estar prevista en la ley (Principio de especificidad o legalidad), contemplada el Art. 111, 1ª parte Código Procesal Civil<sup>253</sup>.
- 2.-El acto debe carecer de un requisito formal o material indispensable para obtener su finalidad. Art.111, 2º parte Código Civil

---

<sup>252</sup> TELECHEA SOLIS, Antonio, *Nulidades en el Proceso Civil, el Recurso de Nulidad, Acción Autónoma de Nulidad*. Ed. Intercontinental. Paraguay p.50

Art. 111CPC.- *Procedencia de la nulidad. Ningún acto del proceso será declarado nulo si la nulidad no está conminada por ley. Podrá, no obstante, pronunciarse la nulidad, si el acto carece de un requisito formal o material indispensable. Si el acto ha alcanzado su fin, aunque fuere irregular, no procederá su anulación.*

<sup>253</sup> **Art. 111.- Procedencia de la nulidad.** Ningún acto del proceso será declarado nulo si la nulidad no está conminada por ley. Podrá, no obstante, pronunciarse la nulidad, si el acto carece de un requisito formal o material indispensable. Si el acto ha alcanzado su fin, aunque fuere irregular, no procederá su anulación

3.-La parte que solicita la nulidad no debe haber contribuido a la nulidad, salvo que la ley establezca la Nulidad de Oficio. Art.112Código Procesal Civil<sup>254</sup>

Art. 112CPC.- Pronunciamiento de la nulidad. La nulidad solo será declarada a instancia de la parte perjudicada por el acto viciado, si no contribuyo a este, salvo los casos en que la ley establezca la nulidad de oficio.

4.- El acto debe haber ocasionado un perjuicio efectivo al solicitante y éste debe tener interés legítimo en la declaración.

## CONCLUSION

En cuanto al punto referente a la Nulidad Procesal, la autora manifiesta disidencia con lo establecido en el Art. 113Código Procesal Civil<sup>255</sup> que refiere: *“Nulidades declaradas de oficio: La Nulidad declarada de oficio, cuando el vicio impida que pueda dictarse válidamente sentencia definitiva...”* sic, al respecto la autora es de la opinión que el Juez no es parte en el proceso, por tanto no puede tener interés alguno en la sentencia, ni intervenir subsanando errores que una de las partes no ha reclamado y por tanto no han interpuesto por la vía procesal correspondiente la nulidad y por sobre todo en la etapa procesal oportuna la vía para subsanarla. Entiéndase bien, el Juez no es parte (imparcial), ni puede intervenir subsanando errores, pues ello sería tomarse atribuciones que no le corresponden.

La declaración de nulidad es un remedio excepcional último al que debe recurrirse cuando no queda otro remedio para subsanarla. A criterio de la autora existe la necesidad de declarar actos jurídicos válidos, pero más imperioso será declarar **actos firmes**. Esto es un beneficio de la estabilidad jurídica, principio sobre el cual descansa todo el proceso.

## LISTA DE REFERENCIA (LIBROS CITADOS)

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, IRUN CROSKY, Sebastian, *“Lecciones de Derecho Procesal Civil”*, ed. La ley Paraguaya, año 2010
- BRUSQUETI, Luis Irún, *“Vicios de los actos jurídicos”*, ed. Intercontinental, Paraguay año.2000
- CALDERON, Ivan A. *“Nulidades procesales y relatividad de la cosa juzgada”*. Ed. Cuyo, Argentina, año 2005
- CODIGO PROCESA CIVIL PARAGUAYO, Ley N°1337 año 1988
- CODIGO CIVIL PARAGUAYO, ley N° 1295/1998 ed. Intercontinental, año 2000
- OSSORIO, Manuel, *“Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales”*, ed. Heliasta SRL, año 1991
- PALACIO, Lino Enrique, *“Manual de Derecho procesal civil” tomo V, ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 2° impresión, año 1980*
- TELECHEA SOLIS, Antonio, *“Nulidades en el Proceso Civil, el Recurso de Nulidad, Acción Autónoma de Nulidad”*. Ed. Intercontinental. Paraguay

<sup>254</sup> **Art.112.- Pronunciamiento de la nulidad.** La nulidad solo será declarada a instancia de la parte perjudicada por el acto viciado, si no contribuyo a este, salvo los casos en que la ley establezca la nulidad de oficio.

<sup>255</sup> **Art. 113.- Nulidades declarables de oficio.** La nulidad será declarada de oficio, cuando el vicio impida que pueda dictarse válidamente sentencia definitiva, y en los demás casos en que la ley lo prescriba

## **AUTORES INTERNACIONALES**



# MEDIDAS CAUTELARES INTERNACIONALES. ASPECTO CONFLICTIVO DE JURISDICCIÓN.

POR ALEJANDRO A BAÑOL B.<sup>256</sup>

*“Más cuesta mantener el equilibrio de la libertad que soportar el peso de la tiranía.”*

**Simón Bolívar**

*Sumario: Resumen. Introducción. 1. Las medidas cautelares y el caso Petro. 2. Otras medidas cautelares proferidas por la CIDH 3. Conclusiones 4. Bibliografía.*

## RESUMEN

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es una institución que puede válidamente acoger la petición de cualquier ciudadano del sistema interamericano de derechos humanos, para que le sean concedidas medidas cautelares en defensa y protección de sus derechos fundamentales. Es claro que, en caso de ser concedidas esas medidas cautelares por la CIDH obligan a los Estados miembros y así ha sido reconocido por nuestra Corte Constitucional, pues carece de sentido que un organismo de Justicia Internacional ordene una protección y el Estado no la cumpla.

## ABSTRAC

The Inter-American Commission on Human Rights, is an institution that can validly accept the request of any citizen of the inter-American human rights system, that will be granted precautionary measures in defense and protection of their fundamental rights. Clearly, if these injunctions be granted by the Commission require Member States and has been recognized by our Constitutional Court, lacking a sense of agency International Justice ordered the state protection and not complying.

## Introducción

El caso Petro es paradigmático por cuanto ha demostrado la fragilidad del sistema publicista o activista adoptado en las esferas disciplinarias y judiciales Colombianas con claro basamento antidemocrático e inquisitivo en nuestra República,

---

<sup>256</sup> Abogado Especializado, Maestrando y Doctorando de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). abanol@hotmail.com

a pesar que desde 1991, se tiene establecido en el art. 93 de la Carta Política (PINILLA PAEZ, 2014), el respeto y prevalencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha puesto a la persona humana (CALVINHO, 2012) en su centro.

El ensayo describe de manera general lo acontecido institucionalmente con el caso Petro, sin profundizar en las causas generadoras del mismo, para evidenciar la crisis institucional que amerita una Reforma Constitucional para resolverla democráticamente. A manera de conclusión se considera que deben cesar las actuaciones de funcionarios como es el caso del Procurador General de la Nación, sin control en el ejercicio del poder disciplinario.

### 1. LAS MEDIDAS CAUTELARES<sup>257</sup> Y EL CASO PETRO.

¿Cómo lograr resolver la tensión entre la justicia pronta y un proceso que garantice el derecho a la defensa?

El instrumento de las medidas cautelares trata de resolver el problema entre una pronta y cumplida justicia de una parte y la falta de aptitud del proceso que dé cuenta de una providencia definitiva que, de otra parte, garantice el derecho a la defensa y debido proceso.<sup>258</sup>

“La jurisdicción ha de tener unos límites y hoy por hoy estos son inseguros. La jurisdicción tiene que controlar pero no reemplaza todos los controles, ni asumir todos los roles. La jurisdicción que juzga, que acusa, que gobierna y administra, termina deslegitimándose”. (MEJIA ESCOBAR, Carlos Eduardo, 2003, págs. 19-23)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos hoy ejerce jurisdicción gracias al reglamento expedido en 2013, situación que antes estaba en cabeza de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la nueva reglamentación señala :

“El mecanismo de medidas cautelares se encuentra previsto en el artículo 25 del reglamento de la CIDH para que en situaciones de gravedad y urgencia, la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares para prevenir daños irreparables a las personas o al objeto del proceso en conexión con una petición o caso pendiente, así como a personas que se encuentren bajo su jurisdicción, en forma independiente de cualquier petición o caso pendiente.”

(<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/reglamentoCIDH.asp>, 2013)

Estas medidas pueden ser de naturaleza individual o colectiva y tiene como finalidad prevenir un daño irreparable a las personas, debido a su vínculo con una organización, grupo o comunidad de personas determinadas o determinables.

---

<sup>257</sup> Las medidas cautelares pueden ser nominadas si están expresamente contempladas por el legislador en la ley. O Innominadas si el legislador no las expresó pero otorgó facultades discrecionales al Juez para aplicarlas cuando lo considere procedente en cualquier momento y proceso.

<sup>258</sup> Sobre el tema puede consultarse el libro de Adolfo Alvarado Velloso, las cautelas procesales. Crítica a las medidas precautorias. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. 2010; Ponencia de Jairo Parra Quijano denominada Medidas Cautelares Innominadas presentada en el XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Editorial Universidad Libre. Bogotá. 2013 .pág. 301-318; Piero Calamandrei. Providencias cautelares. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1984.

Para la CIDH está claro que el número de medidas cautelares otorgadas no refleja el número de personas protegidas mediante su adopción; el Reglamento indica que el otorgamiento de esas medidas y su adopción por el Estado no constituirá prejuzgamiento sobre la violación de los derechos protegidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos aplicables.

Un avance importante sobre el principio de legalidad se logró el 1° de agosto de 2013<sup>259</sup> cuando entró en vigor el Reglamento modificado de la CIDH y se estableció que “las decisiones de otorgamiento, ampliación, modificación y levantamiento de medidas cautelares serán emitidas mediante resoluciones fundamentadas”.

Respecto del poder cautelar es claro para el Garantismo Procesal no aceptar las medidas cautelares indeterminadas, innominadas e indefinidas. Alvarado Velloso considera que: “ A partir de la década de los años 50, cuando el legislador traspasó parte de sus facultades a los jueces, los dotó de poderes extraordinarios que, hasta entonces, rara vez habían tenido , tolerando de ahí en más lo que para el garantismo procesal ha pasado a ser a todas luces una inadmisibile y peligrosísima discrecionalidad judicial.” (ALVARADO VELLOSO, 2010, págs. 18,167)

En Colombia, se presentó por primera vez el otorgamiento de medidas cautelares (derechos políticos) en el caso PETRO contra Colombia, cuando mediante Resolución MC 374 de 2013, **la CIDH requirió a Colombia para que suspendiera inmediatamente los efectos de la decisión de 9 de diciembre de 2013, emitida y ratificada por la Procuraduría General de la Nación el 13 de enero de 2014, a fin de garantizar el ejercicio de los derechos políticos del señor Gustavo Francisco Petro Urrego y pueda cumplir con el periodo para el cual fue elegido como Alcalde de la ciudad de Bogotá D.C. el 30 de octubre de 2011, hasta que la CIDH se haya pronunciado sobre la petición individual P-1742-13. (Ver anexo 1)**

El Presidente Juan Manuel Santos, anunció que el Gobierno no acogerá las medidas cautelares de la CIDH y confirmó la destitución del alcalde de Bogotá, Gustavo Petro.

“En una alocución el mandatario señaló que Petro tuvo todas las oportunidades para defenderse en la Justicia colombiana y nombró como alcalde encargado de Bogotá al ministro de Trabajo, Rafael Pardo.

El argumento principal del presidente de la República para no acatar lo solicitado por la CIDH radica en que el alcalde Petro, según explicó, aún tiene instancias posibles dentro del ordenamiento jurídico colombiano y sólo se acoge los mandamientos internacionales cuando las instancias nacionales se han agotado, fue lo que explicó Santos.

---

<sup>259</sup> Artículo 25 modificado por la Comisión Interamericana en su 147° período ordinario de sesiones, celebrado del 8 al 22 de marzo de 2013.

“El Consejo de Estado ha señalado que Petro aun dispone de mecanismos ante la jurisdicción colombiana. En ese caso es evidente que la justicia colombiana no solo ha actuado sino que lo ha hecho de manera transparente. El gobierno entiende la importancia y ha defendido el sistema interamericano de derechos humanos, sin embargo considera que este papel es complementario y por lo tanto solo debe funcionar si se debe y se da una falla en el sistema interno explicó **el mandatario**”.

(<http://www.elespectador.com/nonoticias/judicial/gobierno-no-acoge-medidas-cautelares-de-cidh-caso-petro-articulo-481847>, 2013)

Mediante el ejercicio de una acción de tutela el ciudadano Oscar Augusto Verano, consideró vulnerado su derecho fundamental a elegir y ser elegido además el Gobierno no tuvo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional que indica que las medidas cautelares emitidas por la CIDH tienen carácter vinculante e interpuso la citada acción pública - constitucional ante el Tribunal Superior de Bogotá. La citada autoridad judicial, le ordenó al Presidente acatar las medidas que fueron otorgadas por la CIDH a Gustavo Petro, dentro de las 48 horas siguientes a la decisión.

El Presidente de la República acató la decisión judicial y derogó el Decreto 570 del 20 de marzo de 2014, por el cual había destituido a Gustavo Petro y en el término de 14 horas volvió a reinstalar a Petro, en el cargo de Alcalde Mayor de Bogotá.

La Sala Civil de Corte Suprema de Justicia, revocó la decisión de primera instancia tomada por el Tribunal Superior de Bogotá, por apelación interpuesta por la Procuraduría General de la Nación.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, resolvió que las medidas cautelares de la CIDH se conceden en caso de violaciones a un derecho fundamental, que Gustavo Petro había tenido las garantías en la justicia y que la solicitud no es obligatoria. Esos fueron los tres ejes de los argumentos de la Corte Suprema para revocar la tutela con la que la Sala Especializada de Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Bogotá restituyó a Petro en la Alcaldía de Bogotá. Los magistrados dijeron que el Presidente de la República no estaba facultado para obedecer una medida, independientemente de cuál haya sido el órgano que la solicitó. En ese caso, la CIDH.

Este tema aún no ha sido acogido por la Corte Constitucional para su estudio y se está a la espera de un pronunciamiento del órgano de cierre que la Carta Política contempló desde 1991 para las acciones de tutela.

En la demanda de Nulidad y restablecimiento de derecho promovida por Gustavo Petro contra la Nación – Procuraduría General de la Nación, obtuvo por parte del Consejo de Estado, pronunciamiento favorable a las medidas cautelares solicitadas (Ver anexo 2)

Se observa de lo expuesto, una tensión conflictiva entre el poder ejecutivo colombiano y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Luego esa tensión se

escala y agranda cuando intervienen diversos jueces y magistrados para conceder o negar el amparo constitucional de los derechos fundamentales de los accionantes.

La tensión queda latente y sin resolverse pues finalmente se conserva la institucionalidad judicial del país cuando el Consejo de Estado, decidió conceder unas medidas cautelares en el marco de una acción de nulidad y reparación directa interpuesta por el Alcalde Petro cuando se encontraba destituido.

El Consejo de Estado consideró como fundamento para otorgar las medidas cautelares de suspensión de los actos administrativos que sancionaron al Alcalde de Bogotá, Gustavo Petro que el competente era el Procurador General de la Nación y no su delegado. Tema que según se indicó por la corporación judicial no ha sido pacífico y por ende se presenta a debate. De otra parte, se indicó que el aspecto subjetivo de la falta imputada debía estar demostrado y no presumido como lo hizo el ente disciplinario, esto es que el Dolo tiene que probarse en el trámite pertinente y no se hizo.

## **2. OTRAS MEDIDAS CAUTELARES PROFERIDAS POR LA CIDH**

Las medidas cautelares de la CIDH como Jurisdicción internacional también se han ordenado a diversos países. A manera de ejemplo se tienen los siguientes casos:

MC 452/11 - Líderes y lideresas de Comunidades Campesinas y Rondas Campesinas de Cajamarca, Perú.

El 5 de mayo de 2014, la CIDH solicitó la adopción de medidas cautelares a favor de 46 líderes y lideresas de las comunidades y rondas campesinas, los integrantes de la familia Chaupe, al rondero Luis Mayta, y al comunicador social César Estrada, en Cajamarca, Perú. La solicitud de medidas cautelares alega que las comunidades y rondas campesinas de las provincias de Cajamarca, Celendín y Hualgayoc-Bambamarca se oponen al proyecto "Conga" serían objeto de amenazas, actos de hostigamiento y violencia en su contra. De acuerdo con el Artículo 25 del Reglamento de la CIDH, la Comisión solicitó al Estado de Perú que adopte las medidas necesarias para garantizar la vida y la integridad personal de las beneficiarias y los beneficiarios identificados, que concierte las medidas a adoptarse con los beneficiarios y sus representantes; y que informe sobre las acciones adoptadas a fin de investigar los hechos que dieron lugar a la adopción de la presente medida cautelar y así evitar su repetición.

### **MC 177/14 - Russell Bucklew y Charles Warner, Estados Unidos**

El 20 de mayo de 2014, la Comisión solicitó la adopción de medidas cautelares en virtud del artículo 25 de su Reglamento, a fin de evitar daños irreparables a Russell

Bucklew y Charles Warner, quienes fueron condenados a la pena de muerte en los Estados Unidos. La solicitud de medidas cautelares fue acompañada de una petición sobre la presunta violación de los derechos reconocidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la cual fue registrada bajo el número P-684/14. A través de su resolución, la Comisión pidió al Gobierno de los Estados Unidos abstenerse de ejecutar a Russell Bucklew y Charles Warner hasta tanto la CIDH se haya pronunciado sobre el fondo de la petición individual presentada en nombre de los beneficiarios. **LMC 264/13 - Damas de Blanco, Cuba AMPLIACIÓN**

El 12 de mayo de 2014, la CIDH amplió la Medida Cautelar 264/13, otorgada originalmente el 28 de octubre de 2013 a favor de las integrantes de la organización "Damas de Blanco", en Cuba. La información aportada por los solicitantes indica que cinco integrantes de la organización habrían sido agredidas a golpes por un grupo de agentes del Estado el 3 de abril de 2014, a la salida de misa, y que al día siguiente varias integrantes de Damas de Blanco habrían sufrido diversos actos de violencia, incluyendo allanamiento de sus domicilios. Asimismo, se informó que el 5 de abril de 2014 tres de las Damas de Blanco habrían sido detenidas al salir de la iglesia, y el domicilio de una de ellas habría sido invadido por agentes del Estado. Mediante la decisión de ampliar esta medida cautelar, la Comisión solicitó al Estado de Cuba que adopte las medidas necesarias para preservar la vida y la integridad personal de Mileidis Cabrera Leiva, Yelenni Aguilera Santo, Miladis Escalona Lissabet, Bertha Guerrero Segura, Yaniuska Mayo Céspedes y María Teresa Garcua Roja, integrantes de la organización Damas de Blanco; que concierte las medidas a adoptarse con las beneficiarias y sus representantes; y que informe sobre las acciones adoptadas a fin de investigar los presuntos hechos que dieron lugar a la ampliación de la presente medida cautelar y así evitar su repetición.

### **MC 50/14 - Líderes y lideresas campesinas del Bajo Aguán, Honduras**

El 8 de mayo de 2014, la CIDH solicitó la adopción de medidas cautelares a favor de los miembros identificados de las organizaciones "Movimiento Campesino Recuperación del Aguán" (MOCRA), "Movimiento Campesino Fundación Gregorio Chávez" (MCRGC), "Movimiento Unificado Campesino del Aguán" (MUCA) y "Movimiento Auténtico Reivindicador Campesino del Aguán (MARCA), en Honduras. La solicitud de medidas cautelares alega que desde 2010 se vienen registrando asesinatos, desapariciones, secuestros, torturas, amenazas, desalojos violentos, persecuciones y señalamientos, en contra de los campesinos miembros de estas organizaciones, con el presunto objetivo de forzarlos a vender sus tierras. El 6 de marzo de 2014, la CIDH solicitó información al Estado. A la fecha de adopción de la resolución de otorgamiento de esta medida cautelar, el Estado no había respondido a la solicitud de información. De acuerdo con el Artículo 25 del Reglamento de la CIDH, la Comisión solicitó al Estado de Honduras que adopte las medidas necesarias para

garantizar la vida y la integridad personal de los miembros identificados de las organizaciones MOCRA, MCRGC, MUCA y MARCA; que se concierte las medidas a adoptarse con los beneficiarios y sus representantes; y que informe sobre las acciones adoptadas a fin de investigar los hechos que dieron lugar a la adopción de la presente medida cautelar y así evitar su repetición.

### **MC 255/13 - Robert Gene Garza, Estados Unidos**

El 5 de mayo de 2014, la Comisión solicitó la adopción de medidas cautelares en virtud del artículo 25 de su Reglamento, a fin de evitar daños irreparables a Robert Gene Garza, quien fue condenado a la pena de muerte en los Estados Unidos. La solicitud de medidas cautelares fue acompañada de una petición sobre la presunta violación de los derechos reconocidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la cual fue registrada bajo el número P-1278/13. A través de su resolución, la Comisión pidió al Gobierno de los Estados Unidos abstenerse de ejecutar a Robert Gene Garza hasta tanto la CIDH se haya pronunciado sobre el fondo de la petición individual presentada en nombre del beneficiario.

### **MC 30/14 - Fernando Alcibíades Villavicencio Valencia y otros, Ecuador**

El 24 de marzo de 2014, la CIDH solicitó la adopción de medidas cautelares a favor de Fernando Alcibíades Villavicencio Valencia, Cléver Jiménez y Carlos Eduardo Figueroa Figueroa, en Ecuador. La solicitud de medidas cautelares había sido presentada en el contexto de la petición individual P-107-14, en la que se alegan presuntas violaciones a los derechos consagrados en los artículos 8 (garantías judiciales); 9 (principio de legalidad); 13 (libertad de pensamiento y expresión) y 25 (protección judicial), a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En particular, los solicitantes requirieron medidas cautelares “con el fin de que el Estado suspenda la ejecución de la sentencia de Casación emitida en su contra el día 14 de enero de 2014, por el daño grave e irreparable que el proceso en sí mismo y la posterior sentencia tendrían en sus derechos a la vida, integridad personal, libertad personal, derechos políticos y libertad de expresión”. Durante el procedimiento, el Estado presentó informes en fechas 8 y 28 de febrero de 2014. Por su parte, los solicitantes presentaron informes adicionales en fechas 9 y 27 de febrero de 2014; y, 17 y 19 de marzo de 2014. Tras analizar las alegaciones de hecho y de derecho presentadas por las partes, la Comisión considera que la información presentada demuestra prima facie que los derechos de los señores Fernando Alcibíades Villavicencio Valencia, Cléver Jiménez y Carlos Eduardo Figueroa Figueroa se encontrarían en una situación de gravedad y urgencia y de daño irreparable. En consecuencia, de acuerdo con el Artículo 25 (1) de su Reglamento, la Comisión solicita al Estado de Ecuador que suspenda inmediatamente los efectos de la decisión de 14 de enero de 2014, emitida por el Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial

y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, hasta que la CIDH se haya pronunciado sobre la petición individual P-107-14.

#### **MC 110/14 - Ramiro Hernández Llanas, Estados Unidos**

El 19 de marzo de 2014, la Comisión solicitó la adopción de medidas cautelares en el virtud del artículo 25 (1) de su Reglamento, a fin de evitar daños irreparables a Ramiro Hernández Llanas, quien fue condenado a la pena de muerte en los Estados Unidos. La solicitud de medidas cautelares fue acompañada de una petición sobre la presunta violación de los derechos reconocidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la cual fue registrada bajo el número P-455/14. A través de su resolución, la Comisión pidió al Gobierno de los Estados Unidos abstenerse de ejecutar a Ramiro Hernández Llanas hasta tanto la CIDH se haya pronunciado sobre el fondo de la petición individual presentada en nombre del beneficiario.

#### **MC 57/14 - Pete Carl Rogovich, Estados Unidos**

El 4 de marzo de 2014, la Comisión solicitó la adopción de medidas cautelares en el virtud del artículo 25 (1) de su Reglamento, a fin de evitar daños irreparables a Pete Carl Rogovich, quien fue condenado a la pena de muerte en los Estados Unidos. La solicitud de medidas cautelares fue acompañada de una petición sobre la presunta violación de los derechos reconocidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la cual fue registrada bajo el número P-1663/13. A través de su resolución, la Comisión pidió al Gobierno de los Estados Unidos abstenerse de ejecutar a Pete Carl Rogovich hasta tanto la CIDH se haya pronunciado sobre el fondo de la petición individual presentada en nombre del beneficiario.

#### **MC 453/13 - Daniel Ramos Alfaro, México**

El 20 de febrero de 2014, la CIDH solicitó la adopción de medidas cautelares a favor de Daniel Ramos Alfaro de 21 años, cuya vida e integridad personal se encontrarían en grave riesgo en vista que desde el 2 de octubre de 2013 no se conoce su paradero o destino. La solicitud de medidas cautelares alega que Daniel Alfaro habría sido retenido por supuestos miembros de las fuerzas militares mexicanas mientras se dirigía hacia la comunidad de San Martín, luego de dictar clases en la escuela de la comunidad Betania. Dada la naturaleza de la situación denunciada, la Comisión solicitó información al Estado por medio de las competencias del artículo XIV de la "Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas". El Estado de México respondió por medio de un informe el 22 de enero de 2014, y la CIDH recibió asimismo información adicional el 1 de febrero de 2014 por parte del solicitante. Tras analizar los alegatos de hecho y de derecho, la Comisión considera que la información demuestra, en principio, que el joven Daniel Ramos se encuentra en una situación de

gravedad y urgencia, puesto que sus derechos a la vida y a la integridad personal estarían en grave riesgo, en vista que a la fecha, y transcurridos 141 días desde su desaparición, no se conocería su paradero o destino. En consecuencia, de acuerdo con el Artículo 25 del Reglamento de la CIDH, la Comisión solicita al Estado de México que: adopte las medidas necesarias para determinar la situación y el paradero de Daniel Ramos Alfaro, con el propósito de proteger sus derechos a la vida y a la integridad personal, y que se informe sobre las acciones adoptadas a fin de investigar los hechos que dieron lugar a la adopción de la presente medida cautelar.

### **MC 408/13 - Integrantes del Movimiento “Reconocido”, República Dominicana**

El 30 de enero de 2014, la CIDH solicitó la adopción de medidas cautelares a favor de los integrantes del Movimiento “Reconocido” de República Dominicana. La solicitud de medidas cautelares alega que los integrantes del Movimiento “Reconocido” serían objeto de amenazas contra su vida e integridad personal, como resultado de la crítica y protesta ejercida por dichos defensores contra la Sentencia 168/13 dictada por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana, la cual desnacionaliza a miles de dominicanos de ascendencia haitiana. Tras analizar los alegatos de hecho y de derecho presentados, la Comisión considera que la información demuestra, en principio, que los integrantes del Movimiento “Reconocido” se encuentran en una situación de gravedad y urgencia, puesto que sus vidas e integridad personal estarían en grave riesgo en virtud de las amenazas de muerte que habrían recibido. En consecuencia, de acuerdo con el Artículo 25 del Reglamento de la CIDH, la Comisión solicita a República Dominicana que adopte las medidas necesarias para preservar la vida y la integridad personal de los integrantes del Movimiento “Reconocido”, para garantizar que los integrantes del Movimiento “Reconocido” puedan desarrollar sus actividades como defensores de derechos humanos sin ser objeto de actos de violencia y hostigamiento por el ejercicio de sus funciones, y que se concierte las medidas a adoptarse con los beneficiarios y sus representantes. También solicitó al Estado informar sobre las acciones adoptadas a fin de investigar los hechos que dieron lugar a la adopción de la presente medida cautelar y así evitar su repetición.

### **MC 457/13 - Integrantes de la Asociación para una Vida Mejor de Honduras (APUVIMEH)**

El 22 de enero de 2014 la Comisión Interamericana otorgó medidas cautelares a favor los integrantes de la Asociación para una Vida Mejor de Honduras (APUVIMEH). La solicitud indica que, debido a las actividades de acompañamiento, defensa, protesta y protección de los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI) en Honduras, sus integrantes estarían siendo objeto de asesinatos, amenazas, actos de hostigamiento y de violencia en su contra, como una retaliación por sus actividades. Específicamente la solicitud alega que los miembros de la asociación realizan actividades de concientización y protección y

administran un refugio denominado “Casa Renacer” para la atención de personas con VIH y otras enfermedades de transmisión sexual. Los actos de agresión y ataque contra sus integrantes habrían tenido lugar en un contexto de violencia contra las personas LGBTI, el cual habría dejado un saldo de aproximadamente 115 personas asesinadas en los últimos años, los cuales habrían quedado impunes. La CIDH solicitó al Estado de Honduras que adopte las medidas necesarias para garantizar la vida y la integridad física de Integrantes de la Asociación para una Vida Mejor de Honduras (APUVIMEH), que concierte las medidas a adoptarse con las y los beneficiarios, y que informe sobre las acciones adoptadas a fin de investigar los hechos que dieron lugar a la adopción de medidas cautelares.

### CONCLUSIONES PRELIMINARES.

- 1° La jurisdicción de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no puede ser puesta en debate por el poder ejecutivo de las Repúblicas hemisféricas por cuanto se desconocen y vulneran los derechos y garantías que las mismas Constituciones Políticas han contemplado y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
- 2° Las Repúblicas hemisféricas deben fortalecer la CIDH y sus decisiones pues son la mejor protección *pro homine* que un continente ofrece al mundo y sus generaciones.
- 3° Se considera que deben cesar las actuaciones de funcionarios como es el caso del Procurador General de la Nación, sin control en el ejercicio del poder disciplinario.

### BIBLIOGRAFIA

- AA.VV. Proceso judicial y cultura una mirada global. Fondo editorial U de M. Medellín. 2013
- AA.VV XXXIV Congreso Colombiano de derecho procesal. ICDP. Edición Universidad Libre. Bogotá DC. 2013
- AA.VV. Oteiza, Eduardo. Corte Interamericana y Cortes superiores. El control difuso de convencionalidad ex officio. Ed. Fondo editorial U de M. Medellín. 2011.

# LOS DILEMAS ÉTICOS DE UN JUEZ Y SU IMPARCIALIDAD JUDICIAL

## THE ETHICAL DILEMMAS OF A JUDGE AND HIS JUDICIAL IMPARTIALITY

NÉSTOR H. GUTIÉRREZ MIRANDA\*

### RESUMEN

Para efectos del desarrollo de la modesta exposición —es necesario precintar— que la presente ponencia tiene como exorbitante visión, crear un nuevo paradigma del deber ser del Juez frente al Proceso y, para ello, se abordarán temas conflictivos de la faena Garantista y Activista del Derecho Procesal. Así como analizar los dilemas propios de los Jueces —en vivencia con la sociedad. Máxime, entonando las melodías de la Ética y la moral, que al final se verán plasmados en graves rezagos Inquisitorios dejados por el vetusto y añejo Código de Procedimientos Penales de 1940 y, que en la coetánea vivencia en el orbe, es difícil de concebir; ello, en mérito al actual Código Procesal Penal de 2004, el mismo, que difiere un sistema Acusatorio. Nomenclatura, que taxativa aún, las denominadas pruebas de Oficio e investigación suplementaria; las mismas, que en su aplicación, no hacen más que complicar el ideal del Proceso, ergo, atentan contra las diéresis de la Imparcialidad, *imparcialidad* e independencia.

### PALABRAS CLAVE:

Proceso – Imparcialidad – Impartialidad – Independencia – Garantismo - Juez – Activismo – Dilemas – Ética - Moral.

### ABSTRACT

For purposes of developing exposure modest —that should be sealed — this paper has as outrageous vision, create a new paradigm of what should be the judge against the process and to this end, the Guarantor contentious issues of job and activist will address Litigation. And analyze their own dilemmas of Judges –on experience with the company. Especially, singing melodies of ethics and morality, which

---

\* Abogado especialista en Derecho Penal y Procesal Penal del Estudio Gutiérrez Miranda & Asociados. Con estudios de Doctorado en Derecho y Maestría en Derecho Procesal, ambos en la Universidad Nacional de Rosario, República de Argentina. Profesor Universitario de los Cursos de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal. Gerente General del Centro de Estudios Jurídicos en Derecho Penal y Derecho Procesal (CEPDRE). Correo electrónico: [gutierrezmirandaabogados@hotmail.com](mailto:gutierrezmirandaabogados@hotmail.com)

ultimately will be reflected in inquisitorial serious deficiencies left by the ancient and old Code of Criminal Procedure of 1940 and in the contemporary experience in the world, it is difficult to conceive; therefore merit the current Criminal Procedure Code of 2004, the same, which differs adversarial system. Nomenclature, even exhaustive, called tests and further investigation Occupation; them, in their application, only serve to complicate the ideal process, ergo, umlauts undermine the impartiality, and independence *imparcialidad*.

## KEYWORDS:

Process - Fairness - Imparcialidad - Independence - guarantee-- Judge - Activism - Dilemmas - Ethics - Moral.

## I.- 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 una maravilloso vídeo<sup>260</sup> 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 otorga 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 Cesar 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

---

<sup>260</sup> 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"

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 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 y los superiores. Por qué uno no sabe ¡cuando los va a necesitar! Por eso, ese caso no debe seguir adelante— Concluye”*.<sup>261</sup>

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 Cesar 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 los conocerás con el correr de los años. Así, que te pido que archives el caso ¡Leo! —concluye”*.

La Radiografía que muestro en la presente, se muestra aún más persuasivo, cuando al no ver respuesta por parte del Juez Cesar 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 otorgaran al Juez, sí solo, archiva el caso “Leo”.

El Juez, Cesar Montalvo (en la cinta), ahora tiene un Dilema y pende de él, dos vértices, dos directrices, que bien, le llevarán al éxito o al fracaso. Ergo, nace 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, reconocimientos por parte de sus superiores, otorgará mejores condiciones de vida para con su familia; tendrá todo ello, pero ética y moralmente frente a la sociedad, los trabajadores honestos del Poder Judicial y, los litigantes; obtendrá, rechazo, repudio, desprecio, desdén, abandono y dejación, ello a consecuencia de haber conculcado su imparcialidad, *imparcialidad* e independencia, tema —*Infra*— 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 deber ser de un

<sup>261</sup> Este dato nos permite entender que los Jueces durante la administración de Justicia, están inmersos a muchos sobornos, dádivas, legados y corruptelas, ello por parte de sus superiores, los litigantes, abogados y la prensa amarilla.

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, la Garantías Constitucionales reconocidas y, los Tratados Internacionales. Puede que lo destituyan y/o 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, la indolente 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.

## II.- ÉTICA Y MORAL DEL TOGADO

La Ética<sup>262</sup>, es considerada “(...) como un régimen de aplicación de principios generales a las peculiaridades de la labor forense; el abogado (Juez) que no la respete, se hará acreedor a los motes peyorativos de rábula (...)” y habrá perdido con ello, su dignidad”(CUEVA, 2007, p. 558) La ética, implica actuar conforme a los valores y por encima de la simpatía y enemistad, ya que la decisión judicial (sentencia), no sólo afecta al individuo o litigante, sino, 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 imparcialidad.<sup>263</sup>

---

<sup>262</sup> La 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 principios, presupuestos o postulados por el hombre mismo.

La ulterior evolución del vocablo confirió a éste un sentido más restringido y especificó: 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 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.

<sup>263</sup> Tema que se analizará en líneas más adelante.

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, p. 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 corruptela; 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 indica en el *ab initio* 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 dialógico (dos antagonistas en igualdad de armas frente a un tercero imparcial, *imparcial* e independiente<sup>264</sup>), 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,

<sup>264</sup> Tema que se abordará con sumo detalle en líneas *Infra*, del modesto trabajo.

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; sólo se vive una vez (mañana puede ser muy tarde)<sup>265</sup> 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, sólo queda el recuerdo del deber cumplido, basado en los valores éticos y morales.

Ahora, empecemos a explicar sus concepciones.

### III.- CONCEPCIONES BÁSICAS SOBRE: IMPARCIALIDAD, IMPARTIALIDAD E INDEPENDENCIA

Hablar de concepciones básicas (y para efectos del presente trabajo), implica realizar un pequeño paréntesis, a dos doctrinas contrapuestas, parecida a aquello que se manifiesta entre el agua y el aceite. Me refiero a la filosofía Garantista y Activista del Derecho Procesal<sup>266</sup>. Empero ahora, mostraré la versión de imparcialidad, *imparcialidade* 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 desarrollado, 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 nos dramatizamos un Proceso —y existe en él — una afirmación y una pretensión (dos sujetos en igual procesal frente al proceso) y que es llevada 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

---

<sup>265</sup> Palabras de Samuel Hernández en su canción “Por si no hay mañana”

<sup>266</sup> Tema que se abordará en el subtítulo número IV.

litigio, entonces, pierde su imparcialidad y si pierde la imparcialidad no hay proceso<sup>267</sup>; si no hay proceso, no puede haber sentencia; ergo, tampoco condena.

¿Por qué?

Porque si el Juez, llegada al minuto de dar su fallo (sentencia), y éste, no tiene pruebas confirmatorias para condenar, entonces, conforme a la Constitución, tratados internacionales y derechos humanos, debe absolver. Ojo aquí; y si no lo hace, es sencillamente porque no quiere absolver al acusado.

¿Entonces que quiere?

A 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 cuesta!

Y si tiene interés en la pugna (como ya se ha manifestado), entonces no es imparcial. Así de simple.

EL Prof. Paraguayo *Fermín Canteros*, señala: “(...) 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 ésta beneficiará, pero atención, sabe perfectamente a quién él quiere beneficiar”. (CANTEROS, 2012; p. 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 Oficio<sup>268</sup> (valga la redundancia) sabe a quien él quiere beneficiar, ello por conocer los actuados y pruebas presentadas, en merito a la audiencia de Juicio. Y un Juicio Oral, es un gran momento, donde él Juez apreciará, quien no ha podido confirmar su afirmación. Por ello decimos “conoce perfectamente a quien quiere beneficiar”.

La “*imparcialidad*” del juez, indica que éste “(...) amén de no tener interés en el resultado del litigio, debe no ser parte procesal” (CANTEROS, 2012; p. 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 Juez no es parte y, 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

<sup>267</sup> Proceso presentado como: un método de debate, dialectico, pacífico entre dos antagonistas en igualdad de armas frente a un tercero: que es el “Juez”.

<sup>268</sup> Llamadas en otras legislaciones como: Pruebas para mejor proveer, pruebas para mejor resolver.

*y pasa a ocupar el lugar de parte procesal, actuando como ella*<sup>269</sup>. 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 los que afirman y/o pretenden. El Juez no.
- Las partes son los que introducen hechos. El juez no.
- Las partes son los que abogan. El juez no.
- Las partes son los que recurren. El juez no.
- Las partes son los que prueban. El Juez no.
- Las partes son los que Confirman. El Juez no.
- Las partes son los 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, que pasa en la coetánea ¿realidad? Muchos Jueces en la praxis, aún se les ha 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). Ese mismo les faculta, a que algunos Jueces, vulneren la división de roles (se entrometen en la labor del Ministerio Público con su Investigación suplementaria)<sup>270</sup> 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 las partes, se convierten en investigadores y confirmadores. Investigadores porque, conculcan la tarea del Ministerio Público y, Confirmadores, porque aportan al proceso la pruebas que a una de las partes no aportó o, se olvido de hacerlo. Por ello decimos que dejan de actuar como Juez y pasan a actuar como parte. 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; p. 22). En otras palabras, el Togado (Juez) no debe depender de nadie, ni de la Corte Suprema, Corte Superior, Poder Político y/o Prensa Amarilla. Incluso ni de las partes, sus familiares y sus prejuicios.

<sup>269</sup> Palabras otorgadas a los estudiantes de la (cohorte 17) maestría en Derecho Procesal Rosario – Argentina.

<sup>270</sup> Tema que trataremos en el subtítulo número V.

Entonces el Juez con independencia ¿Cómo debe de resolver?

El juez debe de resolver conforme al material confirmatorio presentado y probado. En el *Ab inítion*, del presente trabajo, se pudo apreciar a un Juez joven de nombre Cesar Montalvo, 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 ese mismo extracto se puede ver, cómo es persuadido el Juez joven por sus superiores, a efecto de otorgar un favor frente a un caso en concreto, infringiendo el Juez en su propia Independencia. Por eso decimos que el Juez siempre debe de mantener intacta su independencia (o por lo menos tratar de cumplirla).

Atención, ahora hablemos del tema materia de conflicto.

#### IV.- 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, su ética, 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 la óptica Garantista y Activista del Derecho Procesal.

Por ello, aclaremos bajo previos conceptos, las denominaciones Garantista y Activista del Derecho Procesal.

El “*GarantismoProcesal*”<sup>271</sup> es la corriente filosófica del Derecho Procesal que pregona el respeto “(...) *irrestricto a la Constitución y a los pactos Internacionales*” (ALVARADO, 2010; p. 76) —de ahí su nombre— fundamentalmente promueve la garantía del debido proceso conocida como “*Garantías Constitucionales*”.

Y por el otro lado, el denominado “*Activismo Procesal*”<sup>272</sup> (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, mas viriles, más comprometidos con su tiempo y decididos a vivir peligrosamente*” (ALVARADO, 2010; p. 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 con lo taxativado por la Constitución y los pactos Internacionales. Ya veremos porque en líneas más arriba.

Si esto es así, ¿Cómo? se verá vulnerada la imparcialidad (del Juez) en el trámite de un proceso desde ambas posiciones.

<sup>271</sup> Tiene mucha relación con un sistema Acusatorio y Dispositivo.

<sup>272</sup> Tiene mucha relación con el sistema Inquisitivo, Publicístico.

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 duda, El Garantismo profesa la exclusión de los poderes de investigación y prueba oficiosa o libre manejo de las cargas probatorias.<sup>273</sup> Ello, para no colisionar con su imparcialidad (tema que el Activismo, pregona).

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.

Pues aquí, nos encontramos con muchos defectos y problemas, que no han sido sustentadas acorde a lo que se manifiesta en la Constitución y los pactos Internacionales. Ergo, para ellos, sus argumentos implican “buscar la verdad”, administrar Justicia y 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 taxativados en la norma Procesal. Instituciones que desnaturalizan la idea de un verdadero Proceso y que conculcan la llamada “*imparcialidad*” Ahora, veremos cuáles son:

---

<sup>273</sup> Sólo 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).

- 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 atentar con la imparcialidad Judicial en un determinado Proceso.

Y por tanto, esto queda de la siguiente manera:

- Jueces con pruebas de Oficio. Tropelía<sup>274</sup> 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, totalitaria) para el Código Procesal Penal; en ello, incluido el Nuevo Código procesal penal de 2004.<sup>275</sup>
- 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 taxativado 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

<sup>274</sup> Abuso, arbitrariedad, conculcación, infracción, vulneración, violación, quebrantamiento, hecho violento y contrario a las leyes.

<sup>275</sup> 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).

película “proceso”) y capaz de respetar, la trilogía del proceso (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, *impartial*, 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, a dos Instituciones Procesales, que afectan y/o conculcan la llamada “imparcialidad del Juzgador”. Expliquemos ¿porque?

## V.- 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 (Art. 155. Inc. 3 y 385. Inc. 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, la 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; las facultades del juez, no deberían ser 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 tercero)<sup>276</sup> 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 Oficio<sup>277</sup> se atenta con 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 (consagrada en nuestra carta magna y los tratados Internacionales).

Esto, por la sencilla razón de que el Juez se convierte:

En primero y/o en segundo (dependiendo el interés— y que sabe el Juez— a quien 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) de 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, apoyada 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

<sup>276</sup> Tema desarrollado en líneas arriba del modesto trabajo.

<sup>277</sup> Pruebas para mejor proveer – pruebas para mejor resolver.

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 de 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 superflua. Todo esto lo apoyo con lo señalado por el Maestro Binder; quien señala:

*“(...) 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”* (BINDER, 2000; p. 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 la responsabilidad penal que el acusado tuvo y así desvirtuar la presunción de inocencia”* (TABOADA, 2009; p. 494).

Esta sentencia está apoyada bajo los parámetros de presunción de inocencia, contenida en el numeral 2, inc. 24, literal “e” de la Constitución Política del Estado, que prescribe:

*“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 merito 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 tal, 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 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; p. 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 éste —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; p. 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 taxativado 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, he ahí, 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?

¿Porque 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. Del 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:

*“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”* (FIGUEROA, 2005; p. 86).

De estas dos Instituciones desarrolladas se ha podido apreciar ¿qué?

- a) Vulnera la división de roles
- b) Conculca la imparcialidad
- c) Conculca la *Imparcialidad*
- d) Vulnera el sistema Acusatorio
- e) El Juez se convierte en parte y,
- f) Sobre todo, aporrea con lo estipulado por nuestra Constitución y los pactos Internacionales.

Hasta aquí, hemos dado a conocer todos los problemas que contraen estas dos Instituciones del Derecho Procesal Penal. Ahora hablaré, de cómo debe de ser un Juez, con su deber ser.

## VI.- EL JUEZ Y SU DEBER SER

Habiendo hecho un breve retrato sobre 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 que mejor, que imaginar a un Juez con valores éticos, 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 y —*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, sólo 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 Cesar Montalvo (Juez de Instrucción) al quien presente (en el *Ab inición* del presente trabajo) con un gran dilema que le otorgo su Profesor de Derecho de 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.

## VII.- 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 a 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, *impartial* e independiente.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA.

- ALVARADO VELLOSO, A. (2010) *El Garantismo Procesal*. Arequipa: Editorial Adrus. (2004) *Debido Proceso Versus Pruebas de Oficio*. Bogotá: Editorial Juris.
- ANGULO ARANA, P. (2007) *El interrogatorio de testigos en el nuevo Proceso Penal*. Lima: Gaceta Jurídica S.A. (2008) *Las Pruebas de oficio en el Nuevo Código Procesal Penal*. 2008: Actualidad Jurídica N° 175 – Gaceta Jurídica.
- BINDER, A. (2000) *Manual de introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc S.R.L.
- CANTEROS, F. (2012) *Estructura básica de los discursos Garantista y Activista del Derecho Procesal*. Rosario: Editorial Librería Juris.
- CUEVA GARCIA, A. (2007) *Gran Diccionario Jurídico*. Lima: A.F.A Editores importadores S.A.
- DE LA CRUZ ESPEJO, M. (2007) *El Nuevo Proceso Penal*. Lima: Editorial IDEMSA.
- FIGUEROA ACOSTA, R. (2005) *Iustitia - revista N° 4*. Colombia: Fondo Editorial - Universidad Santo Tomas de Bucaramanga.
- INFANTES VARGAS, A. (2006) *El Sistema Acusatorio y Los Principios rectores del Código Procesal Penal*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- 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” S.A.C.
- TALAVERA ELGUERA, P. (2004) *Comentario al Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Editorial Grijley.

# “LA VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO CAUSADA POR LAS MEDIDAS PARA MEJOR PROVEER”.

VERÓNICA TAMARA JAKUBOSKI<sup>278</sup>

**SUMARIO:** I.- *Introducción.* II.- *Igualdad de los litigantes e imparcialidad del juzgador en el debido proceso legal.* III.- *Imparcialidad e igualdad de partes violadas por las medidas para mejor proveer.* IV.- *Medidas para mejor proveer.* V.- *Antecedentes: de España a Argentina.* VI.- *Análisis del texto legal.* VII.- *Conclusiones.*

## I.- INTRODUCCIÓN

Concebimos al *proceso* como un *método* de debate dialéctico y pacífico entre dos partes (dualidad de proceso) que siendo naturalmente desiguales actúan en pie de perfecta *igualdad* ante una autoridad que reviste las características de ser *tercero imparcial, imparcial e independiente*, y que es quién en definitiva resolverá el litigio a favor de una de ellas.

El proceso del que hablamos, para ser tal, debe necesariamente estar encauzado por *dos principios*, ellos son: la *igualdad de las partes* y la *imparcialidad de los jueces*. Sólo cuando ellos se respeten se podrá gozar de la garantía de *debido proceso legal*.

La *igualdad* de las partes (sujetos con posiciones antagónicas: *pretendiente – resistente*), implica la paridad de oportunidades y de audiencia (principio de *bilateralidad*), es decir, que ninguna esté en situación de ventaja o privilegio respecto de la otra.

El segundo principio en cuestión, como lo advertirá el lector, significa algo más que carecer de interés subjetivo en la solución del litigio, representa para el juzgador ser neutral y no realizar actividades que son propias de las partes.

Estos dos principios fundamentales son frecuentemente violados frente a la práctica de ciertos institutos procesales, justificados en aras a la *verdad y la justicia*, ya que a consecuencia de ellos se rompe la estructura del proceso. Es precisamente lo que sucede con las *medidas para mejor proveer*, que son un resabio del *sistema inquisitivo* traído por España a América Latina: se hallan actualmente legisladas en la mayoría de los Códigos Procesales de Latinoamérica, y nuestro país no es una excepción a ello. Así, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina contempla las medidas para mejor proveer en su artículo 36. A su vez, las provincias que integran nuestro país hacen lo propio en sus códigos de rito.

---

<sup>278</sup> Abogada, Magister en Derecho Procesal y cursante del Doctorado en Derecho (Ambos en la Universidad Nacional de Rosario - Argentina).

## II.- IGUALDAD DE LOS LITIGANTES E IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR EN EL DEBIDO PROCESO LEGAL

### El proceso: sus misiones

El proceso, que es el modo más lógico y apetecible de resolver conflictos en una sociedad, “cumple una trascendental misión *jurídica* (como instrumento para la realización del derecho objetivo en caso de litigio), *política* (como garantía del justiciable y, a fin de cuentas, de la libertad) y *social* (al contribuir a la pacífica convivencia de los habitantes de un Estado y a equilibrar sus fuerzas en la empresa de obtener justicia)”<sup>279</sup>.

### El Proceso, un método civilizado de resolución de conflictos

Partimos de la base de que el proceso es un método civilizado de solución de conflictos. Es civilizado porque es un “método de debate dialéctico y pacífico entre dos personas actuando en pie de perfecta igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad.”<sup>280</sup> También podemos decir que es civilizado porque “el proceso, después de todo, es un subrogado de la guerra. Es, en otras palabras, un modo para domesticarla.”<sup>281</sup>

Como es un método pacífico de debate dialogal, y no un medio de investigación, la razón de ser del proceso es la erradicación de la fuerza ilegítima en el grupo social, para asegurar el mantenimiento de la paz<sup>282</sup> y de normas adecuadas de convivencia, en tanto que la función principal de los juzgadores es procurar asegurar la paz social.

Si lo expresado anteriormente es cierto, debemos deducir que el proceso no es meta a cumplir o lograr sino, en cambio, es un *método* para llegar a una meta. Siguiendo a Adolfo Alvarado Velloso<sup>283</sup> podemos decir que “el método procesal consiste en una secuencia o serie<sup>284</sup> invariable de actos que se desenvuelven progresivamente y están dirigidos a obtener la resolución de un litigio mediante un acto de autoridad”<sup>285</sup>.

<sup>279</sup> ALCALA ZAMORA y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 3ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991, pp. 233 – 234.

<sup>280</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Sistema Procesal Garantía de la Libertad*. 1ª Ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, T. I, p. 66.

<sup>281</sup> CARNELUTTI, Francesco, *Cómo se hace un proceso*, Traducc. SENTIS MELENDO, Santiago, AYERRA REDÍN, Marino, ed. Juris, s/l, s/f, p. 7.

[http://campus.academiadederecho.org/archivos/\\_127/Carnelutti%20Como%20se%20hace%20un%20proceso.pdf](http://campus.academiadederecho.org/archivos/_127/Carnelutti%20Como%20se%20hace%20un%20proceso.pdf)

<sup>282</sup> Tal como lo expresaba Carnelutti: “la paz es un estado del alma que extingue el deseo de mutación (...) los hombres consiguen ese estado de ánimo, cuando hay orden entre ellos y derredor de ellos.”(CARNELUTTI, Francesco, *Como nace el derecho*, Traducc. SENTIS MELENDO, Santiago, AYERRA REDÍN, Marino, ed. Juris, s/l, s/f, p. 22) Ese orden se alcanza a través del proceso, que es un sucedáneo de la fuerza privada.

[http://campus.academiadederecho.org/archivos/\\_127/Carnelutti%20Como%20nace%20el%20derecho.pdf](http://campus.academiadederecho.org/archivos/_127/Carnelutti%20Como%20nace%20el%20derecho.pdf)

<sup>283</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo, Resumen de la conferencia a pronunciar en el *Congreso Nacional de Derecho Procesal “Homenaje al Dr. Román J. Duque Corredor”* en el Centro Insular de Estudios de Derecho, Porlamar, 18 de abril de 2008, [s.n.] p. 5.

<sup>284</sup> Lo lógico de la serie procesal es que en su propia composición siempre habrá de exhibir cuatro fases -ni más ni menos- en el siguiente orden: afirmación, negación, confirmación y alegación. En tal serie consecucional -concatenación de actos- cada elemento es el precedente lógico del que le sigue y, a la inversa, cada uno es a su vez el consecuente lógico del que le antecede. La serie consecucional así concebida está formada por instancias: acción del actor y reacción del demandado, y cada una de ellas debe ser necesariamente bilateralizada, es decir, conocida por la parte que no la ejercitó a fin de poder afirmar, negar o confirmar lo que sea respecto de ella.

<sup>285</sup> Ese acto de autoridad que pone fin al litigio es la *sentencia* y ella es el *objeto del proceso*, por lo tanto, la sentencia no integra la serie procesal. No obstante, el proceso no siempre cumple o llega a obtener su objeto, toda vez que el litigio puede disolverse antes de que se llegue a la sentencia, como ocurre por ejemplo cuando las partes autocomponen el litigio a través de una transacción, o cuando en la caducidad de instancia el proceso finaliza por la inactividad de las partes frente al transcurso del tiempo, etc.

Lo cierto es que con esa secuencia o serie, el juez puede llegar a *igualar jurídicamente* a quienes son *naturalmente desiguales*, es decir, a las partes<sup>286</sup>.

El proceso como método de debate dialogal debe estar orientado por dos principios cardinales. Ellos son: por un lado la *igualdad de las partes*, y por el otro la *imparcialidad de los jueces*. Sin ellos sería imposible hablar de un *debido proceso legal*.

Siguiendo este razonamiento, podemos colegir que, “el proceso como método de debate pacífico –y no como fin en sí mismo– es la garantía de garantías para efectivizar derechos humanos en un marco democrático, que no debe ser confundido con meros procedimientos.”<sup>287</sup>

### La garantía de garantías, el debido proceso legal

Del mismo modo que ocurre con otros conceptos jurídicos, para analizar el *debido proceso*, debemos situarnos en un lugar, Inglaterra, y “remontarnos en la historia, ya que como otros presupuestos tiene su raigambre en lo preceptuado por la Carta Magna de 1215 donde se reconoce el derecho de los barones normandos frente a Juan Sin Tierra a no padecer arresto o prisión y a no ser molestados ni despojados de su propiedad sin el juicio de sus pares y mediante el debido proceso legal”<sup>288</sup>.

Con posterioridad, se infiltra a las colonias inglesas en América. Así, encontramos el concepto de debido proceso en la Constitución de Estados Unidos, en la *Quinta Enmienda* y luego en la *Décimo Cuarta Enmienda*.

En cuanto a la Constitución Argentina -al igual que la mayoría de las Constituciones de los demás países del continente- no incluye la adjetivación de *debido* al vocablo proceso, sino que, en su lugar, declara el *derecho a la inviolabilidad de la defensa en juicio*. En efecto, se ha llegado a decir que el debido proceso es una garantía innominada en nuestra Carta Magna (art. 33 C.N.).

Como no es una tarea fácil conceptualizar al *debido proceso*, autores nacionales elaboraron “la doctrina del debido proceso sobre bases negativas, exponiendo siempre que la ausencia de tal o cual requisito ocasionaba una violación al derecho de defensa en juicio, que fue tradicionalmente el referente inmediato del proceso debido.”<sup>289</sup>

Esta es la línea que sigue la doctrina argentina mayoritaria. Sin embargo, siempre son preferibles las definiciones positivas, y en tal afán, entendemos que el *debido proceso* es “el proceso, de por sí respetuoso de los derechos y garantías constitucionales y de

<sup>286</sup> Dice Carnelutti que “la parte es el resultado de una división: el *prius* de la parte es un todo que se divide. La noción de parte está por tanto, vinculada a la de discordia, que a su vez es el presupuesto psicológico del proceso; no habría delitos ni litigios si los hombres no se dividiesen (CARNELUTTI, Francesco, *Cómo se hace... op. cit.*, p. 18).

<sup>287</sup> CALVINHO, Gustavo, *El proceso con derechos humanos: método de debate y límite al poder*, 1ª ed., La Ley Paraguay, Asunción, 2011, p. 135.

<sup>288</sup> CIANCIA, Olga Edda, *Derecho procesal contemporáneo: El debido proceso*, Directores: ALVARADO VELLOSO, Adolfo, ZORZOLI, Oscar A., Subdirectores: CALVINHO, Gustavo, CIANCIA, Olga Edda, 1ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 139.

<sup>289</sup> GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *El debido proceso*, 1ª ed., Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 42.

los derechos humanos reconocidos en los pactos y tratados internacionales.”<sup>290</sup> En términos de Alvarado Velloso, el *debido proceso* es “aquel que se adecua plenamente a la idea lógica de proceso: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad en el instar ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa (y, como tal, imparcial, imparcial e independiente). En otras palabras: el debido proceso no es ni más ni menos que el proceso en el que se respeta sus propios principios”<sup>291</sup>, los cuales van ínsitos en el sistema establecido desde el propio texto constitucional, y son: la igualdad de las partes litigantes, la imparcialidad del juzgador, la transitoriedad de la serie consecucional, la eficacia de esa misma serie y la moralidad en el debate.

Podemos expresar que el debido proceso, en cuanto a la *confirmación* -ámbito al cual se circunscribe el presente trabajo- supone:

- 1.- el derecho de confirmar (probar) con la utilización de todos los medios legales procedentes y pertinentes.
- 2.- el derecho a que el juzgador se atenga sólo a lo regular y legalmente acreditado en las actuaciones respectivas.

En tanto que, en lo que atañe a la *sentencia* comprende: el derecho a que la misma sea dictada por un juez objetivo, imparcial, imparcial e independiente.

En suma, es posible concluir que, “el debido proceso legal se sostiene en los principios de bilateralidad y contradicción, ejercicio efectivo de derecho de defensa y garantías suficientes para la independencia e imparcialidad del juez que interviene en el conflicto”<sup>292</sup>.

Veamos ahora los dos principios cardinales o fundamentales que hacen al debido proceso: La igualdad de las partes y la imparcialidad del juzgador.

## **Igualdad de las partes**

“Todo proceso supone la presencia de dos sujetos (carácter dual del concepto de parte) que mantienen posiciones antagónicas respecto de una misma cuestión (pretensión y resistencia).”<sup>293</sup>

En el ámbito del derecho procesal la igualdad se traduce en paridad de oportunidades y de audiencia. Esto significa por un lado que las normas que regulan la actividad de una de las partes litigantes no pueden constituir, respecto de la otra, una situación de ventaja o de privilegio, y por el otro que el juez no puede dejar de dar un tratamiento similar a ambos contrincantes.

De esta forma, la principal consecuencia del principio de igualdad es la regla de la *bilateralidad o contradicción*, lo que implica necesariamente que cada litigante tiene

---

<sup>290</sup> CALVINHO, Gustavo, *op. cit.*, p. 135

<sup>291</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Sistema Procesal... Op. cit.*, t. I, p. 331.

<sup>292</sup> GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *El debido... op. cit.*, p. 24.

<sup>293</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Sistema Procesal... op. cit.*, t. I, p. 343.

derecho de ser oído respecto de lo afirmado y confirmado (probado) por el otro litigante.

Resta aclarar que este principio está generalmente consagrado en las Constituciones del Mundo, y particularmente en nuestra Constitución Nacional Argentina, cuyo artículo 16, reza: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley...”.

A continuación veremos en qué consiste la imparcialidad, que se encuentra íntimamente vinculada a la igualdad. Estos dos principios son las dos caras de una misma moneda: el debido proceso.

### **Imparcialidad del juzgador<sup>294</sup>:**

Este principio enseña que “el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello no debe estar colocado en la posición de parte (imparcialidad) ya que nadie puede ser actor o acusador o juez al mismo tiempo<sup>295</sup>; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia).”<sup>296</sup>

Al respecto, enseña Andrea Merói que “para muchos teóricos del proceso, la garantía de *imparcialidad* (si se quiere, en su dimensión de *imparcialidad*) está estrechamente vinculada a la tesis de la separación de funciones entre juzgador y partes”<sup>297</sup>.

La palabra imparcialidad no es la mera ausencia de interés en el litigio, sino que siguiendo al maestro Adolfo Alvarado Velloso<sup>298</sup>, la imparcialidad exige al mismo tiempo:

- Ausencia de prejuicios de todo tipo (raciales, religiosos, etc.) respecto de las partes litigantes y del objeto litigioso.
- Independencia de cualquier opinión y, consecuentemente, tener oídos sordos ante cualquier sugerencia o persuasión de parte interesada que pueda influir en su ánimo.
- Ausencia de identificación con alguna ideología determinada.
- Completa ajenidad frente a la posibilidad de dádiva o soborno.

<sup>294</sup> Ya Sócrates (470 – 399 a. C.) decía respecto de los jueces: “Cuatro características corresponden al Juez: escuchar cortésmente, responder sabiamente, ponderar prudentemente y decidir imparcialmente.” El subrayado nos pertenece.

<sup>295</sup> Sin embargo, vemos como esta desvirtuación del proceso tuvo lugar en el sistema inquisitivo, en el que el juez era la misma persona del acusador.

<sup>296</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Sistema Procesal... Op. cit.*, T. I, p. 340.

<sup>297</sup> MERÓI, Andrea A., “La Imparcialidad Judicial”, en Curso de Profundización en Derecho Procesal Instituto de Derecho y Ciencias Sociales de Santa Fe, Academia Nacional de Córdoba, Agosto de 2007, P. 14, [http://www.academiadederecho.org/biblio\\_display\\_cont.cgi?wid\\_cont=7624](http://www.academiadederecho.org/biblio_display_cont.cgi?wid_cont=7624).

<sup>298</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Sistema Procesal... Op. cit.*, T. I, p. 341-342.

- No influencia de amistad, odio, sentimiento caritativo, haraganería, de deseos de lucimiento personal, figuración periodística, etcétera.
- No involucrarse personal ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso.
- Evitar toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción.
- No fallar por su propio conocimiento privado del asunto.
- No tener temor al qué dirán ni a apartarse fundadamente de los precedentes judiciales, etc.

“La tarea de ser imparcial es asaz difícil pues exige absoluta y aséptica neutralidad”.<sup>299</sup> Y ser neutral implica no inclinarse por ninguna de las partes litigantes enfrentadas en el proceso, no participar de ninguna de sus posiciones.

En ese orden de ideas, compartimos la opinión de Castro<sup>300</sup>, en tanto propugna que “la imparcialidad es integrante del principio del debido proceso, constituyendo una garantía fundamental, que torna a una sentencia en arbitraria<sup>301</sup> cuando dicha resolución adolece de aquella”.

Por su parte Juan Montero Aroca califica a la imparcialidad (o *terzietà*) como una garantía, que ampara no “la concurrencia de las causas de abstención y de recusación, sino si una actividad concreta que puede ser realizada por el juez, atendida su necesaria condición de tercero. Adviértase que si se quiere lograr claridad conceptual debe distinguirse: 1) Una cosa es la “ajeneidad (desinterés objetivo o *alienità*) de la jurisdicción, como elemento caracterizador de la misma que la distingue de la administración, 2) Otra la “imparcialidad” (condición de tercero o *terzietà*) del juez en el proceso, lo que hace, no ya que no pueda ser al mismo tiempo parte sino que también no pueda realizar los actos propios de esta, 3) Todavía otra es la incompatibilidad de funciones judiciales dentro del mismo proceso, a las que se refiere por ejemplo el art. 34 del *Código di procedura penale* italiano al declarar incompatibles determinados actos realizados en el mismo proceso, pero que en el proceso civil también tienen algún sentido pues siempre será incompatible haber intervenido como juez en la primera instancia y poder intervenir en algún recurso, y 4) Por último, la imparcialidad que es necesariamente subjetiva, aunque la ley se ve precisada a objetivar estableciendo las causas de abstención y de recusación”<sup>302</sup>.

---

<sup>299</sup> *Ibidem*, p. 342.

<sup>300</sup> CASTRO, Daniel Alejandro, Ponencia: “La imparcialidad del Juzgador y los ámbitos de discrecionalidad judicial”. En: *X Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista* (Azul 12-13-14 Noviembre 2008), [s.n.] 2008, p. 6.

<sup>301</sup> Arbitrario, conforme a la Real Academia Española -vigésima segunda edición-, es lo que se hace por gusto o capricho de alguien, sin sujetarse a reglas leyes o a la razón; por eso cuando un juez falla sin ser imparcial lo hace arbitrariamente.

<sup>302</sup> MONTERO AROCA, Juan [et al], “El Proceso Civil llamado “Social” como instrumento”, *Proceso Civil e Ideología-Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p.158-159, citado por AVILA PAZ DE ROBLEDO, Rosa Angélica, *Imparcialidad judicial y facultades sancionatorias del juez en la recusación*, [s.l.] [s.n.] p. 10.

## Rango constitucional de la imparcialidad

En la Constitución Nacional Argentina no está previsto este principio de manera explícita, empero surge implícitamente de los arts. 18 y 33.

## La imparcialidad en las Convenciones Internacionales

La imparcialidad, en cambio, si está contemplada expresamente en las siguientes convenciones:

- **Convención Americana sobre Derechos Humanos** (San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969), **art. 8, inciso 1:** "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial..."
- **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre** (aprobada en la Novena Conferencia Internacional, Bogotá, Colombia, 1948), **art. XXVI, párrafo segundo:** "Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública..."
- **Declaración Universal de los Derechos Humanos** (adoptada el 10 de Diciembre de 1948 en París), **art. 10:** "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial..."
- **Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, art. 14:** "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial..."

### III.- IMPARCIALIDAD E IGUALDAD DE PARTES VIOLADAS POR LAS MEDIDAS PARA MEJOR PROVEER

Las medidas para mejor proveer violan el principio de *imparcialidad judicial* y consecuentemente vulneran el *debido proceso legal*, ya que -como quedó expresado en párrafos precedentes- para que hablemos de debido proceso se deben respetar ciertos principios, entre ellos la *imparcialidad* judicial y su correlato, la *igualdad* de las partes.

Tal violación al debido proceso se produce porque no es razonable que se adscriban al juez las tareas que son propias de las partes, tal es así que hasta "en el plano epistemológico se afirma que —por razones psicológicas, sociológicas, históricas— la tarea investigativa afecta la posterior actividad juzgadora".<sup>303</sup>

En rigor de verdad y como lo expresaba Couture, "La prueba civil *no es una averiguación*. Quien leyere las disposiciones legales que la definen como tal, recibiría la

---

<sup>303</sup> MEROI, Andrea A., *op. cit.* pp. 15 - 16.

sensación de que el juez civil es un investigador de la verdad. Sin embargo, el juez civil no conoce, por regla general, otra prueba que la que le suministran los litigantes. En el sistema vigente no le esta confiada normalmente una misión de averiguación ni investigación jurídica.”<sup>304</sup> Ello se debe a que, en definitiva, la tarea de probar en un sistema dispositivo, incumbe únicamente a las partes.

Sin embargo, cierta doctrina justifica la aplicación de las medidas para mejor proveer diciendo que con ellas se alcanza esclarecer la *verdad real*, y así se logra una sentencia *justa*.

Hecha esta aclaración previa, veamos ahora qué son las medidas para mejor proveer.

#### IV.- MEDIDAS PARA MEJOR PROVEER. CONCEPTO.

“Se ha venido sosteniendo que las diligencias para mejor proveer representan una excepción al principio dispositivo e incluso una penetración inquisitiva en el proceso civil, se ha dudado en ocasiones de que debieran considerarse verdaderas pruebas y se ha venido insistiendo en que se trata de una facultad discrecional del juzgador que no puede ser controlada ni aun por el tribunal superior que conoce de un recurso ordinario.”<sup>305</sup>

Las medidas para mejor proveer son facultades-deberes de los jueces, previstas en la legislación procesal, para que puedan disponer medidas probatorias por propia iniciativa en caso de hallarse en una situación de duda al sentenciar. En similares términos las definió un gran procesalista uruguayo diciendo que son “aquellas medidas probatorias que el Juez puede disponer por propia iniciativa, destinadas a mejorar las condiciones de información requeridas por la sentencia, de cuya génesis lógica forman parte.”<sup>306</sup>

“En la actualidad se entiende que el juez cuenta con atribuciones o iniciativas probatorias para adquirir prueba de oficio”<sup>307</sup>. Creemos que las mismas, no se condicen con el sistema procesal dispositivo, ni con el principio de aportación de parte, ponen en peligro la imparcialidad judicial y la igualdad de las partes al afectar la carga procesal, que atiende a que solamente las partes pueden determinar los medios concretos de prueba a realizarse en el proceso.

Desde otra arista, es importante señalar que “el alcance de las incumbencias probatorias del órgano jurisdiccional y de las partes en los sistemas de procesamiento latinoamericanos hoy agita al de las dos corrientes (garantistas/publicistas) que se encuentran enfrentadas ideológicamente en el procesalismo científico de las últimas

---

<sup>304</sup> COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed. (póstuma), Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 217.

<sup>305</sup> MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1998, p. 285.

<sup>306</sup> COUTURE, Eduardo, *Teoría de las diligencias para mejor proveer*, Casa A. Barreiro Ramos S.A., Montevideo, 1932, p. 63.

<sup>307</sup> KIELMANOVICH, Jorge L., *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 91.

décadas del siglo XX, debate que se prolonga, aún con mayor intensidad, en estos primeros años del siglo XXI.”<sup>308</sup> A continuación veremos lo que establece cada una de estas corrientes.

### Doctrina que las propugna: Activismo Procesal

El activismo procesal se caracteriza por propugnar el aumento de las facultades de los magistrados en desmedro de los poderes de las partes, atenuando el sistema dispositivo del proceso. Esto se conoce como “publicización o democratización del proceso”, en atención a la finalidad que se le atribuye al proceso.

El aumento de los poderes del juez -llamado por los sostenedores de esta corriente, juez director del proceso como exacto equilibrio entre el juez inerte y el juez dictador- se acentúa especialmente en el campo probatorio, ya que para este sector de la doctrina el *fin* o norte del proceso es la *búsqueda de la verdad real* para lograr una *sentencia más justa*, es decir, para que “la victoria sea de la parte que efectivamente tenga la razón y no de aquella que sepa prevalecer en virtud de la mayor fuerza económica o de la mayor habilidad propia o del defensor”<sup>309</sup>. Para la consecución de esta finalidad se implementan diversas herramientas/mecanismos, entre los cuales se destacan las *medidas para mejor proveer*. En otras palabras “la corriente de pensamiento que nos ocupa se singulariza por legitimar -llegado el caso y cuando correspondiera- el dictado de las llamadas medidas para mejor proveer.”<sup>310</sup>

Esta doctrina, concibe a las medidas para mejor proveer como una facultad discrecional de los jueces cuya finalidad es aclarar dudas o puntos oscuros que pueda tener el juez al momento de fallar. Algunos sostenedores de la misma, yendo un poco más lejos e interpretando literalmente el art. 36 inc. 4 del C.P.C. y C. N. reformado en el año 2002, sostienen que el dictado de las medidas analizadas no es una facultad sino que se trata de un “deber” de los magistrados.

En palabras de Barrios de Angelis<sup>311</sup> “el concepto de poder-deber indica la situación propia de la jurisdicción: *poder*, en cuanto fuerza positiva que determina necesariamente situaciones jurídicas de sujetos distintos de su titular; y también *deber*, que domina al poder, en cuanto este último se ejercita como consecuencia de la necesidad jurídica, en el caso, la de realizar los fines de la justicia que incumbe al Estado”.

<sup>308</sup> BENABENTOS, Omar A., “Las pruebas de oficio, las incumbencias probatorias del juez y las partes en los sistemas de procesamiento latinoamericanos”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba Activismo y Garantismo Procesal*, 1ª ed., Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, p. 33.  
[http://campus.academiadederecho.org/archivos/\\_127/Academia%20Nacional%20de%20Cordoba%20-%20AAVV%20-%20Activismo%20y%20Garantismo%20Judicial.pdf](http://campus.academiadederecho.org/archivos/_127/Academia%20Nacional%20de%20Cordoba%20-%20AAVV%20-%20Activismo%20y%20Garantismo%20Judicial.pdf)

<sup>309</sup> ARAZI, Roland [et. al.], “Constitución, prueba y el papel del juez en el proceso justo”, *Revista de Derecho Procesal*, 2005-1: Prueba – I, 1ª ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 59.

<sup>310</sup> PEYRANO, Jorge W., “Sobre el activismo judicial”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba Activismo y Garantismo Procesal*, 1ª ed., Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, p. 8

<sup>311</sup> BARRIOS DE ANGELIS, Dante, “Diligencias para mejor proveer”, LL 84-796, p. 796.

Marcelo Midon<sup>312</sup>, asimismo entiende que se trata de “poder en cuanto “potencia de mandar a las partes”, que se combina con el deber, pues es insoslayable el ejercicio del poder cuando lo demanda el rendimiento del servicio de Justicia”.

En este orden de ideas expresa Carrillo<sup>313</sup> que “del mismo modo que el médico no se conforma con los síntomas externos que tiene a la vista para hacer el diagnóstico, y ordena nuevas pruebas, el juez exige, mediante medidas para mejor proveer, nuevos elementos que hagan posible o perfeccionen su diagnóstico. Producidas esas nuevas pruebas, el juez ha mejorado su condición intelectual para formar el juicio de hecho, porque lo que era impreciso y confuso se ha aclarado; entonces, el juez está ya en condiciones de calificar el hecho y podrá afrontar más seguro la etapa del juicio de derecho, y ello gracias a que “pudo proveer”.”

Desde tal óptica, afirman que la carga de la prueba continúa estando en cabeza de las partes, pero que ello no obsta a que, en aras a esclarecer los hechos controvertidos el juez intervenga, dictando medidas complementarias a la actividad de las partes en un intento de lograr para sí, la convicción necesaria para dictar una sentencia justa. Para arribar a tal conclusión, parten del análisis de la *finalidad de la prueba*<sup>314</sup> y de la premisa de que la *convicción* indispensable a tal fin, se elabora en el fuero interno del juzgador, razón por la cual no puede ser privado de tal facultad *so pena* de pretender el dictado de una sentencia formalmente válida pero sin la convicción requerida indispensablemente por el sistema jurídico.

Entienden que la teoría del *onus probandi* debe ser utilizada como *ultima ratio*, esto es, luego de que las partes hayan producido la prueba ofrecida, luego de haber sido ejercidas las facultades instructorias que legalmente le han sido atribuidas al juez, ya que de lo contrario, es decir, de aplicarse automáticamente la teoría de la carga probatoria, eventualmente se alcanzaría la *verdad formal*, jamás la *verdad real*.

En esta tónica, se muestran a favor de que los jueces acudan a ellas siempre que se respete la igualdad y el derecho de defensa de los litigantes. En líneas generales, coinciden en que pueden ser utilizadas siempre que no sean dictadas para encubrir la negligencia probatoria de alguna de las partes. Sin embargo, otros autores -que podríamos decir pregonan un activismo más puro y extremo- van un poco más lejos y sostienen que “aun mediando negligencia de éstas, el juzgador tiene el deber de suplir esa omisión y antes de decidir tiene que esclarecer los hechos, ordenando la producción de la prueba que considera decisiva”<sup>315</sup>.

---

<sup>312</sup> MIDON, Marcelo Sebastián, *Derecho Probatorio: parte general*, 1ª Ed., Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2007, p. 213.

<sup>313</sup> CARRILLO, Hernán Gonzalo, “Medidas para mejor proveer (¿verdad real o verdad formal?)”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba Activismo y Garantismo Procesal*, 1ª ed., Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, p. 43.

<sup>314</sup> “La finalidad de la prueba sería entonces formar el “convencimiento del juez acerca de la existencia o no de hechos de importancia en el proceso”, al decir de Chiovenda, convicción o, si se prefiere, certeza, que no supone que el hecho sea “verdadero” sino que haya existido con un alto margen de probabilidad, en grado tal que pueda producir esa credibilidad judicial, a consecuencia de la cual el hecho habría de ser fijado formalmente en el proceso” (KIELMANOVICH, Jorge, *Teoría de la prueba y medios probatorios*, Ed. Rubinzal Culzoni, s/l, 2001, p. 59).

<sup>315</sup> ARAZI, Roland, *Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2ª ed., Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, s/f, t. I, p. 388.

Por último, “para el activismo judicial la lectura de la Constitución Nacional no constituye un obstáculo para distribuir el pan de la Justicia sino más bien un estímulo”.<sup>316</sup>

### **Doctrina que limita su aplicación, o las rechaza por inconstitucionales: Garantismo Procesal.**

“La voz *garantista* o su sucedáneo *garantizador* proviene del subtítulo que Luigi Ferrajoli puso a su magnífica obra *Derecho y Razón* y quiere significar que, por encima de la ley con minúscula, está siempre la Ley con mayúscula (la Constitución).”<sup>317</sup>

Para los autores garantistas el fin del proceso es resolver conflictos para garantizar la *paz social*. En esa inteligencia “como el proceso es sólo un medio de debate para lograr la heterocomposición de las partes, parece razonable sostener que el objeto de aquel es lograr la emisión del acto de autoridad que resolverá el litigio: la sentencia.”<sup>318</sup>

Conforme a este sector de la doctrina, las facultades de los jueces no deben ser aumentadas, porque bajo la apariencia de jueces activos y comprometidos con la verdad y la justicia, se puede llegar a posturas *autoritarias* por parte de estos ya que, en efecto, la verdad y la justicia son valores relativos.

Postulan que la incumbencia probatoria en el proceso civil dispositivo pertenece a las partes, éstas son las únicas que tienen el derecho constitucional de probar. Ellas son quienes deben convencer al juez confirmando los hechos introducidos en la demanda y contestación; y en caso de que el juez al fallar tenga dudas respecto de cómo sucedieron los hechos, la cuestión debe resolverse acudiendo a las reglas del *onus probandi*, es decir, si la parte que debió probar, no lo hizo, debe perder el juicio.

Cuando el juez dicta medidas para mejor proveer, lo que ocurre es que se inmiscuye en un terreno que es exclusivo de las partes, beneficiando necesariamente a uno de los litigantes en perjuicio del otro. Consecuentemente, con su utilización se viola el principio de *igualdad de las partes*.

En este punto es muy gráfico el ejemplo que nos brinda Fermín Canteros<sup>319</sup>, comparando a un juez activista que acude a las medidas para mejor proveer con un árbitro de boxeo, quien deja de lado su imparcialidad para asistir a uno de los boxeadores, interviniendo en la pelea al punto de convertirse en un golpeador liso y llano en el combate, haciendo ganar al boxeador asistido.

<sup>316</sup> PEYRANO, Jorge W., *op. cit.*, p 8.

<sup>317</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El Garantismo procesal*, 1ra ed., Editorial Adrus S.R.L., Perú, 2010, p 77.  
[http://campus.academiadederecho.org/archivos/\\_127/Alvarado%20Velloso%2020El%20Garantismo%20Procesal.pdf](http://campus.academiadederecho.org/archivos/_127/Alvarado%20Velloso%2020El%20Garantismo%20Procesal.pdf)

<sup>318</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Sistema Procesal Garantía de la Libertad*, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2009, t. I, p. 317.

<sup>319</sup> CANTEROS, Fermín, “Estructura básica de los discursos garantistas y activista del derecho procesal”, *Temas procesales conflictivos* N° 6, Director: ALVARADO VELLOSO, Adolfo, 1ª ed., Rosario, Juris, 2012, pp. 40 – 46.

En un similar orden de ideas, Omar Benabentos<sup>320</sup> también apela a un ejemplo muy ilustrativo a los fines de expresar que con el empleo de estas facultades el juez pierde de manera inevitable su imparcialidad. Así, relata que en un litigio en el que se pretende el resarcimiento de lesiones corporales por parte de la víctima, no se produce la prueba pericial médica y el juez, en consecuencia, la despacha de oficio; de esta manera consigue acreditar las lesiones y el grado de incapacidad del actor, pero con ello tuerce el curso de su originaria decisión, ya que pasa de un rechazo de la pretensión (conforme a lo que se imponía por lo afirmado y no acreditado) al dictado de una sentencia favorable para el actor.

Dentro de la tesitura garantista encontramos una postura más moderada, propuesta por Alvarado Velloso, quien sostiene que las medidas para mejor proveer son una actividad "excepcional y que como tal, debe ser efectuada con las restricciones que toda excepción exige a fin de que el juez no abuse de los poderes que confiadamente le confirió el legislador y convierta al proceso en un instrumento de arbitrariedad y autoritarismo al romper el adecuado e igualitario equilibrio que debe existir entre las partes"<sup>321</sup>. En atención a ello, sólo se puede recurrir a las mismas en caso que haya abundancia de pruebas y no obstante, el juez se halle perplejo, y sobre todo "sin olvidar que Salomón, el más justo de los jueces que en el mundo han sido, no precisaba de medidas para mejor proveer en orden a efectivizar su sentido de justicia"<sup>322</sup>.

Sostiene Alvarado Velloso que "la ley es -debe ser- de neto corte dispositivo, y que no se compadece con el sistema que un juez -tercero imparcial e independiente- asuma la defensa de una de las partes en aras de buscar la "verdad" (en definitiva, lo que por tal entiende subjetivamente el juez actuante y que, paradójicamente, puede no coincidir con el parecer de otro juez o con la misma verdad real). Al contrario, estimamos que así como la carga de afirmar pesa sobre las partes, en orden al principio de iniciativa que expresamente acepta la ley procesal civil, también debe pesar por entero sobre ellas la carga de probar, no siendo lícito derivar tal tarea a la persona menos indicada para hacerlo: el tercero que debe resolver imparcialmente el litigio".<sup>323</sup>

Otra solución, un poco más extrema, es la propuesta por Botto Oakley<sup>324</sup>, la cual consiste en que esta clase de medidas debe ser *eliminada* del proceso civil por su notoria improcedencia e inconstitucionalidad, al revelar una notoria parcialidad por parte de los jueces que las utilizan, rompiendo con el debido proceso.

---

<sup>320</sup> BENABENTOS, Omar Abel, *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*, Ed. Juris, Rosario, Marzo 2001, pp. 126 - 127.

<sup>321</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Compendio del libro Sistema Procesal: Garantía de la Libertad, adaptado a la legislación procesal de la provincia de Misiones por MARINONI, Juan Ernesto, 1<sup>ra</sup> Ed., AVI S.R.L., Rosario, 2011, p. 354.

<sup>322</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El Juez sus Deberes y Facultades*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 280.

<sup>323</sup> *Ibidem*, pp. 277-278.

<sup>324</sup> BOTTO OAKLEY, Hugo, *Las medidas para mejor resolver en el proceso civil Chileno son inconstitucionales*, Juris, Chile, 2003.

## Comentario personal

En el sistema procesal civil dispositivo las partes son las dueñas del proceso, tienen la carga de probar los hechos controvertidos y alegarlos. Y ello es así porque los hechos pertenecen a las partes y no al juez. Entonces, el juzgador no debe ayudar a las partes de suerte que beneficie a una en detrimento de la otra, como si a los jueces les incumbiera desempeñarse también como abogados.

La iniciativa probatoria que los jueces llevan a cabo cuando dictan las medidas para mejor proveer no se armoniza con el sistema procesal dispositivo y con el principio de aportación de parte. Lo único que se logra con estas medidas es poner en peligro la *debida imparcialidad judicial* y la *igualdad de las partes*, ya que se afecta a la carga procesal que atiende a que ellas son las únicas que pueden determinar los medios concretos de prueba a realizarse en el proceso, y la consecuencia es la dislocación del *debido proceso*.

La idea de proceso como medio pacífico de debate dialéctico entre dos partes antagónicas en pie de perfecta igualdad ante un juez que es tercero imparcial, imparcial e independiente se quiebra cuando ese juez, dictando medidas para mejor proveer, se entromete en un rol que debe ser exclusivo de las partes.

En síntesis, cuando los jueces dictan estas medidas en aras a la verdad y la justicia, se rompe con la estructura del proceso en el que las partes debaten en condiciones de plena contradicción e igualdad ante un tercero imparcial. De esta manera, el juez pierde tales cualidades de tercero imparcial para pasar a actuar en favor de aquella parte que no hizo todo lo que estuvo a su alcance para probar sus afirmaciones y en menoscabo de la otra parte.

## V.- ANTECEDENTES: DE ESPAÑA A ARGENTINA

### Legislación Inquisitorial Española

Como lo expresa Adolfo Alvarado Velloso<sup>325</sup>, antes de la Inquisición Española la *Ley de Partidas* señaló la importancia que para el juez tenía el *conocer la verdad* de lo que estaba a punto de sentenciar. Pero en modo alguno se apartó del paradigma de enjuiciamiento de la época: dos discutiendo ante un tercero imparcial. En un primer momento esto servía sólo para el campo de los procedimientos seguidos a consecuencia de la comisión de delitos. Pero luego también se extendió a los pleitos de orden civil.

El método inquisitivo y con él la prueba oficiosa aparecen recién nítidamente en el artículo 65 de la *Instrucción* del Marqués de Gerona, dictada en el mes de mayo de 1854 para corregir los procedimientos legislados respecto de los asuntos civiles.

---

<sup>325</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Debido Proceso Versus Pruebas de Oficio*, Ed. Temis S.A., Colombia, 2004, pp. 61 y ss.

Poco tiempo después se promulgó la *Ley de Enjuiciamiento Civil Española* de 1855, de gran importancia para los países de Latinoamérica, ya que fue ley vigente en casi todo el continente, que siguiendo los lineamientos de las *Instrucciones* reprodujo la idea ampliándola hasta límites insospechados, ya que detalló en su artículo 48 la actividad que se le encomendaba al juez a título de *facultad*, no de *deber*. Esta tesis se repitió en el artículo 340 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881.

Más de un siglo más tarde, en el año 2000, el artículo 435 de la ley N° 1, actual *Ley de Enjuiciamiento Civil Española*, cambió el régimen de prueba oficiosa. Al respecto, alguna doctrina sostuvo que se erradicó por completo la posibilidad de practicar *medidas para mejor proveer o resolver* o, como las denomina la ley española, *diligencias finales de prueba*. No obstante, creemos que tal norma simula un cambio que no es tal.

Como se ve, España sigue legislando con la misión de hacer *justicia* y olvidando las *garantías constitucionales del debido proceso*.

### **Las Primeras Leyes Inquisitoriales Argentinas**

En Argentina el panorama es similar al acaecido en España, pues no en vano heredamos de allí nuestra legislación.

En el año 1863 se dictó la Ley N° 50 de Procedimiento Federal, que en su artículo 102 mejoró notablemente el autoritarismo de su antecedente inmediato, es decir, la legislación española, en la que el juez sólo podía *ordenar la prueba ofrecida y no producida*; la ley argentina va un poco más lejos ya que permite al juzgador ordenar prueba *no ofrecida*.

El Código Procesal de la Provincia de Santa Fe de 1888 –que rigió hasta el año 1940– repitió la escena en su artículo 354.

Cosa análoga aconteció en la legislación del siglo XIX en casi todas las provincias de nuestro país (al igual que en toda América como veremos a continuación), y ello se debe a la influencia de una filosofía inquisitorial durante casi setecientos años contenida en leyes que fueron defendidas por la doctrina y la jurisprudencia de todo ese tiempo. En ellas *se privilegia la meta* (valores de verdad y justicia) *por sobre el método* (proceso como método de debate dialéctico).

Por último, en el artículo 36 inciso 4° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que es el que legisla a cerca de las medidas para mejor proveer, hubo una reforma introducida por la ley 25.488 (que entró en vigencia en el mes de mayo de 2002), la cual sustituyó la palabra “poder”, por “deber”, con lo cual el texto actualmente prevé que: “aún sin requerimiento de parte los jueces y tribunales deberán... ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes”.

## VI.- MEDIDAS PARA MEJOR PROVEER EN EL ACTUAL DERECHO NACIONAL

**“Artículo 36 del CPCCN (texto según ley 25.488 –B.O. 22/11/01). *Deberes y facultades ordenatorias e instructorias. Aun sin requerimiento de parte, los jueces y tribunales deberán: (...)***

*“4. Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. A ese efecto, podrán:*

*“a) Disponer, en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para requerir las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito;*

*“b) Decidir en cualquier estado de la causa la comparecencia de testigos con arreglo a lo que dispone el artículo 452, peritos y consultores técnicos, para interrogarlos acerca de lo que creyeren necesario.*

*“c) Mandar, con las formalidades prescriptas en este código, que se agreguen documentos existentes en poder de las partes o de terceros, en los términos de los artículos 387 a 389. (...)”*

Siguiendo la óptica de Lino Enrique Palacio y Adolfo Alvarado Velloso<sup>326</sup>, encontramos que de la lectura del artículo transcrito se desprende que las medidas para mejor proveer sólo deberían aplicarse ante la presencia de abundancia de pruebas contradictorias. Entonces, tales medidas no deberían ya funcionar frente a la ausencia total o parcial de prueba, en cuyo caso cabría sentenciar aplicando las reglas relativas a la distribución de la *carga de la prueba* y, consecuentemente, haciendo caer la pretensión de la parte renuente a cumplir el *onus probandi* que le incumbiese en orden a la naturaleza de los hechos alegados.

Para los mencionados autores estas facultades inquisitivas sólo deberían aplicarse cuando fuera necesario para el juez completar la información ya aportada por las partes o para aclarar alguna situación dudosa, pero siempre ignorando de antemano a quién se favorecerá o perjudicará con su diligenciamiento.

Lo cierto es que la mayoría de los ordenamientos procesales de nuestro país y de latinoamérica -incluso los más adheridos al principio dispositivo- admiten en mayor o menor medida, que el material probatorio incorporado al proceso por los litigantes sea complementado o integrado por propia iniciativa del órgano judicial.

Es importante destacar que la disposición de medidas probatorias de oficio configura una indudable facultad instructoria de los jueces, dependiendo de su mensurado criterio decretarlas o no.

---

<sup>326</sup> PALACIO, Lino Enrique, ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, explicado sistemáticamente en concordancia con los Códigos Procesales vigentes en todas las provincias de Argentina y en el Paraguay, anotado jurisprudencial y bibliográficamente, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa fe, s/f, T. II, Arts. 34 al 58, pp. 201 y ss.

De lo expuesto se sigue que las partes no pueden exigir la aplicación de las medidas para mejor proveer, ni existe para ellas, en consecuencia, la carga de instar su producción.

Por otra parte, es también menester resaltar que la amplitud con la que se hallan concebidas en general las normas que otorgan la facultad encaminada, descartan el carácter taxativo de las diligencias probatorias que cabe disponer de oficio. Por lo tanto, aparte de las medidas relativas al requerimiento de explicaciones que se estimen necesarias al objeto del pleito, a la citación de testigos, peritos y consultores técnicos, sumada a la de la agregación de documentos en poder de las partes o de los terceros, el CPCN por aplicación de la regla general contenida en el art. 36, inc. 4º, autoriza a los jueces el ejercicio de facultades instructorias en numerosas disposiciones atinentes a la producción de medios de prueba en particular.

Así, pueden los jueces de oficio interrogar a las partes en la audiencia de absolución de posiciones sobre todas las circunstancias que fueren conducentes a la averiguación de la verdad; pedir a las partes, en las audiencias destinada a la recepción de declaraciones testimoniales, las explicaciones que estimaren necesarias sobre los hechos; decretar el careo entre testigos o entre éstos y las partes; disponer la declaración de testigos mencionados por las partes en los escritos de constitución del proceso o cuando, según resultare de otras pruebas producidas, tuvieren conocimiento de los hechos que puedan gravitar en la decisión de la causa, así como ordenar que sean examinados nuevamente los ya interrogados para aclarar sus declaraciones o proceder al careo; agregar nuevos puntos de pericia a los propuestos por las partes; ordenar que el perito de las explicaciones que consideren convenientes o que se practique otra pericia, o se perfeccione o amplie la anterior, por el mismo perito u otro de su elección; disponer la elección de planos relevamientos, reproducciones fotográficas, cinematográficas, o de otra especie, de objetos, documentos o lugares, para el mejor esclarecimiento de los hechos controvertidos y reconstrucción de hechos para comprobar si se han producido o pudieron realizarse de una manera determinada y ordenar el reconocimiento de lugares o de cosas así como, aparte de las medidas precedentemente mencionadas, la concurrencia de peritos o testigos a dicho acto.

## VII.- CONCLUSIÓN

Las *medidas para mejor proveer* encuentran su raíz en el *sistema inquisitivo* y son diligenciadas por los jueces *so pretexto* de buscar la *verdad* real y así lograr *sentencias más justas*. Con ellas se trata de obtener la *eficacia* a costa de sacrificar garantías constitucionales. A nuestro entender son usadas como un *medio* para llegar a un fin: la *justicia*; es decir, responden a la idea maquiavélica de que *el fin justifica los medios*.

Lamentablemente, “en muchas legislaciones procesales civiles de nuestro tiempo es nítida la tendencia a acentuar la posibilidad de iniciativas probatorias oficiales”<sup>327</sup>. Tal es así que se advierte “una curiosa tendencia del juez civil que no dudaríamos en calificar bajo el carácter de “cuasi inquisitorial””<sup>328</sup>. Lo que ocurre es que, como expresáramos en párrafos precedentes, estas medidas son un resabio del *sistema inquisitivo* traído por España a América Latina, por eso es que, se hallan actualmente legisladas en la mayoría de sus códigos procesales.

Llegamos a la conclusión que las *medidas para mejor proveer* violan la igualdad de las partes y la imparcialidad de los jueces, y lo único que logran es que el juez que las dicta deje de ser un tercero para pasar a ocupar el lugar de aquella parte que debió confirmar (probar) y no lo hizo.

Consecuentemente, al no respetar los principios antedichos quebrantan el *debido proceso*, y por ello se puede decir que son *inconstitucionales*. Deberían ser derogadas de toda legislación que pretenda respetar el *debido proceso*, o al decir de nuestra constitución nacional, la *inviolabilidad de la defensa en juicio*.

Las leyes procesales que contemplan *medidas para mejor proveer* no se ocupan adecuadamente de la *imparcialidad judicial* ni toman en cuenta la *igualdad ante la ley* dispuesta por la *Constitución Nacional*, o lo hacen de manera insuficiente. Entonces, observamos que existe un claro divorcio entre esas normas procesales y la Constitución Nacional.

De nada vale tener un Código Procesal Civil con normas referidas a la *prueba* que consagren *cargas, plazos, negligencia, caducidad*, etcétera, si ese mismo cuerpo legal contempla a la par normas que confieren *amplias facultades a los jueces en materia probatoria*, facultándolos a diligenciar *medidas para mejor proveer*, y en razón de ello les permite salir en auxilio probatorio de alguna de las partes. En rigor de verdad lo único que se alcanza con ellas es un trastorno en el sistema jurídico.

Entendemos que la existencia de hechos alegados por las partes, pero no probados por ellas no puede ser suplida por el conocimiento que alcance el juez mediante pruebas de oficio, ya que en caso de carencia o ausencia de pruebas que convenzan al juez este debería fallar conforme lo indican las reglas sobre la carga de la prueba (*onus probandi*).

Por último, creemos que cuando se dispone la aplicación *medidas para mejor proveer* cabe preguntarse ¿dónde queda la idea de proceso como método pacífico de debate dialéctico entre partes naturalmente desiguales enfrentadas en pie de igualdad ante un tercero (imparcial, imparcial e independiente) que ha de resolver el litigio?

<sup>327</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos, “Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba”, *Revista Peruana de Derecho Procesal II*, Perú, 2010, p. 1.

<sup>328</sup> BORTHWICK, Adolfo E., *Nociones fundamentales del proceso*, Mave, Buenos Aires, 2001, p. 298.



# TEORIA GENERAL DEL PROCESO UNIFICADA

ADAILSON LIMA E SILVA<sup>329</sup>

**SUMÁRIO.** 1. Introducción. 2. Concepto de processo. 2.1 Concepto natural de proceso. 2.2 Concepto jurídico de proceso. 3. Outros concepto de proceso. 3.1. Proceso como procedimiento. 3.2. Proceso como instrumento jurisdiccional. 3.3. Proceso administrativo. 4. Naturaleza jurídica del proceso. 4.1 Proceso como relación jurídica. 4.2. Proceso como situación jurídica. 4.3. Proceso como institución. 5. Procedimiento. 5.1. Procedimiento extrajudicial. 5.2 Procedimiento judicial. 5.3 Fases del procedimiento judicial. 6. Demanda. 6.1. Concepto de acción. 6.2. Otros conceptos de acción. 7. Una introducción al derecho procesal post moderno. 8. Estructuración del proceso civil brasileño na atualidad. 9. Consideraciones acerca de proceso y procedimiento en el derecho brasileño de la postmodernidad. 9.1 Distinciones entre proceso judicial y procedimiento judicial. 9.2 El procedimiento administrativo brasileño posmoderno 10. Conclusiones. 11. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene el objetivo de demostrar la existencia de diversos entendimientos sobre la composición de la teoría general del proceso unificada en latino América a partir de diversos grados de conocimiento de los conceptos de derecho procesal y da necesidad de comparar la evolución del derecho procesal latino americano, en su versión postmoderna, cuya implantación ocurrió, con a mudanza del paradigma constitucional para el Estado Democrático del Derecho, para enm el futuro ocurrir una unificación conceptual de proceso, procedimiento, jurisdicción, acción, demanda en todas las ramas al lado del proceso civil, del proceso penal y del proceso del trabajo.

## 2. CONCEPTO DEL PROCESO.

El vocábulo proceso tiene varias acepciones, las principales son las acepciones sociales y las acepciones jurídicas con variación de conformidad con el campo del conocimiento lo qual es utilizado en el estudio concreto del caso en exame científico.

---

<sup>329</sup> Maestro y doctor em derecho procesal. Miembro del Instituto Brasileño de derecho procesal. Miembro del instituto Panamericano de derecho procesal. Professor en la Universidad del Estado de Minas Gerais Campus Ituiutaba – Brasil. Avogado militante.

## 2.1 CONCEPTO NATURAL DE PROCESO.

La palabra proceso en su acepción simple o natural significa la sucesión de actos coordinados entre sí que llevan a un acontecimiento final capaz de promover alguna alteración en el mundo fáctico que lo antecede. La alteración fáctica decorre de la fusión de todos los actos individuales que en realidad son concatenados entre sí.

De acuerdo con esta visión podemos hablar de proceso de crecimiento de los seres humanos, proceso de desenvolvimiento de una sucesión presidencial, en el régimen presidencialista o parlamentarista, como también en el proceso infeccioso que se inicia de forma unitaria y se desenvuelve hasta llevar a la muerte de la persona. Con igual pensamiento de igual monta el elogiado Fenech, Miguel<sup>330</sup> "proceso como una sucesión de actos o como un acto con dimensión temporal".

## 2.2 CONCEPTO JURÍDICO DE PROCESO.

En la acepción jurídica el proceso es la sucesión de actos processuales, concatenados entre sí, organizados de manera sistemática y producidos por los sujetos activos y pasivos de la relación jurídica procesal, bien así por los representantes de lo Estado-jurisdicción y sus auxiliares con el propósito de promover la decisión de la pretensión processual (pedido) puesta en el juicio para la solución de un litigio que promueve la inquietación social afectando o normal desenvolvimiento de lo Estado.

Es de traer a la colación la doctrina de Eduardo Pallares:<sup>331</sup>

"El proceso jurídico, en general, puede definirse como una serie de actos jurídicos vinculados entre sí por el fin que se quiere obtener mediante ellos y regulados por las normas legales" Con pensamiento bien similar es la doctrina de Chiovenda:<sup>332</sup>

"El proceso civil es el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley...por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria".

## 3. OUTROS CONCEPTOS DEL PROCESO.

El concepto del proceso tiene variado a lo largo del tiempo y con la evolución de los conceptos constitucionales y filosóficos imperantes en la época del estudio. Como se verá se demostrará con el proseguimiento de nuestro estudio.

---

<sup>330</sup> Derecho procesal civil, Madrid, Agesa, 1980.

<sup>331</sup> Derecho procesal civil, 91, Mexico, Porrúa, 1978.

<sup>332</sup> Instituciones de derecho procesal civil, Vol. I, pag. 37, Madrid, Editorial, 1948.

### 3.1 PROCESO COMO PROCEDIMIENTO.

Los autores de origen germanica definirán el proceso como solo procedimiento, con se percibe de las lecciones de Oskar Von Bulow<sup>333</sup>:

“En lugar de considerar el proceso como una relación de derecho público, que se desenvuelve de modo progresivo, entre el tribunal y las partes, ha destacado siempre unicamente aquel aspecto de la noción de proceso, que salta a la vista de la mayoría: su marcha o adelanto gradual, el procedimiento; unilateralidad que tiene su origen en la jurisprudencia romana de la Edad Media”.

En el mismos sentidos, para la concepción del proceso jurídico, las abalizadas lecciones de: a) Leo Rosenberg<sup>334</sup>: “el procedimiento jurídicamente regulado para la protección del ordenamiento jurídico”; b) James Goldschmidt<sup>335</sup>: “el proceso es el procedimiento cuyo fin es la constitución de la cosa juzgada”. c) Francesco Carnellutti<sup>336</sup>: “processo per quella sequela di tai, i quali si compiono per la composizione della lite”.

### 3.2 PROCESO COMO INSTRUMENTO JURISDICCIONAL.

Hay una corriente de pensamiento procesal de largo aceptación en el Brasil que tiene el proceso como instrumento de actuación de jurisdicción, a partir de las lecciones de Enrico Tullio Liebman<sup>337</sup>, con estas consideraciones: “In particolare processo civile è quello che si fa per lo svolgimento Della funzione giurisdizionale”

Tratase de la corriente cognomina “Teoría instrumentalista del proceso” que congrega la mayoría de los estudiosos del derecho processual brasileño.

### 3.3 PROCESO ADMINISTRATIVO.

Una gama de autores de renome, dentre os cuales se destaca Humberto Brizeño Sierra<sup>338</sup>, entendem existir una teoría general de proceso unificada, capaz de juntar el concepto de proceso civil, proceso penal, proceso del trabajo y proceso administrativo. Con estas consideraciones:

“Una corriente bien identificada por su intención de desterrar definitivamente los terminos contencioso administrativo, explica que la terminología apropiada es la de processo administrativo”.

<sup>333</sup> La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales, pag. 03, Buenos Aires, Ejea, 1956a

<sup>334</sup> Tratado de derecho procesal civil, pag. 05, Buenos Aires, Ejea, 1951;

<sup>335</sup> Teoría general del proceso, pag. 34, Barcelona, Labor, 1936.

<sup>336</sup> Sistema di diritto processuale civile, Padova, Cedan, 1936.

<sup>337</sup> Manuale di diritto processuale civile, pag. 14. Milano, Giuffrè, 1968

<sup>338</sup> El proceso Administrativo en Iberoamérica, pág. 190, México, Unam, 1968

El concepto del proceso administrativo, ponderada esta concepción, es la reunión de procedimientos para la resolución de problemas involucrando el Estado Administración y sus administrados, como también en la apuración de desvío de conducta de sus servidores públicos, bien así para apuración e fijación de los valores de las obligaciones fiscales y multas administrativas.

Hay que mencionar la existencia de otras variaciones del proceso mientras de menor importancia para la realización del objetivo elencado para el estudio en desarrollo en esta oportunidad, pero que serán traídas al estudio en el futuro.

#### **4. NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO.**

La naturaleza jurídica del proceso también es objeto de variación con la doctrina de seguimiento por el autor objeto de estudio, con digladiación de peso.

##### **4.1. PROCESO COMO RELACIÓN JURÍDICA.**

Segundo la visión científica de Chiovenda<sup>339</sup> a primer identificación del proceso como relación jurídica, embora sin mucha nitidez por Hegel<sup>340</sup> con estas consideraciones:

“Supuesta la identidad entre el ser y el ser dado, constituye el aspecto de la existencia, el cual puede intervenir también en la accidentalidad del capricho y de toda otra particularidad”.

Y en otra obra de su autoría el mismo Chiovenda<sup>341</sup>, esclarece:

“La relación jurídica – Todo derecho subjetivo presupone, como su fuente o causa inmediata, una relación entre dos o más personas, regulada por la voluntad de la ley y creada por la realización de un hecho”.

##### **4.2 PROCESO COMO SITUACIÓN JURÍDICA.**

El festejado autor Eduardo Pallares<sup>342</sup> resume la teoría de la situación jurídica con mucha nitidez:

“Su autor fue James Goldschmidt y consiste en subrayar las diferencias que existen entre la situación y la relación jurídicas, y afirmar que el proceso pertenece a la categoría de las situaciones y no a la de las

---

<sup>339</sup> Principi di diritto processuale civile., pab. 89, nota 2, Napoli. Jovene, 1930.

<sup>340</sup> Filosofía del derecho, parágrafo 212, sin edición

<sup>341</sup> Instituciones de derecho procesal civil, Vol. I, pag. 3, Madrid, Editorial, 1948.

<sup>342</sup> Derecho procesal civil, Mexico, Porrúa, 1978;

relaciones. Son aquéllas las siguientes: a) La relación es estática mientras que la situación es dinámica, una permanece igual al través del tiempo, mientras que la otra se modifica”.

#### 4.3 PROCESO COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA.

Con outra visión e na alinea de los ensinamientos de Jaime Guasp, estudioso español de teoría general del proceso Humberto Brizeño Sierra<sup>343</sup> leciona:

“El proceso es una manifestación institucional, porque las reglas públicas trascienden a las relaciones privadas y éstas revierten en aquéllas indefinidamente a lo largo del desarrollo de la serie”.

La corriente predominante en suelo brasileño, en que pese las lecciones de Brizeño Sierra és la relación jurídica que se adecua mejor a la actuación del proceso e de la justicia brasileños.

Mientras es importante notar que en una relación jurídica processual existen várias relaciones jurídicas processuais desarrolladas entre as partes titulares de los polos activos y pasivos, somadas a las relaciones procesuales desarrolladas entre aquéllas y el representante del Estado jurisdicción y su auxiliares en general.

#### 5. PROCEDIMIENTO.

A su tiempo procedimiento és tan suelo la orden en que serán realizados los actos personales o jurídicos , confuerme disposición legal o convención de las partes involucradas en el evento. Leciona Fenech<sup>344</sup>, Miguel: “procedimiento como el método o canon para la realización de una secuencia de actos que se desarrollan en la dimensión temporal”.

##### 5.1 PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL.

Luego podemos hablar en procedimiento extrajudicial, como acontece con la ordenación de una asamblea del condominio edilicio, como también na instauración de una sindicância (modalidade del procedimiento administrativo) com larga utilización para apuración de una falta funcional comedita por el servidor publico nel ejercicio de sus atribuciones junto al Estado.

Leciona, Niceto Alcalá-Zamora<sup>345</sup>, con precisión:

---

<sup>343</sup> El proceso administrativo en Iberoamérica, Mexico, UNAM, 1968

<sup>344</sup> Derecho procesal civil, Agesa Madrid, 1980.

<sup>345</sup> Proceso, Autocomposición y autodefensa, México, Unam, 1968.

“El procedimentalismo, que es una corriente fundamentalmente francesa, aunque en España la gran figura de Caravantes, representa avance indudable en cuanto al método expositivo”.

## 5.2. PROCEDIMIENTO JUDICIAL.

En otra version hay que hablar en el procedimiento judicial, que és un dos componentes del proceso judicial, con su organización determinada pela ley ordinária, procesal, que disciplina a ordem y la fuerma con la qual el actos processuais sedrán realizados y como atuarón el sujeito activo, como también sujeito el passivo de la relación jurídica procesal (otro componente del proceso) y el representante del Estado jurisdicción, desde la petición inicial hasta a decisión judicial proferida a la pretensión deduzida em júizo, con la finalidad de atribuir un bien de la vida al vencedor dela demanda.

El procedimiento judicial tiene vários tipos podendo ser escrito, oral o, en tiempos postmodernos virtual, conforme el grado de desenvolvimiento de lo proceso civil, en dado Estado y en cierta justicia, em la verdad hay predominância de uno procedimiento misto que mescla un poco de cada modalidad o seja oral, escrito o virtual, conforme el caso concreto.

## 5.3 FASES DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL

El procedimiento judicial tiene fases distintas e bien delineadas e su inicio ocurre con la petición inicial que possui la pretensión processual de la parte activa de la relación jurídica e tiene fin con la sentenza, en primeo grado de jurisdicción.

La fase intermediária tiene la destinación atribuída a la producción de pruebas electas pelas partes componientes de la relación jurídica processual para comprobación de lo factos constitutivos de suyo derecho subjetivo.

Acorde a nuestro pensamiento la lectione de Enrico Tullio Liebman<sup>346</sup>:

“Lo schema del procedimiento è dato da due tai fondamentali, quello iniziale e quello finale: la domanda Della parte e il provvedimento del giudice”...Tutti gli tai intermedi non hanno altro scopo che quello di preparare questa risposta”.

El procedimiento judicial como es notorio és componente del proceso judicial, como un todo mayor, siempre al lado de la relacione jurídica processual y de la jurisdicción estatal conteciosa.

---

<sup>346</sup> Manuale di diritto processuale civile,, pág. 190, Milano, Giuffrè, 1968.

## 6. DEMANDA.

La demana és la corporificación de la pretensión procesal (pedido), através de la petición inicial deduzida en juízo de forma física o virtual, na qual hay la concretización existencial del proceso perante el Estado jurisdicción.

Es de gran importancia a nuestro estudio a percepción de la lección de Friederich Lent<sup>347</sup>

*“La domanda è l’atto di parte con il quale il procedimento ha inizio, indispensabile per portare la lite davanti al giudice, poiché la tutela giurisdizionale non è concessa d’ufficio, occorre che l’interesato la chieda espresamente”.*

### 6.1 CONCEPTO DE ACCIÓN JURÍDICA.

La acción que és el derecho público constitucional de dirigir-se al juízo para hacer la decución de una pretensión procesal al Estado Jurisdicción en face de alguén.

Con cocepto bien proximo al nuestro pensamiento es a lección de Enrico Tullio Liebman<sup>348</sup>:

*“azione è amplissima e praticamente ilimitada ed è prevista dall’ art. 24 della Costituzione”...È questa la facoltà spettante a chiunque, in qualsiasi momento e circostanza, di rivolgersi all’autorità giudiziaria e mettere in moto il meccanismo del processo”.*

### 6.2 OTROS CONCEPTOS DE ACCIÓN JURÍDICA.

Hay grand variación del conecpto de acción consonante el labor doutrinário seguido pelo estudioso como demonstraremos adelante:

El festejado Carnellutti<sup>349</sup> leciona su concepto de acción con estas consideraciones: *“L’azione à attività squisitamente giuridica, in quanto si resolve in una serie di tai, che producono conseguenze di diritto”.*

En otro talante pontifica Adolph Wach<sup>350</sup>, su concepto de acción: *“la pretensión de protección del derecho, o como suele decirse también, en forma demasiado limitada, el derecho de accionar judicialmente”*

---

<sup>347</sup> Diritto processuale civile tedesco, pág. 128, Napoli, Morano, 1962.

<sup>348</sup> Mamuale di diritto processuale civile, pág. 34, Milano, Giufrè, 1968

<sup>349</sup> Sistema di diritto processuale civile, Vol. I, pág. 361, Padova, Cedan, 1936

<sup>350</sup> La pretensión de declaración, pag. 40, Buenos Aires, Ejea, 1937.

Otro es el pensamiento de Chiovenda<sup>351</sup>: L'azione é il potere giuridico di porre in essere la condizione per l'attuazione Della volontà della legge.

No hay modo de confundirse la demanda es la expresión física de los factos que derán origen a la pretensión processual deduzi en juicio (pedido) y acción es el derecho constitucional de dirigirse a la sede del juízo e requerir la solución judicial de una pretensión processual.

## 7. UNA INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL POSTMODERNO.

Apregoo algunos sectários da modernidad jurídica que a postmodernidad jurídica ainda non teve incio por falta de marco fático que pudesse establecer un divisor de águas divisor de águas entre la primeira e a última, olvidando-se que no interregno que medeia o fim da segunda guerra mundial hasta los dias de hoy caiu el muro de Berlin, ocurrió a cisión e queda da Union soviética.

En el mismo patatar, ocurrió a expansión del movimiento neoliberal globalizante, adveio a creación del bloco econômico jurídico da Unión Européia. Además hay una unión de fuerzas para creación el solificación del bloco jurídico e econômico cognominado Mercosur, estarián, en tese, a justificar o surgimento de la postmodernidad jurídica.

Confuerme nuestra opinión a lección de Jorge W. Peyrano<sup>352</sup>:

“En efecto: predicar la tolerancia, la conciliación de tesis antagonicas, el abandono de empresas utópicas y su recambio por emprendimientos más modestos pero asequibles y la desconfianza hacia un ejercicio desmesurado de racionalidad representa un ideario que, creemos, merece nuestra adscripción.”

En el derecho constitucional puede-se hablar en postmodernidad jurídica después del advento del Estado Democrático de Derecho. Segundo pensamos la post modernidad procesal és fruto da implatación de los principios constitucionales del proceso, (como siendo, principio de la amplia defensa, principio del devido proceso legal, principio del contradictorio, principio del juiz natural, entre otros) en el estructura del proceso.

El movimiento acima delineado teve el condón de cambiar la fuerma de visión e interpretación del derecho procesal e sus apliciones generales nel mundo jurídico y porcuanto non puede se alijado de nuestros estudios.

---

<sup>351</sup> Principi di diritto processuale civile, pág. 45, Napoli, Jovene, 1980.

<sup>352</sup> El derecho procesal postmoderno, Revista del proceso 81/141, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

Este movimiento originou-se na Itália en 1980, com lãs lecciones del estuiodo peninsular, Ítalo Andolina<sup>353</sup> :

“Le norme ed i principi costituzionali riguardanti l’esercizio della funzione giurisdizionale, se considerati nella loro complessità. Consentono all’interprete di disegnare un vero e próprio schema generale di processo”

Las aplicaciones delos principios generales de las Constituciones del Estado Democrático del Derecho en el ámbito del derecho procesal brasileño representio, a nuestro juicio, el surgimiento del derecho procesal brasileño postmoderno.

Con la qualidad de obtener la justicia alusiva al caso concreto con el menor dispendio financiero y en contra partida en el tiempo diminuido, con la capacidad de llegar a las ciudades mas lejanas y la s comunidades con menor instrucción;

Procurando resolver situaciones conflictuosas por medio de la cultura jurídica, con total exclusión de la fuerza bruta, con la manutención de la ordine legal y filosofica dominante, naquele momento historico pacificando conflictos y mintiendo la paz social y por consecuencia la estabilidad del gobierno.

Creemos que la postmodernidad procesual mostre el camino para la obtención de la paz social dando a cada un lo que es suyo, na célebre visión de Ulpiano (*neminem laedere, honest vivere suum cuique tribuere*), obtiendo los objetivos constantes de lo programa constitucional vigente, disminuido la igualdades sociales y ditribuido mejor la renda del pueblo.

## **8. CONSIDERACIONES ACERCA DE PROCESO Y PROCEDIMIENTO EN EL DERECHO BRASILEÑO POSTMODERNO**

El proceso brasileño es formado pela conjunto que engloba: a) lo procedimiento judicial , fixado por la lei procesual, para que haya solución à la pretensión processual dirigida al juicio; b) la relación jurídica processual que liga las partes activa e pasiva de la relación jurídica processual submentedolas a la sentencia que finda el procedimiento; c) la presencia da jurisdicción como represntación del poder de lo Estado para dar soluciones a los conflictos de interesse existentes en su territorio con autonomia y soberania.

### **8.1 DISTINCIONES ENTRE PROCESO JUDICIAL Y PROCEDIMIENTO JUDICIAL.**

En el derecho germanico son de mucha valia as consideraciones de Lent,

---

<sup>353</sup> Il modello costituzionale del processo civile italiano, Torino Giappichelli, 1980

Friedrich<sup>354</sup> para la distinción de proceso y procedimiento, no las consideraciones que se siguen:

“Il processo civile è soltanto uno dei molteplici procedimenti regolati dallo statu e destinati a svolgersi sotto la guida di un'autorità statale. È perciò necessario distinguerlo dagli altri tipi di procedimento e determinare quali punti possano o debbano essere trattati nel suo ambito”.

“La norma fondamentale per la distinzione è contenuta nel § 13 della G.V.G. Rientrano nell'ambito del processo civile le liti di diritto privato che appartengono alla cognizione dei giudici ordinari”.

En el derecho español Miguel Fenech<sup>355</sup> demuestra la diferenciación de proceso y procedimiento judiciales, con facilidad:

“El proceso jurisdiccional sólo puede caminar por una vía constituida por un procedimiento jurisdiccional. ..”Hay tantos procedimientos como previamente establecido pela Ley”.

A nuestro juicio la gran distinción entre proceso judicial y procedimiento judicial es cuanto al objeto, pues enquanto el objeto de proceso judicial es un bien de la vida (dinero, alimento, imóvil) lamentado y fruto de beligerancia entre las partes partes. El objeto de lo procedimiento es siempre la pretensión procesal (pedido) constante na petición inicial que lo inicia.

O procedimiento judicial es establecido por lei procesal y tratase de componente obrigatório del proceso judicial, de suerte que non hay como se hablar en proceso judicial sin procedimiento judicial, pero puedese hablar en procedimiento judicial sin demanda quando se habla en el inventario extrajudicial brasileño.

El proceso judicial es característico y exclusivo de la jurisdicción, enquanto facción autónoma del poder Estatal de dirimir el conflictos de intereses que afligem os titulares ativos y pasivos da relación jurídica procesal.

Por la incidència constitucional del principio del debido proceso legal antes del inicio del proceso judicial hay que estar fixado el procedimiento judicial aplicable a la especie, los medios de defensa con aplicación al caso concreto y su forma de ejercicio para aplicación del principio de la amplia defensa, com oportunización del ejercicio del principio del contraditório entre las partes de la relación jurídica y fixado el juicio natural competente para juzgamiento de la pretensión procesual.

---

<sup>354</sup> Diritto Processuale Civile Tedesco, Napoli, Morano, 1962

<sup>355</sup> Derecho procesal civil, Agesa Madrid, 1980.

## 9. CONCLUSIONES.

El vocábulo proceso tiene varias acepciones, las principales son las acepciones sociales y las acepciones jurídicas.

La palabra proceso en su acepción simple o natural significa la sucesión de actos coordinados entre sí que llevan a un acontecimiento final capaz de promover alguna alteración no mundo fáctico.

En la acepción jurídica proceso es la sucesión de actos processuales, concatenados entre sí, organizados de manera sistemática e producidos con el propósito de promover la decisión de la pretensión processual (pedido) puesta en juicio

Hay otras concepciones del proceso, tales como, el proceso como procedimiento, el proceso como instrumento de la jurisdicción y el proceso administrativo.

La naturaleza jurídica del proceso es controvertida, entre los diversos autores jurídicos, conforme su preferencia doctrinaria, pero las principales corrientes son las del proceso como relación jurídica, del proceso como situación jurídica y del proceso como institución.

A su tiempo procedimiento es tan solo el orden en que serán realizados los actos personales o jurídicos, conforme disposición legal o convención de las partes.

Luego podemos hablar en procedimiento extrajudicial, como acontece con la ordenación de una asamblea del condominio edilicio, como también en la instauración de una sindicância (modalidad del procedimiento administrativo).

En otra versión hay que hablar en el procedimiento judicial, que es un dos componentes del proceso judicial, con su organización determinada por la ley ordinaria, procesal, que disciplina el orden y la forma con la cual los actos processuales serán realizados.

El procedimiento judicial tiene fases distintas e bien delineadas e su inicio ocurre con la petición inicial que posee la pretensión processual de la parte activa de la relación jurídica e tiene fin con la sentencia, en primer grado de jurisdicción.

La demanda es la corporificación de la pretensión procesal (pedido), a través de la petición inicial deducida en juicio de forma física o virtual, en la cual hay la concretización existencial del proceso ante el Estado jurisdicción.

La acción que es el derecho público constitucional de dirigirse al juicio para hacer la deducción de una pretensión procesal al Estado Jurisdicción en face de alguien.

Hay gran variación del concepto de acción consonante al trabajo doctrinario seguido por el estudioso.

En el derecho constitucional puede-se hablar en postmodernidad jurídica después del advenimiento del Estado Democrático de Derecho. Segundo pensamos la post modernidad procesal es fruto de la implementación de los principios constitucionales del proceso, (como siendo, principio de la amplia defensa, principio del debido proceso legal, principio del contradictorio, principio del juez natural, entre otros) en la estructura del proceso.

Las aplicaciones de los principios generales de las Constituciones del Estado Democrático de Derecho en el ámbito del derecho procesal brasileño representan, a nuestro juicio, el surgimiento del derecho procesal brasileño postmoderno.

El proceso brasileño es estructurado a partir de la fusión de algunos componentes diferentes como se demostrará adelante. En primer plano habrá que existir una relación jurídica procesal.

En segundo plano hay a figura del procedimiento judicial, que se inicia con la presentación de la petición inicial poseedora de lo factivo lamentado por el titular activo de la relación procesal y su pretensión procesal (pedido) de solución fundada o no en la ley.

El tercer componente del proceso judicial brasileño es la existencia de jurisdicción estatal, con la misión constitucional de juzgar la pretensión colocada en el juicio. En conclusión no hay que hablar en proceso judicial brasileño, sin la presencia de la jurisdicción.

Por consecuencia el proceso judicial brasileño es compuesto por la unión de la relación jurídica procesal, establecida por tanto ante la jurisdicción y el procedimiento judicial, disciplinador de la formación de los actos procesales y de la secuencia con que serán realizados.

A nuestro juicio la gran distinción entre proceso judicial y procedimiento judicial es cuanto al objeto, pues cuando el objeto de proceso judicial es un bien de la vida (dinero, alimento, inmueble) lamentado y fruto de beligerancia entre las partes. El objeto del procedimiento es siempre la pretensión procesal (pedido) constante en la petición inicial que lo inicia.

La conclusión es que hay necesidad de unificación de conceptos de proceso, procedimiento, demanda, acción, jurisdicción en toda América Latina para el desenvolvimiento en igual nivel de la ciencia procesal.

Prata (MG), 11 de septiembre de 2014, Estado de Minas Gerais, Brasil.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALCALA-ZAMORA, Niceto, Proceso, Autocomposición y autodefensa, México, UNAM, 1968.

ANDOLINA, Ítalo, Il modello Costituzionale del processo civile italiano, Torino, Giapicchelli, 1980.

- BULOW, Oskar von, La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales, Buenos Aires, Ejea, 1956.
- CARNELLUTTI, Francesco, Sistema di diritto processuale civile, Vol. I, Padova, Cedan, 1936.
- CHIOVENDA, Giuseppe, Principi di diritto processuale civile. Napoli, Jovene, 1930.
- FENECH, Miguel, Derecho procesal civil, Madrid, Agesa, 1980.
- GOLDSCHIMIDT, James, Derecho procesal civil, Madrid, 1936.
- LENT, Friedrich, Diritto Processuale Civile Tedesco, Napoli, Morano, 1962.
- LIEBMAN, Enrico Tulio, Manuale di diritto processuale civile, Milano, Giufrè, 1968.
- PALLARES, Eduardo, Derecho procesal civil, Mexico, Porrúa, 1978.
- PEYRANO, Jorge W., El derecho procesal postmoderno, Revista dos Tribunais 81/141, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.
- ROSEMBERG, Leo, Tratado del derecho procesal civil, Buenos Aires, Ejea, 1951.
- SIERRA, Brizeño Humberto, El proceso administrativo en Iberoamérica, México, UNAM, 1968.
- SILVA, Adailson Lima e, Ação declaratória incidental de inconstitucionalidade, São Paulo, Pillares, 2009.
- SILVA, Adailson Lima e, Preclusão e coisa julgada, São Paulo, Pillares, 2008,.



## JUICIO ABREVIADO: CONSTITUCIONAL O INCONSTITUCIONAL?

Augusto José Paz Almonacid<sup>356</sup>

En el presente artículo explicaré cuales son dentro del instituto del Juicio Abreviado en mi provincia (Tucumán – Argentina), las violaciones que el mismo implica, a las garantías en juicio consagradas en el art 18 de nuestra Constitución Nacional, y luego de la reforma constitucional, su incidencia en relación a los Tratados Internacionales con rango constitucional, teniendo en cuenta que uno de los requisitos de admisibilidad para el juicio abreviado es la confesión lisa del imputado reconociendo su autoría en el hecho.

En el presente trabajo monográfico trataré de explicar por qué a mi criterio el procedimiento del juicio abreviado, es de alguna manera, violatorio de las garantías constitucionales.

Teniendo en cuenta que el principal requisito, a los fines de poder dar como valido el acuerdo al que deben llegar, el imputado, su defensor y el representante del Ministerio Público, es que el sujeto principal de un proceso penal, que no es otro que el imputado, debe reconocer el hecho que se le atribuye, es decir, reconocer circunstanciada y llanamente su culpabilidad en el hecho que se le atribuye, en violación a lo que nos expresa el artículo 18 CN: “nadie puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo”, y como si esto fuera poco el citado artículo nos dice también que “es inviolable la defensa en juicio y de la persona”.

### DESARROLLO:

Basta recordar que durante los primeros años de estudio en los claustros universitarios, nos enseñaban -y hasta gráficamente-, lo que significaba la pirámide de Kelsen, en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional, y desde allí verticalmente descienden las leyes de rango inferiores.

Digo esto ya que el procedimiento del juicio abreviado elegido para el desarrollo de este trabajo, deja algunas dudas sobre su validez constitucional, puesto que no solo requiere el declararse culpable, sino que esa declaración de culpabilidad se haga dentro del un procedimiento, dejando de lado el proceso en sí, dicho en las palabras de mi maestro Adolfo Alvarado Velloso, jurisconsulto rosarino quien nos enseña que el proceso en sí, se divide en cuatro etapas: Afirmación, Negación, Confirmación y Alegación.

---

<sup>356</sup> Abogado Egresado de la Universidad Nacional de Tucumán; Jefe de Trabajos Prácticos de la Practica Tribunalcia de la Universidad San Pablo T; Abogado Especialista en Derecho Procesal. Cohorte 2 de la Universidad Católica de Santiago del Estero, y alumno de la Cohorte 17 de la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad de Rosario, cuyo director es el Dr. Prof. Adolfo Alvarado Velloso; Secretario del Fuero Penal de la Provincia de Tucumán en las Fiscalías de Cámara de la I a VI Nominación.

## **JUICIO ABREVIADO:**

### **Art. 453 (ex Art. 442 BIS).-**

**PROCEDENCIA.** El juicio penal abreviado, con prescindencia del debate oral, será procedente bajo las siguientes reglas:

1. Que el imputado reconozca, circunstanciada y llanamente, su culpabilidad en el hecho que se le atribuye, asistido por su defensa técnica.

2. Que la prueba haga evidente la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado en él, conforme a la calificación legal dada en el requerimiento de elevación a juicio.

3. Que exista acuerdo sobre la adopción del trámite abreviado entre el fiscal, el imputado y su defensor, expresado mediante acta labrada al efecto en un mismo acto, el que deberá ser presentado ante el tribunal hasta el momento de la apertura del debate oral. El querellante, en su caso, deberá ser oído, pero su opinión no será vinculante. En caso de que el tribunal acepte el acuerdo, llamará los autos para dictar sentencia en el plazo máximo de diez (10) días hábiles, debiendo merituar las pruebas producidas. Admitido el juicio abreviado, no podrá imponerse al imputado una sanción más grave que la pedida por el fiscal. La acción civil sólo será resuelta en este proceso cuando medie acuerdo entre las partes en tal sentido, de modo expreso. El tribunal de juicio sólo podrá rechazar el acuerdo cuando considere necesaria la producción de la prueba en el debate. En tal caso, se procederá según las reglas del proceso común, y el reconocimiento prestado por el imputado y su defensor no podrá ser tomado como un elemento o indicio en su contra, ni el pedido de pena formulado vinculará al fiscal que intervenga en el debate, debiéndose remitir la causa a otro tribunal que por turno corresponda, previo desglose del convenio previsto en el inciso 3.

No regirá lo dispuesto en estas normas, en los supuestos de conexidad de causas si el imputado no confesase con respecto a todos los delitos atribuidos, salvo que se hubiese dispuesto la separación de juicios (artículo 378 (*ex Art. 371*)). Cuando hubiese varios imputados en la causa, el juicio abreviado sólo podrá aplicarse si todos ellos manifiestan expresamente su reconocimiento.

## **GARANTIAS DEL IMPUTADO EN EL PROCESO PENAL:**

A tal fin y a modo de ilustración cito en su plenitud al Art 18 de nuestra Constitución Nacional.

**Artículo 18.-** “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser

obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más al de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice”.

Desde este artículo de nuestra Constitución Nacional comenzaré a desarrollar las garantías que tiene un imputado en el proceso, no sin antes definir o la menos acércame a una definición de lo que se debe entender por proceso.

### **QUE ES UN PROCESO?:**

Para empezar a desarrollar el presente ítems, definiré qué es el proceso, a tal fin se debe saber que la palabra proceso deriva del latín *processus* lo que significa progresión, secuenciamiento ordenado de actos avance y progreso. Jurídicamente, es el desenvolvimiento de actos y momentos determinados por la ley, por medio de los cuales el estado, ejerciendo el poder jurisdiccional declara asegura y realiza el derecho.

El profesor Alvarado Belloso en su lección doce “El Proceso” nos enseña que la voz proceso es otra de las tantas que se utilizan multívocamente en el lenguaje corriente y especialmente en el mundo de lo jurídico.

Castizamente, significa “acción de ir hacia adelante y transcurso del tiempo y conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno. En su aplicación forense, se utiliza para designar en una causa penal, a un conjunto de actos sucesivos de procedimientos a un expediente.

Couture ha caracterizado acertadamente el proceso como secuencia, como un acontecer orientado a la prestación de la tutela jurídica propia de la administración de justicia del Estado de Derecho. El proceso implica la aplicación del derecho al caso concreto, sobre la base ordenada del mismo derecho.-

La citada defensa en juicio no tan solo requiere que se le otorgue a los interesados ocasión adecuada para su audiencia y prueba en la forma y con todas las solemnidades que otorga la leyes procesales, ya que esto no se agota en el fiel y estricto cumplimiento de las mismas, sino que se extiende a la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a los conflictos e incertidumbres, evitando dentro de los límites razonables y conforme a las circunstancias de cada caso, una inútil actividad jurisdiccional.

Para Sánchez Viamonte, la defensa en juicio implica el enunciado de una inviolabilidad correspondiente a los derechos del hombre y, por tal inherentes a la persona humana y en relación a los valores de libertad y seguridad. El citado autor destaca los precedentes estadounidenses y al analizar respectivamente con lo normado en el Art 18 de nuestra C.N concluye que sin defensa libremente ejercida no hay juicio propiamente dicho, siendo así el derecho de defensa presupuesto esencial del debido proceso.

Por su parte Linares Quintana destaca el valor u objetivo de la seguridad jurídica como uno de los pilares sobre lo que se asienta el estado constitucional sin seguridad jurídica es imposible la libertad individual y la correcta armonización de ambos posibilita la estructuración de una organización política democrática y respetuosa de los derechos individuales. Es así que debe interpretarse al Art 18 de la C.N en el sentido que en lo relativo al derecho de defensa, significa para todo habitante la real posibilidad de acudir ante el poder jurisdiccional en demanda de justicia; asimismo, la facultad de realizar ante los órganos correspondientes a dicho poder, todos los actos razonablemente encaminados a una cabal defensa de su persona o de sus derechos en juicio.

Bielsa ubica la defensa en juicio dentro de las denominadas garantías de seguridad y defensa personal, entendiendo que si el acusado, procesado, demandado o actor no pudiese defender su vida, su libertad, su patrimonio, su honor, y otros derechos sean privados o públicos, las garantías constitucionales serían abstracciones formales, disposiciones ilusorias.

Incluye la exigencia de que los fallos judiciales tengan fundamentos serios, lo que exige un correcto análisis de las constancias de la causa que acrediten verdaderamente los hechos y razonable conclusión sobre la valoración que le corresponde a la luz del derecho vigente.

El Art 14 de nuestra Constitución Nacional nos expresa que todos los habitantes del país gozan de los derechos consagrados conforme a la leyes que reglamentan su ejercicio. El Art 28 establece que tales leyes no pueden alterarlos, pero es facultad del Poder Legislativo hacer los cuerpos legales y reglamentarios para poner en ejercicio los poderes consagrados por la Constitución. Al mismo tiempo el Art 116 otorga a la Corte Suprema de Justicia y los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de las causas que versan sobre puntos regidos por la Constitución y las leyes.

El derecho de defensa se lo puede fraccionar en dos partes importantes: una de ellas sería la defensa material, que sería la que realiza el propio imputado cuando puede desenvolverse personalmente haciéndose oír, declarando en descargo o aclarando los hechos que se le atribuyen en el momento de su declaración en calidad de imputado, proponiendo y examinando pruebas y participando de los actos probatorios y conclusivos, o bien absteniéndose de realizar cualquiera de estas actividades.

También la incoercibilidad moral antes o durante la declaración no podrán requerirle juramento ni promesa de decir verdad, ni formularle cargo ni reconvenções. Además el imputado tiene el derecho de declarar tantas veces como el desee.

La segunda parte es la defensa técnica que está confiada a un letrado que elabora la estrategia defensiva y propone pruebas, que asiste y asesora jurídicamente al imputado y lo representa en todos los actos procesales que no tengan carácter personal.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de sus fallos ha fijado postura con respecto a esto último, en tal sentido ha establecido que el Juez debe hacerle saber desde su primer momento al imputado que tiene el derecho de tener un abogado de su extrema confianza y en el caso de que no lo nombre, el Estado le proporcionara uno a los fines de su asesoramiento legal y técnico en la causa.-

En definitiva las garantías procesales son las seguridades que se otorgan para impedir que el goce efectivo de los derechos fundamentales sean conculcados por el ejercicio del poder estatal, ya sea limitando ese poder ó repeliendo el abuso.

Tal vez la máxima garantía del imputado y unos de los pilares del proceso penal acusatorio, sea la que permite a toda persona a conservar un estado de no autor en tanto no se expida una resolución judicial firme. La afirmación de que toda persona es inocente hasta que no haya una sentencia judicial que declare su responsabilidad, es una de las más importante conquistas de los últimos tiempos.

La presunción de inocencia es un derecho subjetivo por el cual, al sindicado se le debe dar un trato de "no autor", es decir que nadie lo puede considerar culpable sino es por medio de una sentencia judicial pasada por autoridad de cosa juzgada, es decir que haya pasado por todos los estados procesales que tiene previsto un proceso penal, aun más que todos esos estados procesales se hayan cumplidos en de debida forma y respetando las garantías procesales que posee un imputado.-

Pero qué es el derecho de defensa? La defensa es un elemento esencial, un requisito insoslayable de validez y su correcta conceptualización resulta necesaria no sólo a los efectos de la claridad teórica, sino en función interpretativa y práctica.

### **PROHIBICIÓN DE DECLARAR EN CONTRA DE UNO MISMO:**

Nuestra Constitución Nacional guarda una gran similitud con la carta magna de los Estados Unidos, ya que en su enmienda V, establece que nadie será obligado a ser testigo en contra de sí mismo. Si bien es cierto que los sistemas de justicia criminal de ambos países son diferentes en lo que respecta a las garantías de declarar en contra de si mismo existe concordancia en la garantía constitucional, La confesión del imputado no puede ser considerada en el proceso penal como un testimonio de parte, pues para lo que fundamentalmente caracteriza al testimonio es que en él se puede versar sobre el

conocimiento que se tenga de un hecho propio o ajeno y aun cuando ninguno de ellos lo perjudique, mientras que en la confesión siempre es un relato de un hecho propio y siempre perjudica al que presta la declaración.

La Corte Suprema de los EE.UU., en diversas oportunidades y desde hace muchos años, ha elaborado una interesante jurisprudencia acerca de la cuestión del significado de la regla constitucional que ofrece interés para nosotros, por dos circunstancias: en primer término, por ser la Constitución de aquel país un antecedente de importancia para la nuestra; en segundo término, porque los casos allí decididos, sobre la base de reglas de alguna manera semejantes, nos permitirán recoger usos judiciales que, quizás, pueden ser de aplicación para nosotros.

Antes de seguir en el desarrollo de éste punto en particular, voy a hacer mención en lo que respecta a las diferencias de la confesión en sede civil y penal, existiendo entre las dos esenciales diferencias entre los efectos que produce ambas confesiones, ello se debe a los intereses que se encuentran en juego en cada uno de los fueros que de hecho son totalmente diferentes. El proceso civil es un método procesal destinado a dirimir litigios entre particulares suscitado por cuestiones que solo interesan a los involucrados en el proceso civil, en consecuencia el Estado está llamado a intervenir entre las partes pero solo en lo que las partes proponen, no pudiendo el Estado ir más allá de lo que los protagonistas plantean o hasta donde ellos quieren llegar, es decir que no puede el Estado averiguar más allá de lo que las partes proponen. Las partes son los dueños del juicio, mientras que el Estado solo tiene una actitud pasiva. La derivación directa de este enunciado es el principio procesal dispositivo, según el cual las partes tienen un poder de disposición sobre el material del hecho de la sentencia, y por lo tanto una influencia de la conducta de ésta sobre el contenido de la sentencia misma.

En cambio frente a un hecho delictivo, ya no es la víctima la única que se encuentra interesada en la sanción o represión del autor del hecho material, sino que es la comunidad entera la que busca que se sancione al acusado o infractor de una conducta típica. Es así que el proceso penal está constituido por la concreta aplicación del derecho penal sustantivo, previa investigación y juzgamiento que procuran reconstruir la verdad real, histórica de lo acontecido. En el Proceso Penal se encuentra afectado el Orden Público; el objeto del proceso así establecido resulta indisponible para cualquiera de los sujetos procesales.

### **LA CONFESIÓN EN EL PROCESO PENAL:**

En lo que respecta a la confesión del acusado la misma no resulta suficiente para conocer la verdad real de lo acontecido e investigado; es más, el juez siempre está impelido a corroborar la validez y sinceridad de la confesión, la que solo puede adquirir virtualidad siempre que esté relacionada o íntimamente vinculada a otros

medios probatorios que se encuentren en la investigación que realiza el órgano judicial pertinente. -En mi provincia lo lleva a cabo el fiscal de instrucción.-

Dentro de los requisitos para tener como válida la confesión que realice un acusado podemos citar los siguientes:

A) Que la misma sea prestada en sede judicial ante el Juez o el Fiscal que lleve a cabo la investigación previa; no puede ser considerada como válida la declaración de reconocimiento que hubiese hecho el imputado en sede civil ó el reconocimiento que hubiere hecho en un acuerdo privado extrajudicial por los daños provocados por el delito, y menos aun es válida la declaración prestada en sede policial sin todas las debidas garantías que requiere este solemne acto.-

B) La declaración debe ser prestada por el imputado de manera personal y nunca puede ser delegada en otra persona, constituyendo un acto personalísimo e indelegable.

C) Tal vez el requisito que más importe dentro de todos ellos es que la confesión sea prestada voluntariamente, ya que es una garantía constitucional de que nadie puede ser obligado a declarar en su contra, de modo tal que no se puede emplear ningún medio de coacción ni física ni psicológica para obtenerla. Entonces quedan prohibidos todos los medios o procedimientos coactivos, engañosos, fraudulentos o caprichosos empleados después de la consumación del hecho.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos más conocida como el Pacto de San José de Costa Rica, el Art 8 expresa taxativamente todas las garantías que tiene una persona sometida a un proceso judicial. El Inc 2.-g- expresa que toda persona tiene derecho a no ser obligado de declarar en contra de sí mismo ni a declararse culpable. También en el mismo Tratado que goza de rango constitucional después de la reforma de 1994, nos dice que La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

Dicho ello, citaré dos jurisprudencias de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Una fue la dictada en el caso Schoklender -fallo CSJN 311: 345; en esta causa el acusado Pablo Schoklender argumentó que la declaración prestada por su hermano Sergio Schoklender, y que lo incriminaba había sido obtenida en transgresión a la garantía constitucional en examen, basando su agravio en que la declaración prestada por su hermano fue realizada en dependencia de la Policía, lugar en donde se constituyó el Sr Juez de la causa a los fines de poder llevar a cabo dicha declaración, y que éste -el Juez-, había presionado a su hermano al decirle que “mi deseo, mi pedido, sería que UD declarara, pero si UD no quiere hacer no hay ningún impedimento”.

La Corte consideró al recurso formalmente procedente, por entender que involucraba planteos referentes a la supuesta violación a la garantía constitucional del Debido Proceso. Decidiendo sobre el fondo del asunto, sostuvo el tribunal que la circunstancia de que el Sr Juez de Instrucción al momento de recibir declaración

indagatoria al acusado lo haya hecho en dependencias de la Policía, no autorizaba `por si sola para considerar a esa declaración violatoria de las garantías constitucionales del Art 18 C:N, agregando el alto tribunal que el magistrado interviniente le había hecho conocer al declarante su derecho constitucional de negarse a declarar, por lo que la citada declaración indagatoria había cumplido con el requisito constitucional de emanar de la libre voluntad del encausado.

El dictamen del Procurador expresa con mayor claridad que efectivamente, y en dos oportunidades, el magistrado le había hecho saber al declarante sus derechos con lo que la declaración del imputado fue voluntaria.-

Posteriormente, en el caso Agüero Corvalán -fallo CSJN 312:2146-, la Corte hizo explícito su criterio de que exhortar a un imputado a decir la verdad no es violatorio de las Garantías Constitucionales.

En este caso se tramitó en la órbita de la Justicia Militar, durante la instrucción, el Juez Militar y por aplicación de las normas del Código de Justicia Militar que lo autorizaba para ello, exhortó a los imputados a decir la verdad. Para una mejor interpretación la citada norma estaba contemplada en el Art 237 del Código de Justicia Militar el que expresaba: *“Las declaraciones se tomaran a cada una de las personas complicadas en el delito o falta, y no podrá exigirse juramento o promesa de decir la verdad, aunque puede exhortársele a que se produzcan con ella”*.-

Llegado el caso a examen de la Cámara Federal de Apelaciones de la Plata, ésta anuló las condenas dictadas y declaró la inconstitucionalidad de la norma referida. Interpuesto por el Fiscal de Cámara el Recurso Extraordinario, la Suprema Corte de Justicia, revocó el fallo de la Cámara Federal de Apelaciones de la Plata invocando lo resuelto en dos antecedentes jurisprudenciales: los casos Mendoza y Diario el Atlántico, y dijo que lo que la Constitución rechaza es cualquier intento de obligar a un imputado a declarar en su contra, y que la declaración de quién es juzgado por delitos, faltas o contravenciones, debe emanar de la libre voluntad del encausado. Analizando ya la norma del Código de Justicia Militar, el Alto Tribunal se pronunció por su validez señalando que la misma, además de garantizar al procesado la posibilidad de negarse a declarar, excluye expresamente la posibilidad de exigirle juramento o promesa de decir la verdad, y simplemente hace referencia a una eventual exhortación a producirse con ella.-

Para que las manifestaciones del imputado representen la realización práctica del derecho a ser oído, como parte integrante del derecho a la defensa, la Constitución Nacional ha prohibido toda forma de coerción que elimine la voluntad del imputado o restrinja la libertad de decidir acerca de lo que le conviene o quiere expresar. Esta es la verdadera ubicación sistemática de la regla que prevé que nadie puede ser obligado a declarar en contra de si mismo.-

Tan es así que las leyes de procedimientos de cada una de las provincias, tiene como reglamentación practica de la norma constitucional de que en bajo ninguna condición se le requerirá juramento ó promesa de decir la verdad, ni se ejercerá contra él coacción a amenazas, ni se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar en contra de su voluntad, ni se le harán cargos ni reconvenções tendientes a obtener la confesión.-

### **CONCLUSIÓN:**

No puedo dejar de citar las sabias palabras que nos dejó Manuel Atienza, que vivir en un estado constitucional no es vivir con una constitución de normas y principios abstractos, sino por el contrario es vivir en una sociedad en donde las garantías, derechos y principios consagrados en la constitución, deben ser respetados y consagrados por todos los ciudadanos. Es sabido que el instituto del Juicio Abreviado fue incorporado a nuestras legislaciones, tanto en el orden nacional como en mi provincia, fueron consagradas a los fines de obtener mayor celeridad en los juicios, teniendo en cuenta que en casi todos los poderes judiciales, los mismos se encuentran abarrotados de causas, pero, digo.. No sería mejor pensar en otras alternativas validas a los fines de agilizar los procesos sin tener que violar, alterar principios y garantías consagradas en nuestra Carta Magna. Lo que se hace en ese procedimiento, no es abreviar un proceso, ya que conforme al sistema acusatorio de mi provincia, la investigación fiscal, no es en sí mismo un proceso, sino un procedimiento, elevando una vez concluida la investigación a las Cámaras Penales, en donde si se lleva a cabo el verdadero proceso, con el debido control de pruebas, es decir que con el juicio abreviado no se abrevia un proceso, sino que se omite el correcto proceso, se deja de lado el debido proceso a los fines de dar lugar a un procedimiento, para poder dar soluciones de políticas criminales y de esta manera no tener tantos juicios en trámites. Dejando de lado de esta manera todas las debidas garantías que nos brinda un legal y consagrado proceso penal.

### **BIBLIOGRAFÍA**

- Sistema Procesal Garantía de Libertad- Adolfo Alvarado Velloso.
- Tratado de Derecho Procesal Penal - Eduardo Jauchen
- Derecho del Imputado – Eduardo Jauchen
- La Defensa Penal.- Vázquez Rossi
- Las Garantías Constitucionales en el Proceso Penal - Alejandro Carrió
- Como nace un Derecho- Carnelutti
- Publicaciones La Ley- diferentes autores especialistas en la materia
- Publicaciones Abeledo Perrot- diferentes autores especialistas en la materia



## LA PRUEBA Y LA SENTENCIA

### LAS REGLAS PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA (O INEXISTENCIA) DE LOS HECHOS EN EL PROCESO JURISDICCIONAL\*

*Proof and judgment*

*The rules for determining the existence (or nonexistence) of facts in legal proceedings*

POR GABRIEL VALENTÍN[1]

#### I. INTRODUCCIÓN

##### 1.1. *El tema*

El tema del título tiene una denotación bastante amplia; que comprende, fundamentalmente, a dos grandes ejes conceptuales: la valoración de la prueba y la carga de la prueba. Y dentro de ellos, entre ellos y junto a ellos, una serie de cuestiones fundamentales: la diferencia entre la actividad de valorar y el resultado de esa actividad; los sistemas de valoración; la adecuada motivación de la sentencia; las relaciones, teóricamente claras y pragmáticamente oscuras, entre valoración y carga de la prueba; el funcionamiento y ubicación conceptual de las presunciones; el concepto y la importancia de la carga de la prueba y su papel en el proceso jurisdiccional; la distribución de la carga probatoria; el debate sobre la carga probatoria dinámica; etc., etc.

En el marco de ese amplio espectro voy a intentar volver sobre el hilo conductor de esa relevante actividad del tribunal que supone la determinación o fijación de los hechos en la sentencia. Para, finalmente, volver sobre uno de mis temas preferidos: el de la carga de la prueba.

Con los aportes gigantescos de las clásicas obras de ROSENBERG [2] y MICHELI [3], o los también sutiles de la obra más reciente de VERDE [4], será difícil volver a poner una pica en Flandes. De todos modos, sin mayores pretensiones, intentaré recorrer algunos de los caminos fundamentales del tema.

##### 1.2. *El “derecho a la prueba”*

No se necesitan mayores desarrollos para recordar que el “derecho a la prueba” es componente esencial del debido proceso y que, como derivación de ese derecho, ninguna norma puede limitar la proposición de pruebas que sean legítimas, idóneas y referidas al objeto del proceso.

En esta línea ha señalado Hernando DEVIS ECHANDÍA, que “Así como existe un derecho subjetivo de acción para iniciar el proceso y obtener en él una sentencia, lo mismo que un derecho de recurrir que prolonga los efectos de aquél, puede afirmarse que existe un derecho subjetivo de probar, en el proceso, los hechos de los cuales se intenta deducir la pretensión formulada o la excepción propuesta (...).

Sujeto pasivo de ese derecho subjetivo procesal es el juez, quien está obligado a decretar y practicar las pruebas pedidas con las formalidades legales y siempre que la ley misma no las considere inadmisibles (...).

El derecho a probar no es un derecho a que el juez se dé por convencido en presencia de ciertos medios de prueba, sino a que acepte y practique los pedidos y los tenga en cuenta en la sentencia o decisión (con prescindencia del resultado de su apreciación”[5].

Asimismo, en su obra máxima, agrega que “(...) con el ejercicio del derecho de probar se impone directamente al juez la obligación de decretar y practicar las pedidas, y su incumplimiento representa una auténtica denegación de justicia que le puede acarrear responsabilidades (...)” [6].

A mi juicio, ese “derecho a probar”, en rigor, no es un derecho autónomo: como otros “derechos” vinculados al proceso (a alegar, a contradecir, a recurrir, etc.), no se trata de otra cosa que aspectos particulares o aplicaciones de un solo derecho subjetivo de la parte (el de “acción”, en el caso del actor; el de “excepción” o “contradicción”, en el caso del demandado) [7].

Y bien: se entiende pacíficamente que ese llamado “derecho a la prueba” es una garantía constitucional que forma parte del principio del debido proceso legal[8], y la doctrina y jurisprudencia europeas lo ubican, con una extensión bien precisa, como aspecto esencial del derecho a una tutela judicial efectiva[9].

Es que, como se ha señalado, el único medio para obtener la tutela jurisdiccional es la demostración de la fundabilidad de la propia pretensión, por lo que la negación de la posibilidad de realizar esa demostración equivale a impedir, de hecho, la tutela jurisdiccional [10].

### ***1.3. El principio especial de la “libertad de la prueba”***

***1.3.1. El derecho a la prueba se manifiesta especialmente en el derecho a proponer – utilizar– cualquier medio de prueba disponible que resulte útil para la determinación de los hechos que componen el objeto del proceso [11].***

En la doctrina del common law este principio se denomina “free proof”.

Como enseña TARUFFO, “Por free proof se entiende que, salvo en el caso que existan normas específicas, la prueba es libre, en el sentido de que todo elemento

relevante puede ser empleado, sobre la base de los cánones del sentido común y de la racionalidad, para probar los hechos: esta libertad corresponde a las partes, que tienen que poder utilizar en el proceso cualquier medio de prueba relevante, y al juez, que tiene que poder determinar los hechos mediante una valoración racional (y, por tanto, no vinculada más que a los cánones de la racionalidad) de las pruebas adquiridas en juicio". Por cierto que este derecho tiene ciertas limitaciones que derivan de la reglamentación jurídica de la prueba ("law of evidence") [12].

Lo mismo ocurre en el derecho del civil law, en el que "existe un principio de libertad de la prueba en función del cual todo elemento de conocimiento útil para la determinación del hecho puede ser usado sobre la base de los criterios cognoscitivos propios de la racionalidad general". Principio que también – como todo principio – tiene sus límites, derivados de la regulación jurídica de las pruebas [13] (anotamos, por ejemplo: en cuanto se prohíben ciertos medios probatorios, existen reglas para la proposición, etc.).

De esa libertad deriva un primer punto de vista relevante, conforme al cual la libertad significa que las partes tienen "la posibilidad de utilizar todos los medios de prueba relevantes de que dispongan" [14].

A mi juicio, la exigencia de la libertad de la prueba constituye uno de los que denomino principios especiales del proceso; en otras palabras, es una exigencia imprescindible a la idea de proceso, que se vincula específicamente con una de las subcategorías del proceso: la función probatoria[15].

**1.3.2. El ordenamiento uruguayo reconoce ampliamente este principio, derivado del llamado "derecho a probar", íntimamente vinculado con el debido proceso (Constitución de la República, art. 12) [16].**

El principio surge prístinamente de la ley procesal civil general, en cuanto reconoce los derechos de acción y excepción o contradicción (art. 11.1 del Código General del Proceso, en adelante "CGP"), que suponen la posibilidad de proponer todas las pruebas admisibles e idóneas para acreditar los hechos que conforman el objeto del proceso (arts. 117 num. 4, 118, 131, 136.2, 146.1, etc., todos del CGP).

Advierte nuestra doctrina que "El principio de libertad de la prueba debe vincularse fundamentalmente con el debido proceso: debe consagrarse con la mayor amplitud, la posibilidad de las partes de ejercer cabalmente sus derechos en el proceso (art. 11 CGP)".

En la misma línea que DEVIS ECHANDÍA, se reconocen dos aplicaciones del principio: libertad de objeto y libertad de medios. En relación a la segunda, se indica que el principio tiene algunas limitaciones, derivadas de la imposibilidad de utilizar determinados medios, de la existencia de un régimen regulado de proposición de pruebas, etc. [17].

Reafirma esta idea la norma conforme a la cual, en principio, el tribunal sólo puede rechazar anticipadamente (luego que se determinan los hechos a probar, es decir, el objeto o tema de la prueba), aquellos medios probatorios que sean inadmisibles, manifiestamente innecesarios, manifiestamente inconducentes o manifiestamente impertinentes (arts. 24 num. 6, 144.1 y 341 num. 6° del CGP, redacciones dadas por la Ley N° 19.090, de 14 de junio de 2013). Esta última ley armonizó los textos de las tres disposiciones citadas y precisó que la innecesariedad, la inconducencia y la impertinencia deben ser manifiestas, por lo que se entiende que ha restringido aún más la posibilidad de ese rechazo anticipado [18].

Por otra parte, al final del proceso, el tribunal puede desechar las pruebas impertinentes (CGP: art. 144.2).

#### ***1.4. La prueba como función o actividad***

Entre sus múltiples contenidos, el Derecho Procesal establece una serie de reglas que refieren a lo que llamo función o actividad probatoria, o de confirmación como por ejemplo la denomina ALVARADO VELLOSO [19].

Como indica ABAL OLIÚ, esa función o actividad es la que reúne a todos los actos procesales que persiguen como fin la prueba y, en definitiva, están dirigidos a permitir al tribunal resolver acerca de la existencia o inexistencia de los hechos alegados por las partes [20].

De esa actividad, nos interesa ahora la fase final: aquella en la que el tribunal debe decidir si los hechos alegados existen o no existen.

## **II. LAS REGLAS PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA O LA INEXISTENCIA DE LOS HECHOS EN LA SENTENCIA**

***2.1. Creo importante comenzar con el análisis panorámico que intenta responder a una pregunta fundamental, claramente formulada por ABAL OLIÚ, y que adapté ligeramente para este análisis: ¿qué reglas debe seguir el tribunal para dar por ciertas (o no) las afirmaciones sobre la existencia (o inexistencia) de un hecho, una vez que está determinado que ellas integran el objeto de la prueba en un proceso y que los medios de prueba al respecto ya se han producido (es decir, agregado o diligenciado)?[21].***

Generalmente, la ley procesal prevé un determinado momento en que el tribunal debe determinar expresamente el objeto de la prueba [22], esto es, aquellos hechos cuya existencia o inexistencia necesita ser probada [23]; en otros casos, no existe una determinación expresa, pero sí al menos una implícita delimitación de ese objeto [24].

De todos modos, lo cierto es que la actividad probatoria siempre debe recaer sobre ciertos hechos: para decirlo sintéticamente, los hechos alegados por las partes, que sean controvertibles o contestables [25] y, si refieren a cuestiones disponibles, que sean efectivamente controvertidos [26].

Los hechos alegados que no conforman el objeto de la prueba, por ser incontrovertibles o, si refieren a cuestiones disponibles, por no ser controvertidos, se deben tener por existentes (o inexistentes, según corresponda). Por ejemplo, si la ley presume absolutamente su ocurrencia, se deberán tener por existentes en la sentencia, sin necesidad de prueba alguna.

***2.2. Una vez admitidos y ordenados los medios probatorios, realizada su agregación y diligenciamiento, llega el tramo de la actividad probatoria que, eventualmente, puede ponerle fin: la valoración de la prueba [27].***

La valoración de la prueba es la evaluación del valor de convicción aportado por los medios de prueba. En otras palabras: es la actividad a través de la cual se determina si, de acuerdo a los medios probatorios producidos, los hechos que integran el objeto de la prueba existen o no existen.

Generalmente, cuando se habla de esta actividad se piensa exclusivamente en el tribunal. Sin embargo, es una actividad que asumen todos los sujetos principales: las partes realizan esa evaluación en los alegatos de bien probado; el tribunal realiza la suya en la sentencia. La que ahora nos importa, naturalmente, es esta última.

Es necesario distinguir entre valoración de la prueba y eficacia de la misma. La valoración es una actividad intelectual compleja, en la que el juez aprecia la prueba producida para determinar su eficacia o ineficacia; la eficacia es un posible resultado de esa valoración.

Como señala PEREIRA CAMPOS, “la eficacia de la prueba está conformada por su poder de convicción sobre el juez”, en tanto que “la apreciación (o valoración) de la prueba, por su parte, es la operación intelectual de juzgarla, valorarla” [28].

Al regular la valoración de la prueba por el tribunal, el legislador debe resolver si el juez estará sujeto a límites o si, por el contrario, podrá apreciarla libremente.

Sin ahondar ahora en este problema, recordaré que existe una ardua discusión, aún no totalmente resuelta, acerca de cuántos y, concomitantemente, cuáles, son los sistemas de valoración de la prueba.

Por poner un ejemplo, en el Uruguay pueden distinguirse hasta cuatro posiciones, reseñadas en los comentarios al CGP:

“(a) Una primera posición es la sugerida por SENTIS MELENDO en sus conclusiones sobre el tema: el verdadero sistema de valoración no es más que uno que

exige la libertad del juez, ya que ante la ausencia de esta, no hay verdadera valoración, por cuanto la fijación de hechos sometida a pautas establecidas por el legislador nada tiene de tal.

(b) La segunda posición es absolutamente abrumadora en la doctrina europea. En esta tesis, existen sólo dos sistemas de valoración: la prueba tasada (o legal, o de tarifa legal) y la libre apreciación. Es la opinión, entre otros, de GUASP, DENTI, FURNO y MONTERO AROCA. El mismo SENTIS MELENDO adhiere inicialmente a esta opinión, aunque termina concluyendo en la existencia de un único sistema. En América, adhieren a esta tesis, entre otros, ALSINA, PALACIO, DEVIS ECHANDIA y PARRA QUIJANO.

(c) Un tercer grupo de autores, encabezados por COUTURE y ALCALA ZAMORA, distingue entre tres sistemas de valoración: prueba tasada, prueba racional o sana crítica y libre convicción. Esta tesis, a influjo de COUTURE, es prácticamente unánime en nuestro país; es, con matices, la posición de VIERA, TARIGO, BARRIOS DE ANGELIS, LANDONI, VESCOVI y los demás autores del “Código...”.

(d) Una última posibilidad es la sostenida por TEITELBAUM en nuestro país: El autor compatriota distinguía cuatro sistemas de valoración: el sistema de la prueba tasada, el sistema de la prueba racional o sana crítica, el sistema de la libre convicción y el sistema de la convicción íntima. Esta tesis, como veremos luego, se basaba en la distinción entre “libre convicción” y “convicción íntima”, considerados equivalentes por la mayoría de la doctrina.

Por nuestra parte entendemos que, como señalan VESCOVI y los demás autores del “Código General del Proceso. Comentado...”, la conclusión “depende, en definitiva, de múltiples factores: el momento histórico, el sistema jurídico al que nos refiramos, el derecho positivo vigente, la política procesal existente, etcétera”.. En nuestro país, como veremos, el derecho positivo ha recogido, nítidamente, la división entre prueba tasada (o sistema de la tarifa legal), prueba racional (o sistema de la sana crítica) y libre convicción (o sistema de convicción íntima o “moral”).

Como enseña BARRIOS DE ANGELIS, las posibilidades son tres: “la medida de certeza está fijada de antemano por el legislador, o queda librada a la apreciación racional –fundada racionalmente- del tribunal, o a la apreciación intuitiva, sin apoyo suficiente en fundamentos racionales”. Y a continuación señala: “conscientes de la relatividad de los términos, pensamos que los distintos modos de evaluación podrían denominarse certeza legal (fijada por el legislador en mérito a reglas de experiencia), certeza racional (fijada por el tribunal en mérito al razonamiento) y certeza intuitiva (fijada por el tribunal en mérito a su íntima convicción, según ‘conciencia’)”.

Los tres sistemas, como enseña el autor, obedecen a distintas concepciones políticas del proceso y encarnan diversos valores.

El sistema de la certeza legal encarna el principio de seguridad y se funda en cierta desconfianza del legislador en los jueces o en el propósito de evitar discrepancias y dilaciones.

El sistema de la certeza racional rinde homenaje a la justicia fundada en la razón y confía en la seguridad proporcionada por el control de los fundamentos de las decisiones respecto a la prueba.

El sistema de la certeza intuitiva pone en riesgo el principio de seguridad procesal, en beneficio de una posible seguridad sustancial. Tiene carácter excepcionalísimo y consiste en la liberación práctica del método racional de impugnación, respecto de situaciones especiales. Atiende a la necesidad de la punición en materias de extrema importancia social, en las que la prueba es difícilmente obtenible, ya por las circunstancias naturales que rodean los hechos o por la alta especialización de ciertos infractores para eliminar toda prueba: particularmente en materia de delitos económicos y de proxenetismo, por ejemplo"[29].

No profundizaré aquí sobre este tema: sólo me limitaré a recordar que la ley uruguaya recoge el sistema de la sana crítica ("certeza racional", en palabras de BARRIOS DE ÁNGELIS) (arts. 140 y 141 del CGP) [30], conocido en otros países como sistema de "libre apreciación de la prueba".

Lo que importa ahora es que, aplicando el sistema de valoración que corresponda de acuerdo a la ley, el tribunal debe evaluar el valor de convicción de los medios de prueba diligenciados en el proceso.

Por ejemplo, en un proceso en que el actor alega como hechos la existencia de un préstamo (a) y la inexistencia del pago por parte del demandado (b), y el demandado alega la incapacidad al momento del préstamo (c), el tribunal deberá examinar el conjunto de los medios probatorios de acuerdo al sistema de valoración aplicable a cada uno de ellos para determinar si los hechos (a), (b) y (c) existen.

***2.3. Al culminar esa valoración, el tribunal puede encontrarse en una de estas dos posibles situaciones: o bien (i) considera que aquellos hechos están plenamente probados o que se ha probado plenamente su inexistencia; o, en cambio, (ii) considera que tales hechos, o algunos de ellos, no han sido probados [31].***

En el primer caso (i), el tribunal tendrá esos hechos por existentes o inexistentes, resultando absolutamente indiferente cuál de las partes tenía interés en comprobar su existencia o inexistencia y cuál de ellas aportó o dejó de aportar las pruebas correspondientes[32].

En este punto opera la regla de la comunidad de la prueba, a veces confundida con la regla de la adquisición de la prueba [33].

Brevemente, debo advertir que comparto la tesis que distingue entre ambas reglas: conforme a la regla de la adquisición probatoria, en determinado momento el

medio de prueba se adquiere para el proceso, por lo cual no puede ser desistido unilateralmente por su proponente [34]; de acuerdo a la regla de la comunidad de la prueba, una vez que la misma es válidamente incorporada cumple sus funciones en el proceso con independencia de quien la aportó [35].

Entonces, en virtud de la regla de comunidad de la prueba, solo interesa que los hechos objeto de prueba hayan sido, a criterio del tribunal, suficientemente probados, con absoluta independencia de que la prueba de esos hechos haya sido suministrada por la parte interesada en su prueba o por la parte contraria.

En el segundo caso (ii), en cambio, nos enfrentamos de lleno a un grave problema: la actividad probatoria ha fracasado, porque los medios probatorios no fueron suficientes para demostrar la existencia o inexistencia de los hechos alegados, y sin embargo, como veremos, el ordenamiento jurídico le exige al tribunal que cumpla con su deber de sentenciar.

Para seguir con el ejemplo anterior, el tribunal no está convencido de si el préstamo (a) existió; o si lo está pero no está convencido de si existieron o no el pago (b), o la incapacidad al momento del préstamo (c).

***2.4. Como ha advertido agudamente ABAL OLIÚ, la primera regla que generalmente reconocen los ordenamientos procesales y que permite al tribunal salir de la incertidumbre, es la de tomar en cuenta las presunciones legales simples, que impusieran al tribunal, ante la falta de prueba contraria, tener al hecho por existente (o, eventualmente, inexistente)[36].***

Con precisión también señala el autor que estas presunciones simples deben distinguirse de las presunciones absolutas, que en rigor deben considerarse al analizar el objeto de la prueba (v. supra 2.1).

En efecto, las presunciones absolutas determinan que el hecho debe tenerse por existente o inexistente, sin posibilidad de que sean controvertidos ni que sea demostrada la posibilidad contraria (su inexistencia o existencia, respectivamente). En virtud de la aplicación de una presunción de ese tipo, el hecho es incontrovertible, y se excluye del objeto de la prueba: el tribunal deberá tenerlo por existente o inexistente, según corresponda de acuerdo a la regla de presunción, sin necesidad de prueba alguna.

En cambio, las presunciones simples operan luego de la valoración probatoria, cuando el resultado de esa actividad es que persiste la duda sobre la existencia o inexistencia de un hecho.

A partir de esas ideas de ABAL OLIÚ, postulo que las presunciones legales absolutas son reglas que se dirigen al tribunal y que determinan que, al fijar expresa o tácitamente el objeto de la prueba, debe considerar a ciertos hechos como existentes o

inexistentes, de acuerdo a lo que dispone la regla, y por tanto excluidos de aquél objeto; y que al dictar la sentencia que resuelve el objeto del proceso deban tenerse por existentes o inexistentes, de acuerdo a lo que dispone la regla[37].

En cambio, las presunciones legales simples son reglas que se dirigen al tribunal y que determinan que, al dictar sentencia que resuelve el objeto del proceso, si luego de valorar la prueba aún subsiste la duda, el hecho debe tenerse por existente o inexistente, de acuerdo a lo que dispone la regla.

Las presunciones legales simples – que son las que ahora nos interesan – pueden ser genéricas, esto es, referir al conjunto de hechos cuya existencia pretendía demostrar la parte a la que la presunción desfavorece; o específicas, en cuyo caso sólo alcanzan a un específico hecho, o a los hechos que se pretendían probar mediante un concreto medio de prueba.

Un ejemplo de presunción genérica es la prevista en el art. 343.3 del CGP uruguayo, que establece que la ausencia a la audiencia complementaria (audiencia en que se recibe la prueba) determinará una presunción desfavorable a la parte inasistente. En este caso, si luego de examinar la prueba el tribunal tiene dudas acerca de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por el inasistente, deberá tenerlos por inexistentes (si el inasistente alegaba su existencia) o existentes (si alegaba su inexistencia). En el ejemplo del préstamo, si el inasistente a la audiencia complementaria es el demandado que alegaba la incapacidad al momento del préstamo (c), esa incapacidad (o mejor, el hecho que la configura) se tendrá por inexistente.

Ejemplo de presunción específica es la prevista en el art. 168 del mismo Código. Si la parte quiere servirse de un documento que está en poder del adversario, puede pedir al tribunal que le intime a presentarlo en el plazo que se determine: en otras palabras, la parte que quiere servirse de ese documento, porque con él puede demostrar ciertos hechos que alega en su acto de proposición, no lo tiene en su poder, por lo que requiere que se intime al adversario que sí lo tiene. El adversario intimado, tiene la necesidad de colaborar con la producción de esa prueba, agregando el documento intimado. Si no lo hace y, por otros elementos de juicio, la existencia y contenido del documento resultaren manifiestamente verosímiles, la negativa a presentarlo puede ser estimada como reconocimiento de ese contenido. Adviértase que en este caso no se aplica una genérica presunción desfavorable al omiso, sino que, concretamente, se tienen por ciertos los hechos que se pretendían acreditar con ese documento. Si seguimos con el ejemplo del préstamo, si el actor no dispone del documento que contiene el contrato original, porque lo extravió, y el demandado sí dispone de un testimonio auténtico de ese documento, se intima a este último a agregarlo y no lo agrega, pero la existencia y contenido del documento resultan manifiestamente verosímiles (en virtud de otras resultancias probatorias), se tendrá por existente el préstamo.

Para algunos autores, las presunciones legales simples no son más que reglas de distribución de la carga de la prueba. Lo cierto es que, sin ingresar ahora a ese punto, las reglas fijadas por esas presunciones son las primeras que, en caso de duda y de existir en el caso, deben aplicarse por el tribunal. En otras palabras: si existe una presunción legal relativa genérica o específica el tribunal debe aplicarlas; y sólo acudirá a las reglas de la carga de la prueba (o a las demás reglas, si se entiende que las que fijan presunciones también son reglas de ese tipo) si luego de aplicar la o las presunciones la duda sobre la existencia de algún hecho o de algunos hechos aún subsiste.

***2.5. Finalmente, llegados al punto en que, a pesar de la actividad de valoración o de la eventual aplicación de presunciones legales simples genéricas o específicas, la duda subsiste, los ordenamientos procesales prevén una serie de reglas dirigidas al tribunal que constituyen las denominadas “reglas sobre la carga de la prueba”.***

Como veremos luego, estas reglas son las que permiten al tribunal cumplir con su deber de resolver si los hechos existen o no existen, para a su vez resolver si corresponde o no hacer lugar a la requisitoria o petitorio. En concreto, le indican al tribunal cuándo, en caso de duda, debe tener un hecho por existente o inexistente; para que luego de aplicar esa regla, y de acuerdo al resultado de su aplicación, resuelva sobre la requisitoria.

En determinados ordenamientos y en ciertas épocas, se admitía que el tribunal emitiera un non liquet, a través del cual se abstenía de resolver el requerimiento de fondo por no tener la convicción sobre la existencia o inexistencia de los hechos invocados [38].

En nuestros sistemas procesales actuales, en cambio, como un derivado inherente al ejercicio de la función jurisdiccional, el ordenamiento jurídico exige que el tribunal resuelva en un sentido u otro; ya no se admite, en ningún caso, que el tribunal se exima de este deber con un simple sibi non liquere.

Para el cumplimiento de este deber, el mismo ordenamiento le indica cómo debe fallar en este caso; ese es, precisamente, la función de las reglas que distribuyen la carga de la prueba. Estas reglas, que actúan cuando la función probatoria no ha logrado su finalidad, le señalan el contenido de su fallo [39].

En la práctica de los tribunales – y, lamentablemente, a veces también en los análisis teóricos – es bastante común que las tareas de valorar y aplicar la regla de la carga de la prueba se entremezclen y confundan.

Así, es frecuente que un juez, al dictar sentencia, utilice expresiones como las siguientes: “si se valoran los medios probatorios de acuerdo a la regla que distribuye la carga de la prueba debe concluirse que (...)”; “es indudable que apreciando las

declaraciones de los testigos de acuerdo a las reglas de la experiencia de lo que normalmente acaece y las que distribuyen la carga probatoria debe tenerse por cierto que (...)”; etc.

En rigor, ese tipo de expresiones revelan una profunda confusión conceptual: las reglas de la carga de la prueba no deben aplicarse al valorar, sino precisamente cuando la valoración fracasa.

Al valorar la prueba es absolutamente indiferente saber cuál de las partes tenía la carga probatoria: simplemente deben examinarse los medios de prueba de acuerdo a las reglas de valoración aplicables, y si el tribunal se convence de la existencia o inexistencia de los hechos que integran el objeto de la prueba no necesita (y no debe) acudir a las reglas de la carga de la prueba. De hecho, entonces, puede ocurrir que en el caso no se apliquen esas reglas, por no ser necesarias. Es la duda, o sea, el fracaso de la valoración (y siempre que no existan presunciones legales simples, como vimos) la que abre las puertas de la carga de la prueba.

Como indica magistralmente ROSENBERG: “La apreciación libre de la prueba y la carga de la prueba dominan dos terrenos que si bien están situados muy cerca uno del otro, están separados claramente por límites fijos. La apreciación libre de la prueba enseña al juez a obtener libremente la convicción de la verdad o falsedad de las afirmaciones sostenidas y discutidas, en el proceso, del conjunto de los debates, a base de sus conocimientos de la vida y de los hombres; la carga de la prueba le enseña a hallar la solución cuando la libre apreciación de la prueba no ha dado ningún resultado. El dominio de la carga de la prueba comienza allí donde termina el dominio de la libre apreciación de la prueba; si el juez atravesó este último sin poder encontrar la solución, la carga de la prueba le da lo que la libre apreciación de la prueba le negó” [40].

Lo importante ahora es destacar que el juez debe ser muy preciso en la aplicación sucesiva de estas reglas: primero debe valorar, y solo si la valoración fracasa, y no existen presunciones legales simples que le permitan fijar el hecho, debe acudir a las reglas de la carga de la prueba.

Es muy importante también que el juez, al sentenciar, indique si la fijación de los hechos es producto de la convicción generada por el examen de los medios probatorios o de la aplicación de las reglas de la carga de la prueba. Ello no sólo para cumplir adecuadamente su deber de motivar las resoluciones, sino, especialmente, para permitir un adecuado ejercicio del derecho de impugnar.

### III. LA CARGA DE LA PRUEBA: ALGUNAS DISTINCIONES FUNDAMENTALES

*3.1. En los primeros análisis sobre el tema, la doctrina sólo identifica un aspecto de la carga de la prueba: el referido a la necesidad jurídica que tienen las partes de*

***demostrar al tribunal la existencia o inexistencia de los hechos que fundamentan sus requisitorias.***

Paradigmática en este sentido es la obra de Adolph Dietrich WEBER, denominada “Sobre la obligación de suministrar la prueba en el proceso civil”, que justamente responde a la pregunta de quién debe probar, o quién está obligado a probar [41].

Más allá de la confusión entre obligación, deber y carga, lo cierto es que en esta primera etapa el enfoque está básicamente centrado en la actividad de la parte: lo que importa es quién tiene la carga, quien soporta el peso (onus) de realizar los actos necesarios para aportar los medios probatorios y obtener su agregación y diligenciamiento al proceso, para demostrar la existencia o inexistencia de ciertos hechos.

Evidentemente esas concepciones pesaron en la conformación de las primeras reglas sobre distribución de la carga de la prueba. Por ejemplo, cuando el CC francés dispuso “Celui qui réclame l’exécution d’une obligation, doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le payement ou le fait qui a produit l’extinction de son obligation” (art. 1315)[42].

Fue primero Julius GLASER [43] e inmediatamente la doctrina austríaca la que llamó la atención sobre otro aspecto de la carga de la prueba: el riesgo objetivo de la falta de certeza, que se genera aún independientemente de la actividad o inactividad de las partes, y sea que el ordenamiento les otorgue o no una iniciativa probatoria preponderante. Justamente se desarrolla la idea en el proceso austríaco, en el que se consagra una preponderante iniciativa probatoria del tribunal, que lleva a que se diga que la carga es solo objetiva [44].

***3.2. Pero es fundamentalmente a partir de los estudios de ROSENBERG, y con él los de buena parte de la doctrina alemana, que se desarrolla la doble perspectiva subjetiva-objetiva.***

El autor identifica en primer lugar una carga subjetiva o formal, o de suministración de la prueba, que consiste en la necesidad jurídica de las partes de suministrar la prueba de sus afirmaciones.

Indica ROSENBERG que es exacto que la actividad procesal de la parte cargada con la prueba no es esencial, ya que la sentencia debe dictarse “atendiendo al contenido íntegro de los debates” (§ 286 de la ZPO), por lo que también deben tenerse en cuenta las afirmaciones y ofertas de prueba de la parte que no soporta aquella carga. Esto es, “Sólo importan los hechos que se han demostrado, y es indiferente quién los demostró”. Por otra parte, es verdad que la parte cargada con la prueba puede ser vencida aún cuando se ha esforzado, si bien en vano, por suministrar una prueba.

Sin embargo, dice el autor, “se iría demasiado lejos si por las razones indicadas se quisiera eliminar por completo el concepto de la carga subjetiva de la prueba”. Es el reconocimiento de ese concepto, por ejemplo, el que explica la imposición a las partes de presentar los medios de prueba necesarios para probar sus afirmaciones [45].

Por otra parte existe una carga objetiva o material de la prueba, o carga de la certeza.

Esta carga “prescinde de toda actividad de las partes emprendida con el fin de hacer constar los hechos discutidos; con respecto a esta carga, sólo interesa saber cuáles son los hechos que deben constar para que se consiga la finalidad anhelada del proceso; además, aquella determina las consecuencias de la incertidumbre acerca de un hecho, sin que importe la circunstancia de que una u otra de las partes, o las dos, o el tribunal, se han preocupado en el sentido de hacerlo constar. Por eso, tiene lugar en todo procedimiento en el cual se trata de aplicar normas jurídicas abstractas a una situación de hecho concreta, sea que en el procedimiento domina el principio de la inquisición o el principio de la disposición o una estructura intermediaria entre estos dos. En cambio, sólo puede hablarse de la carga subjetiva de las partes, en un procedimiento construido sobre la máxima dispositiva, como lo es, por ejemplo, nuestro proceso civil actual”[46].

**3.3. En su fundamental aporte a la teoría de la carga de la prueba, Gian Antonio MICHELI resalta la evolución del concepto de carga de la prueba, que ha llevado a un primer plano la actividad de decisión del juez.**

Esto lleva al autor italiano a afirmar que “no existen dos aspectos antitéticos, o cuando menos distintos del fenómeno, sino un fenómeno único, consistente en la existencia de una regla de juicio, en virtud de la cual el juez es colocado en la condición de pronunciar en todo caso, aún cuando él no esté en situación de formarse la propia convicción acerca de los hechos relevantes” [47].

Sin embargo, a pesar del acento del autor en la regla de juicio, también reconoce la existencia de un “poder probatorio reconocido a las partes mismas”, del que ha surgido el concepto de carga de la prueba [48].

DEVIS ECHANDIA ha sintetizado el concepto dual de carga de la prueba señalando que “es una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez como debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables” [49].

Como señalamos en otra oportunidad en obra colectiva, esta noción tiene la virtud de destacar claramente la doble perspectiva que encierra el fenómeno de la

carga de la prueba: la existencia de una regla, dirigida al tribunal, que le permite evitar el non liquet indicándole el contenido de su fallo cuando ciertos hechos del objeto de la prueba no han sido probados, y la existencia de otra regla, dirigida a las partes como reflejo de la primera, y que les indica la necesidad de que ciertos hechos sean probados si no quieren sufrir las consecuencias de un fallo desfavorable.

Sin embargo, agregamos en esa misma obra:

“No obstante, estas concepciones no destacan suficientemente la perspectiva situacional del tema. En efecto, tal cual lo indica su denominación, con la expresión carga de la prueba se trata de aludir a ciertas situaciones jurídicas que componen el estatuto de los sujetos principales del proceso. Ese es el sentido de las expresiones carga subjetiva y carga objetiva de la prueba, popularizadas por ROSENBERG. El defecto de la tesis del profesor de Múnich es, como ha señalado reiteradamente DEVIS ECHANDIA, hablar de una carga objetiva que gravitaría sobre el tribunal (ult. op. cit., pág. 431).

Por otra parte, corresponde a MICHELI el mérito de haber llevado a primer plano la perspectiva del tribunal en este fenómeno, pero al hablar de una regla de juicio su concepción supuso el trasiego del problema del plano de las situaciones jurídicas al plano las normas.

Nos parece que una ulterior evolución del problema debería centrarse nuevamente en el plano situacional. De este modo, sería ajustado sostener que los dos aspectos englobados en la expresión “carga de la prueba” refieren: (a) por un lado, al poder deber del tribunal de fallar en cierto sentido a pesar de la falta de prueba de ciertos hechos y, (b) por otro, a la carga de las partes, como necesidad de que ciertos hechos sean probados si no quieren sufrir las consecuencias de un fallo desfavorable. Por lo tanto, el poder deber del tribunal no es más que un aspecto de la situación jurídica compleja de la que es titular, denominada jurisdicción; la carga de las partes no es más que un componente de los complejos situacionales denominados acción y excepción”[50].

Hoy quiero reafirmar que, más allá de las cuestiones vinculadas con el enfoque situacional, ambas perspectivas son relevantes: la “carga” de las partes de demostrar al tribunal los hechos que las favorecen; y el “poder-deber” (o, en mi actual enfoque, el deber complejo) del tribunal, cuando la valoración de la prueba ha fracasado y no existen presunciones legales simples que le permitan prescindir de la duda, de tener por existentes o inexistentes los hechos de acuerdo a lo que le indica la regla de la carga de la prueba (o “regla de juicio”).

Asimismo, quiero advertir que en la doble distinción debe prescindirse de los enfoques ideológicos que vinculan la carga subjetiva a los sistemas dispositivos y la carga objetiva a los sistemas inquisitivos. En efecto: en el proceso jurisdiccional no solo importa la necesidad de las partes de demostrar al tribunal la existencia o inexistencia

de los hechos que invocan, sino, y muy especialmente, que si luego de la valoración de la prueba el tribunal no pudo determinar si los hechos que conforman el objeto probatorio existen o no, el tribunal resuelva en un sentido o en otro, de acuerdo a las reglas aplicables.

Se trata, en definitiva, de dos caras de un mismo fenómeno[51]: por un lado importa lo que ALVARADO VELLOSO llama la incumbencia probatoria, esto es, a quién incumbe, a quién corresponde, probar; pero, por otra parte, como el mismo autor destaca, es menester proporcionar reglas claras a las cuales deba sujetarse el tribunal cuando, al momento de sentenciar, ignora a quién debe dar la razón cuando se encuentra con versiones antagónicas entre sí y que han sido esgrimidas acerca de un mismo hecho por ambas partes en litigio[52].

La doble perspectiva es hoy reconocida por la generalidad de la doctrina, a veces expresamente, a veces tácitamente [53].

#### IV. LA IMPRESCINDIBLE CONSAGRACIÓN DE LA “CARGA DE LA PRUEBA” COMO REGLA DE JUZGAMIENTO

*4.1. Quiero, ahora, que reflexionemos nuevamente por qué es imprescindible la existencia de esa regla de juzgamiento conocida como “carga de la prueba”.*

Es cierto que la regla de la carga de la prueba no necesariamente coincide con la lógica.

Lo advierte, siempre agudo, CARNELUTTI:

“si el actor pide, por ejemplo, el cumplimiento de un contrato y no se prueba la conclusión de él, es el derecho, no la lógica, quien impone al juez que rechace la demanda; la lógica aconsejaría, en cambio, la única solución que el derecho ya no tolera: la de que ... no se juzgue. En efecto, si no hay prueba, en el terreno de la lógica, entre el actor, que afirma, y el demandado, que niega, ¿quién puede decir cuál de ellos tiene razón? La verdad es que una exigencia jurídica quiere que se dé la razón a uno o al otro, u por tanto que se busque un medio de hacerlo” [54].

Ahora bien, ese medio puede ser arbitrario, o construirse sobre pautas razonables.

Dice el Maestro: “el medio, lógicamente, podría ser también el de echarlo a suertes, La carga de la prueba tiene esa función lógica; pero luego no es, en principio, un instrumento caprichoso”, sino que sigue ciertas reglas de experiencia [55].

En la misma línea de ideas, luego de formular la pregunta a la que responde la carga de la prueba, indica MANDRIOLI que “Da un punto de vista intuitivo ed empirico, la prima risposta que verrebbe fatto di dara a questa domanda sarebbe nel

senso che, essendo le prove uno strumento essenziale per il giudizio, il giudice non può giudicare senza prove e deve quindi rifiutare il giudizio” [56].

**4.2. Algunos autores, en concepciones hoy superadas, sostuvieron que a consecuencia de la consagración del régimen de la “apreciación judicial libre” (el equivalente de la “sana crítica”) “la importancia de la carga de la prueba es casi nula”, y que esa carga era una “antigüedad jurídica” [57].**

En rigor, ese enfoque es francamente erróneo.

Aún cuando la ley procesal consagre una mayor libertad en la valoración de la prueba, el resultado de esa tarea puede ser (y en muchas ocasiones es) un fracaso. En efecto, puede ocurrir que aún empleando todas las reglas de la razón y la experiencia para valorar los medios probatorios producidos, y aún cuando exista una amplia libertad en la proposición de esos medios, el tribunal no pueda salir del estado de la duda. El criterio de la “libre apreciación de la prueba” no puede brindar al tribunal ningún criterio para salir de esa duda; para salir de ese estado sólo puede acudir a la regla de la carga de la prueba [58].

La respuesta de la doctrina es unánime: la regla de la carga de la prueba trata de evitar el non liquet [59], permitido como ya vimos en otras épocas. Es que en el actual estado del derecho se considera que el deber de resolver es inherente o connatural a la función jurisdiccional [60].

En general todos los ordenamientos consagran, por un lado, la exigencia de resolver aún en los casos de oscuridad, insuficiencia o vacío de la ley [61]. Esta regla permite evitar el non liquet en cuanto a la cuestión de derecho o, más precisamente, en relación a las normas jurídicas aplicables al caso [62].

Sin embargo, como se ha advertido, las leyes a veces omiten establecer expresamente el otro aspecto del non liquet, esto es, el deber de resolver aún en los casos en que la valoración de la prueba no permitió determinar si los hechos que conforman el objeto de la prueba existen o no existen[63].

Sin embargo, esta otra faceta de la regla que prohíbe el non liquet debe considerarse implícita en el sistema, como derivada de aquellas que exigen al tribunal una decisión sobre el mérito del asunto.

Como señalé en otra oportunidad [64], el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comprende la necesidad de que el órgano jurisdiccional dicte una resolución fundada sobre el objeto principal del proceso.

En esta línea de análisis, la doctrina española recuerda que el Tribunal Constitucional español “ha declarado, desde el principio, que el derecho a la tutela judicial, además del derecho al acceso, comprende el derecho al proceso, entendido

como el derecho a que el proceso se resuelva con una sentencia sobre el fondo, sea o no favorable para el actor, siempre que concurran los presupuestos procesales, sin llevar a reconocer el derecho a una tutela favorable" [65].

Es más: el derecho al pronunciamiento sobre el mérito o fondo del asunto, es decir, más propiamente, sobre aquello que constituye su objeto principal [66], se considera el contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional [67].

Esta regla se consagra en todas nuestras legislaciones, en forma más o menos desarrollada, a veces junto al principio de congruencia [68].

Y bien: justamente como derivado de esa necesidad de resolver el objeto principal del proceso, en todas sus cuestiones, se exige al tribunal que resuelva sobre la cuestión de hecho aún cuando dude acerca de la existencia o inexistencia de algunos o todos los hechos que conforman el objeto de la prueba.

***4.3. Pero la regla de la carga de la prueba no sólo pone al tribunal en condiciones de evitar el non liquet, sino que le prescribe, justamente para ese caso, el contenido de su decisión [69].***

No se puede dejar de reconocer que a veces la carga de la prueba es un recurso no plenamente satisfactorio [70].

Sin embargo, al indicar al juez el contenido de su decisión sobre la cuestión de hecho las reglas de la carga de la prueba aseguran la decisión sobre el fondo del asunto, dotando así a esa cuestión de certeza oficial y, en determinado momento, la cosa juzgada[71]. Por eso, aún cuando en muchos casos la regla fijada por el ordenamiento no sea del todo satisfactoria, siempre es preferible a la incertidumbre o a la ausencia de decisión [72].

## **V. LA EXIGENCIA, TAMBIÉN IMPRESCINDIBLE, DE QUE ESA REGLA DE JUZGAMIENTO ESTÉ PREDETERMINADA NORMATIVAMENTE**

### ***5.1. Finalmente, quiero analizar un punto íntimamente relacionado con el anterior.***

No sólo es imprescindible que exista una regla de la carga de la prueba, sino que esa regla debe estar predeterminada normativamente.

Por ejemplo VERDE propone claramente el punto:

"Si potrebbe, allora, pensare che il giudice sia libero di scegliere, accogliendo o rigettando la richiesta sulla base di personale convinzioni (ad es., la maggior fiducia che gli ispira una parte rispetto all'altra). Se accettassimo una simile possibilità, correremmo il rischio di reintrodurre nel nostro sistema un processo di tipo irrazionale e arbitrario, che abbiamo visto essere retaggio di epoche storiche sorpassate. Il principio di legalità e la certezza del diritto, intesi come prevedibilità e controllabilità

delle decisioni giudiziarie, sino contrarii a tale soluzione. L'unica via, quindi, è quella di preconstituire un canone di valutazione per il caso dell'incertezza" [73].

*5.2. En un enfoque puramente teórico, y si prescindimos por ahora de la individualización de cuál de las soluciones es ajustada al sistema constitucional, podría decirse que el legislador podría fijar esa regla de juicio de dos posibles maneras:*

(a) Habilitando al tribunal a decidir, en cada caso concreto, cómo debe resolver si duda sobre la existencia o inexistencia de los hechos que conforman el objeto de la prueba[74]; o

(b) pre-estableciendo como debe resolver en esos casos, fijando ciertas reglas de mayor o menor generalidad [75].

Y, aún en el primer caso (a), podría:

(a1) habilitar a que esa decisión la tome el tribunal en el curso del proceso (por ejemplo, en una audiencia preliminar) o;

(a2) al final del proceso, en la propia sentencia definitiva.

En esta oportunidad sólo me refiero a esta última posibilidad, que es la que propone la tesis de las llamadas cargas probatorias dinámicas, que por mi parte rechazo [76].

Veamos: si dejamos de lado la pura especulación teórica y atendemos al sistema constitucional, es claro que la distribución de la carga probatoria por el tribunal, en cada caso específico, al final del proceso, es contraria a la idea de proceso jurisdiccional que nuestras constituciones prometen.

Justamente al analizar la teoría de las cargas probatorias dinámicas, en posición que por cierto comparto, señala ABAL OLIÚ que aún si esta regla se considerara consagrada en nuestro derecho –que a mi juicio no lo está– “pareciera que sólo es posible entender que ella sería inconstitucional”.

Fundando esta idea señala el reconocido profesor:

“Se trata de que la existencia de semejante regla sobre las cargas de la prueba no sólo no encuentra apoyo firme en ninguna disposición del C.G.P., sino que si la misma existiera configuraría una flagrante violación del derecho constitucional al debido proceso (además de una violación de lo dispuesto en el art. 18 de la Carta sobre predeterminación legal del proceso); derecho éste que necesariamente comprende la posibilidad de ejercer el derecho de defensa y que nunca puede ejercerse cuando recién al final del proceso el tribunal establece cuáles son las reglas que debían haber cumplido los interesados.

De aceptarse esta teoría naturalmente sucedería a menudo (para desánimo de una parte y alegría de la otra), que al sentenciar el juez resolviera 'invertir' la regla sobre la carga de la prueba establecida en el art. 139.1 C.G.P., regla que con toda lógica y derecho era que las partes esperaban que se le aplicara al momento de sentenciar y que teniéndola presente fue la que guió todas sus actuaciones a lo largo del proceso" [77].

En este punto resulta oportuno recordar las palabras de Michele TARUFFO, que revelan los peligros que encierran ese tipo de concepciones:

"En muchos casos los tribunales hacen a un lado, modifican, adaptan o incluso subvierten las normas y los principios legales que determinan la carga de la prueba cuando resuelven causas específicas. En realidad, parece que a menudo los tribunales no se sienten vinculados por esas normas y principios; más bien parece que creen tener la facultad de manipular y ajustar discrecionalmente los criterios jurídicos que rigen la carga de la prueba. Por ello, muchas presunciones judiciales son creadas por los tribunales sin ninguna vinculación a disposición legal alguna (...) La situación es, en cambio, diferente en los sistemas del civil law, donde son también frecuentes las presunciones creadas por los tribunales, pero este fenómeno puede ser criticado simplemente porque no hay ninguna disposición que les confiera la facultad de manipular cargas probatorias" [78].

Y añade luego el autor:

"Las facultades discrecionales que los tribunales crean para sí mismos no son fáciles de explicar ni de justificar, en especial en los sistemas del civil law, en los que la carga de la prueba se regula específicamente mediante normas legales expresas. En realidad, es dudoso que los tribunales estén autorizados a utilizar estos mecanismos, silenciosos o manifiestos, con el fin de modificar la regulación de situaciones jurídicas específicas. En algunos casos, una decisión tomada en aplicación estricta del derecho sustantivo y de las normas que regulan la carga de la prueba puede parecer injusta, pero cabe preguntarse si en esos casos se debe permitir a los tribunales prescindir de las normas existentes y crear su propia norma sobre el caso, manipulando las cargas probatorias para adoptar decisiones que consideren "justas", en algún sentido de la palabra. De hecho, es dudoso que los tribunales tengan esa facultad de manipular el resultado sustantivo final de causas concretas, tras la apariencia de estar ajustando los criterios sobre las cargas probatorias. Realmente, más valdría que el derecho proveyera a los tribunales y a las partes de criterios generales con los que determinen decisiones consistentes y previsibles que no se basen exclusivamente en consideraciones ad hoc para el caso específico." [79]

No puedo menos que compartir estas palabras, que ponen la cuestión en su lugar, y nos invitan a repensar la teoría de la carga de la prueba desde el prisma de los valores de la certeza y la previsibilidad, en consonancia con las principales preocupaciones actuales del pensamiento procesal.

Las reglas de la carga de la prueba deben estar predeterminadas normativamente; sólo así se puede garantizar la seguridad y previsibilidad jurídica para una igual aplicación de la ley.

## PRINCIPAL BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA[80]

- ABAL OLIÚ, Alejandro, "Cuándo debe tenerse por existente un hecho que integra el objeto de la prueba. Valoración de la prueba, presunciones simples y reglas sobre carga de la prueba", en XV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, FCU, Mdeo., 2011, pp. 19-40.
- . Derecho Procesal, t. IV, 1ª ed., FCU, Mdeo., 2014.
- ACOSTA, Aníbal Gerardo, "Jaqué a la teoría de las cargas probatorias dinámicas", en el IX Congreso de Derecho Procesal Garantista, Azul, Bs. As., 2007, en <http://www.academiadederecho.org/index.cgi> (consultada 9-9-2014).
- ALSINA, Hugo, Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, t. III, 2ª ed., EDIAR, Bs. As., 1958, pp. 253-262.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, El debido proceso de la garantía constitucional, Ed. Zeus SRL, Rosario, 2003, pp. 184-203.
- . La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal), Tirant lo blanch, Barcelona, 2006, pp. 39-52.
- ÁLVAREZ, Federico, BALUGA, Cecilia, GONZÁLEZ, Mónica, MARQUISA, Patricia, MORALES, Doris, MUÑOZ, Gervasio, PESCADERE, Diego, SAPELLI, Rosario, WEISZ, Fabiana, (Coordinadora Selva KLETT), "La aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en los procesos de alimentos de menores", en las IXas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Ed. Universidad, Mdeo., 1997, pp. 235-243.
- AMAYA, N. Enrique, Carga de la prueba, Ed. La Docta, Córdoba, 1972.
- AUGENTI, Giacomo Primo, L'onere della prova, Società Editrice Del Foro Italiano, Roma, 1932.
- BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, Apuntes de Derecho Procesal. 1er. Curso, t. II, 7ª reed., C.E.D., Mdeo., 1971, pp. 234-239.
- . Teoría del proceso, Depalma, Bs. As., 1979, pp. 236-239.
- . El proceso civil, t. I, Idea, Mdeo., 1989, pp. 206-211.
- . "Sustitución de la llamada carga dinámica por la interpretación legal", en las IXas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Ed. Universidad, Mdeo., 1997, pp. 253-261.
- . "Los subsistemas de la prueba y de la oralidad", RUDP, 2/1997, pp. 187-192.
- . "Teitelbaum y la prueba", en las X Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Ed. Surcos, Mdeo., 1999, pp. 335-343.
- . "Las situaciones jurídicas y la prueba", RUDP, 4/2001, pp. 403-408.
- BENABENTOS, Omar, "Visión crítica de las cargas probatorias dinámicas", ponencia al XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal, Arequipa, Perú, 2005.
- BERMEJO, Patricia, "Nueva concepción sobre la carga de la prueba", RUDP, 4/1993, pp. 499-501.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto, Derecho Procesal, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1970, pp. 359-376.
- CALAMANDREI, Piero, "Verdad y verosimilitud en el proceso civil", en Instituciones de Derecho Procesal Civil, vol. III, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, Librería El Foro S.A., Bs. As., 1996, pp. 317-353.
- CARNELUTTI, Francesco, La Prueba Civil, 2da. ed., apéndice de Giacomo P. AUGENTI, trad. Niceto Alcalá ZAMORA Y CASTILLO, Depalma, Bs. As., 1982.
- . Sistema de Derecho Procesal Civil, t. II, trad. de Niceto ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO y Santiago SENTÍS MELENDO, UTEHA, Bs. As., 1944, pp. 94-100.

- . “Pruebas civiles y pruebas penales”, en Estudios de Derecho Procesal, vol. II, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJE, Bs. As., 1952, pp. 106-110.
- . Instituciones del proceso civil, vol. I, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJE, Bs. As., 1959, pp. 344-348.
- CASTELLO, Alejandro, “Carga y valoración de la prueba en el proceso laboral. Algunas reflexiones sobre su evolución en la jurisprudencia”, en las IXas Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, FCU, Minas, 1997, Biblioteca de Derecho Laboral, n° 14, pp. 28-37.
- CHIOVENDA, Giuseppe, Principii di Diritto Processuale Civile, 3ª ed., Casa Tipografico-Editrice N. Jovene E. C., Napoli, 1923, pp. 782-798.
- COUTURE, Eduardo, “Sobre el precepto ‘nemo tenetur edere contra se’”, Rev. de Derecho Procesal (argentina), Ediar, Bs. As., 1943, pp. 53-71 y en “Estudios de Derecho Procesal Civil”, t. II, 2da. ed., Depalma, 1978, pp. 127-152.
- . “El deber de las partes de decir verdad”, en Estudios de Derecho Procesal Civil, t. III, 2da. ed., Depalma, 1978, pp. 233-258.
- . Fundamentos del derecho procesal civil, 3ra. ed., Depalma, Bs. As., 1988, pp. 240-248.
- DE LA PLAZA, Manuel, Derecho Procesal Civil Español, t. I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1942, pp. 429-438.
- DE LOS SANTOS, Mabel Alicia, “Algo más acerca de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas: inconveniencia de consagrar legislativamente inversiones probatorias, presumiendo apriorísticamente quien se encuentra en mejores condiciones de probar”, RUDP, 1/1993, pp. 29-33.
- DE MIDÓN, Gladys, “A propósito del ‘onus probandi’: la parte en mejores condiciones de suministrar la prueba, bajo la lupa del proceso justo”, RUDP, 1/1993, pp. 35-39.
- DENTI, Vittorio, Estudios sobre derecho probatorio, Valetta Ed., Colección “Clásicos del Derecho”, N° 62, EJE, Bs. As., 1974.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, t. I, Zavalía Ed., Bs. As., 1988, pp. 421-494.
- . Compendio de la prueba judicial, t. I, 1ª ed., anotado y concordado por Adolfo ALVARADO VELLOSO, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2000, pp. 193-217.
- FAZZALARI, Elio, Istituzioni di Diritto Processuale, 6ª ed., CEDAM, Padova, 1992, pp. 129 y 376-382.
- GARCÍA GRANDE, Maximiliano, “Inaplicabilidad de las cargas probatorias dinámicas”, La Ley, 2005-C, 1082.
- GELSI BIDART, Adolfo, “Proceso laboral y carga de la prueba”, RUDP, 2/1975, pp. 33-42.
- . “Carga de la prueba: ubicación procesal”, RUDP, 1/1998, pp. 7-20.
- GOLDSCHMIDT, James, Derecho Procesal Civil, Ed. Labor SA, Barcelona, 1936, pp. 253-292.
- GUASP, Jaime, Derecho Procesal Civil, t. I, 3ra. ed. corregida, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pp. 325-328.
- GUERRA PÉREZ, Walter, “Anotaciones sobre una sentencia que admite la teoría de las cargas probatorias dinámicas”, RUDP, 2/1996, pp. 295-304.
- . “Algunas reflexiones sobre cargas de la prueba dinámica”, Anales del Foro, pp. 173- 181.
- GURRIERI, Fernando, “Cargas probatorias dinámicas”, Rev. del Colegio de Abogados de Rosario, Rosario, 1999, pp. 113-126.
- I.U.D.P., “Conclusiones aprobadas en las X Jornadas Nacionales de Derecho Procesal”, RUDP, 1/1999, pp. 163-167.
- KLETT, Selva y PEREIRA CAMPOS, Santiago, “Valor de la conducta procesal de las partes desde la perspectiva probatoria en el Código General del Proceso”, RUDP, 1/1997, pp. 49-95.
- KLETT, Selva, BALUGA, Cecilia, ÁLVAREZ, Federico y CASTILLO, Juan, “Principios de la prueba en el sistema procesal”, RUDP, 1/2000, pp. 71-107.
- LANDONI, Ángel, “Principio de razonabilidad, sana crítica y valoración de la prueba”, RUDP, 1/1997, pp. 97-113.
- LANDONI, Ángel, GARDERES, Santiago, GOMES, Fernando, GONZÁLEZ, María Eugenia y VALENTIN, Gabriel, Código General del Proceso, vol. 2 A, B de f, Mdeo., 2003, pp. 364-381.

- LUIISO, Francesco P., *Diritto Processuale Civile*, t. I, 7ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 2013, pp. 256-262.
- MANDRIOLI, Crisanto, *Diritto Processuale Civile*, t. II, 21ª ed., G. Giappichelli Ed., Torino, 2011, pp. 193-202.
- MARABOTTO, Jorge, "Prueba - Generalidades. Declaración de parte - Prueba testimonial", en *Curso sobre el C.G.P.*, t. I., 1ª ed., reimp., FCU, Mdeo., 1991, pp. 129-159.
- MICHELI, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJEJA, Bs. As., 1961.
- . *Curso de Derecho Procesal Civil*, vol. II, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJEJA, Bs. As., 1970, pp. 96-101.
- MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, *Derecho jurisdiccional*, t. II, 16ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 262-267.
- MORELLO, Augusto M., *La prueba. Tendencias modernas*, Librería Ed. Platense, Bs. As.-La Plata, 1991.
- MORETTI, Raúl, "Apuntes sobre la tutela convencional y especialmente sobre el pacto de inversión de la carga de la prueba", *RDJA*, t. 36, 1938, pp. 80-89.
- MORTARA, Lodovico, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, vol. III, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, pp. 539-559.
- PALACIO, Lino, *Manual de derecho procesal civil*, 18ª ed. actualizada, reimp., Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2004, pp. 398-402.
- . *Derecho Procesal Civil*, t. IV, 4ª ed. actualizada por Carlos Enrique CAMPS, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2011, pp. 286-297.
- PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de Derecho Probatorio*, 1ª ed., Ed. Librería del Profesional, Bogotá, 1986.
- PEREIRA CAMPOS, Santiago, "El deber de colaboración en la práctica de medidas probatorias", *RUDP*, 4/2000, pp. 511-523.
- . "Los sistemas de valoración de la prueba", *RUDP*, 1/2003, pp. 79-98.
- PEYRANO, Jorge W., "La doctrina de las cargas probatorias dinámicas puesta a prueba", *RUDP*, 2/1992, pp. 239-241.
- PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Bosch Editor SA., Barcelona, 1996.
- PRIETO CASTRO, Leonardo, *Exposición del Derecho Procesal Civil de España*, t. I, 2ª reimp., Librería General, Zaragoza, 1944, pp. 301-306.
- PRÜTTING, Hans, "Carga de la prueba y estándar probatorio: la influencia de Leo Rosenberg y Karl Hainz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatorio", *Revista lus et Praxis*, Año 16, N° 1, 2010, pp. 453-464.
- QUEVEDO MENDOZA, Efraín I., "El derecho a la prueba como garantía constitucional", en el IX Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, Azul, Buenos Aires, 2007, [www.e-derecho.org.ar/congresoprocesal](http://www.e-derecho.org.ar/congresoprocesal).
- . "Carga de la prueba", en *La fe del hombre en sí mismo o la lucha por la libertad a través del proceso. El Mundo Procesal rinde Homenaje al Maestro Adolfo ALVARADO VELLOSO*, dirigido por Guido AGUILA GRADOS y Ana CALDERÓN SOMARRIVA, Ed. San Marcos, Lima, 2008, pp. 157-171.
- REYES OEHNINGER, Alberto, "La flexibilización de la carga de la prueba (art. 139 CGP) es ley", *RUDP*, 3/2007, pp. 591-606.
- RICCA BARBERIS, Mario, "La carga de la prueba", *RDJA*, t. 36, 1938, pp. 99-103.
- ROCCO, Ugo, *Corso di teoria e pratica del processo civile*, vol. I, Libreria Scientifica Editrice, Napoli, 1951, pp. 451-453.
- ROSENBERG, Leo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. II, trad. de Ángela ROMERA VERA de la 5ª ed. alemana, EJEJA, Bs. As., 1955, pp. 221-229.
- . *La carga de la prueba*, trad. de Ernesto KROTOSCHIN de la 3ª ed. alemana, EJEJA, Bs. As., 1956.
- ROSSI, Rosina, "Disponibilidad del medio probatorio en el Código General del Proceso", en las IXas Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, FCU, Minas, 1997, *Biblioteca de Derecho Laboral*, n° 14, pp. 11-28 y 48-49.
- SENTÍS MELENDO, Santiago, *Estudios de Derecho Procesal*, t. I, EJEJA, Bs. As., 1967, pp. 173, 205, 445-453, 592-594, 612-613 y 617.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Ariel, Barcelona, 1969, pp. 364-365.

- STIPANICIC, Emma y VALENTIN, Gabriel, "La carga de la prueba en el proceso laboral", en Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Adolfo Gelsi Bidart, FCU, Mdeo, 1999, pp. 477-504.
- . Proceso laboral, 2da. ed., Del Foro S.R.L., Mdeo., 2000, esp. pp. 123-156.
- TARIGO, Enrique, Lecciones de Derecho Procesal Civil, t. II, 2ª ed., Mdeo., 1998, pp. 18-19.
- TARUFFO, Michele, "Note per una riforma del diritto delle prove", en Rivista de Diritto Processuale, 2º serie, anno XLI, N° 2-3, aprile-settembre, 1986.
- . La prueba, 1ª ed., trad. por Laura MANRÍQUEZ y Jordi FERRE BELTRÁN, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- . La prueba de los hechos, 3ª ed., trad. por Jordi FERRER BELTRÁN, Ed. Trotta SA, Madrid, 2009.
- TERRASA, Eduardo, "Cargas probatorias dinámicas", en Activismo y garantismo procesal, obra colectiva, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, pp. 95-110.
- VALENTIN, Gabriel, "Análisis crítico de la llamada teoría de las cargas probatorias dinámicas", en La fe del hombre en sí mismo o la lucha por la libertad a través del proceso. El Mundo Procesal rinde Homenaje al Maestro Adolfo ALVARADO VELLOSO, dirigido por Guido AGUILA GRADOS y Ana CALDERÓN SOMARRIVA, Ed. San Marcos, Lima, 2008, pp. 723-742.
- . "Análisis crítico de la llamada teoría de las cargas probatorias dinámicas", RUDP, 3-4/2008, pp. 351-366.
- . "El principio de la libertad de la prueba y la carga de la prueba", Revista del Derecho del Trabajo, año II, N° 3, La Ley Uruguay, Mdeo., abril / junio 2014, pp. 173-201.
- VAN ROMPAEY, Leslie, "La teoría de las cargas probatorias dinámicas en el Derecho Procesal uruguayo", LJU, t. 111, 1995, Sec. Doctrina, pp. 447-453.
- VARGAS, Abraham Luis, "Cargas probatorias dinámicas. Sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos", en Activismo y garantismo procesal, obra colectiva, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, pp. 79-94.
- VERDE, Giovanni, L'onere della prova nel processo civile, Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino, Napoli, 1974.
- . Diritto processuale civile, t. 1, 3ª ed., Zanichelli Ed., Bologna, 2012, pp. 112-115.
- VÉSCOVI, Enrique, "La carga de la prueba", en las IXas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Ed. Universidad, Mdeo., 1997, pp. 263-274.
- . "El estado del proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil española", RUDP, 3/1999, pág. 423.
- VÉSCOVI, Enrique et. al, Código General del Proceso", Ed. Ábaco, Bs. As., 1998, t. 4, pp. 23-325.
- VIERA, Luis A., "La prueba", en el Curso de Derecho Procesal, t. II, FCU, 1987, obra colectiva del I.U.D.P., pp. 89-96.
- VV.AA., "Conclusiones del XVII Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal", Termas de Río Hondo, Santiago del Estero, 1993, RUDP, 1/1993, esp. pág. 234.
- VV.AA., Cargas probatorias dinámicas, bajo la dirección de Jorge W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004.

-----

\* Artículo recibido el 9/12/14; admitido el 15/12/14.

- [1] Profesor Adjunto de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho Universidad de la República. Profesor Asociado de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho Universidad Católica del Uruguay y Coordinador Académico en la misma Facultad. Magister en Derecho Procesal por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina), Doctorando y Profesor Invitado en la misma Facultad.
- [2] ROSENBERG, Leo, La carga de la prueba, trad. de Ernesto KROTOSCHIN de la 3ª ed. alemana, EJE, Bs. As., 1956. V. también su Tratado de Derecho Procesal Civil, t. II, trad. de Ángela ROMERA VERA de la 5ª ed. alemana, EJE, Bs. As., 1955, pp. 221-229.
- [3] MICHELI, Gian Antonio, La carga de la prueba, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJE, Bs. As., 1961. V. también su Curso de Derecho Procesal Civil, vol. II, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJE, Bs. As., 1970, pp. 96-101.
- [4] VERDE, Giovanni, L'onere della prova nel processo civile, Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino, Napoli, 1974. V. también su Diritto processuale civile, t. 1, 3ª ed., Zanichelli Ed., Bologna, 2012, pp. 112-115.
- [5] DEVIS ECHANDÍA, Hemando, Compendio de la prueba judicial, t. I, anotado y concordado por Adolfo ALVARADO VELLOSO, Rubinzal-Culzoni Editores, Bs. As., 2000, pp. 23-24.

- [6] DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Teoría general de la prueba judicial, t. I, Víctor P. de Zabala Ed., Bs. As., p. 36.
- [7] V. en este sentido: BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, "Los subsistemas de la prueba y de la oralidad", RUDP, 2/1997, p. 191. V. también ABAL OLIÚ, Alejandro, Derecho Procesal, t. II, 3ª ed. ampliada y actualizada, FCU, Mdeo., 2014, p. 260. Para no complejizar este análisis, nos limitamos al caso en que las partes son sujetos privados; si se trata de sujetos públicos (por ejemplo el actor es el Estado), entendemos que su situación jurídica no es de derecho, sino de deber complejo (v.: VALENTIN, Gabriel, Principio de congruencia y regla iura novit curia en el proceso civil uruguayo, 1ª ed., FCU, Mdeo., 2013, p. 36).
- [8] QUEVEDO MENDOZA, Efraín, "El derecho a la prueba como garantía constitucional", en el IX Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, Azul, Buenos Aires, 2007, [www.e-derecho.org.ar/congresoprocesal](http://www.e-derecho.org.ar/congresoprocesal); VALENTIN, Gabriel, "Divorcio causal. Un caso práctico de prueba ilícita. La grabación no consentida de una conversación telefónica entre una de las partes y un tercero", Revista Uruguaya de Derecho de Familia, N° 20, FCU, Mdeo., 2008. Por eso se dice que forma parte del derecho de defensa, garantizado constitucionalmente (VERDE, Giovanni, Diritto processuale civile, t. 2, 3ª ed., Zanichelli Ed., Bologna, 2012, p. 62).
- [9] PICÓ I JUNOY, Joan, El derecho a la prueba en el proceso civil, Bosch Editor SA., Barcelona, 1996, pp. 37-38.
- [10] ANDOLINA y VIGNERA, citados por MANDRIOLI, Crisanto, Diritto Processuale Civile, t. II, 21ª ed, a cura di Antonio CARRATA, G. Giappichelli Ed., Torino, 2011, p.179, nota a pie de página 15.
- [11] TARUFFO, Michele, "Note per una riforma del diritto delle prove", en Rivista de Diritto Processuale, 2º serie, anno XLI, N° 2-3, aprile-settembre, 1986, p. 259.
- [12] TARUFFO, Michele, La prueba de los hechos, 3ª ed., trad. de Jordi FERRER BELTRÁN, Ed. Trotta, Madrid, 2009, pp. 357-358.
- [13] TARUFFO, Michele, La prueba de los hechos cit., p. 359.
- [14] TARUFFO, Michele, La prueba de los hechos cit., pp. 359-360. V. también, ampliamente: DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Compendio de la prueba judicial, t. I cit., pp. 41-42; del mismo autor, Teoría general de la prueba judicial, t. I cit., pp. 131-133. V. también: VALENTIN, Gabriel, "El principio de la libertad de la prueba y la carga de la prueba", Revista del Derecho del Trabajo, año II, N° 3, La Ley Uruguay, Mdeo., abril / junio 2014, pp. 173-201.
- [15] Sobre principios y reglas, generales y especiales, v., de mi autoría: Principio de congruencia y regla iura novit curia en el proceso civil uruguayo cit., pp. 39-42.
- [16] Para el proceso penal v.: GARDERES, Santiago y VALENTIN, Gabriel, Bases para la reforma del proceso penal, 1ª ed., Konrad Adenauer Stiftung – Serpaj Uruguay, Mdeo., 2007, pp. 16, 78-79 y 145.
- [17] KLETT, Selva, BALUGA, Cecilia, ÁLVAREZ, Federico y CASTILLO, Juan, Principios de la prueba en el sistema procesal civil, RUDP, 1/2000, p. 87.
- [18] VALENTIN, Gabriel, La reforma del Código General del Proceso, 1ª ed., FCU, Mdeo., pp. 21-22 y 110-112. Sobre los conceptos de cada uno de los motivos de rechazo v.: LANDONI SOSA, Ángel (Director), GARDERES, Santiago, GOMES, Fernando, GONZÁLEZ, María Eugenia y VALENTIN, Gabriel, Código General del Proceso. Comentado, con doctrina y jurisprudencia, vol. 2 – A, B de F, Mdeo., 2003, pp. 429-432.
- [19] V., p. ej.: ALVARADO VELLOSO, Adolfo, La prueba judicial (reflexiones críticas sobre la confirmación procesal), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- [20] V., ampliamente, y con varias precisiones: ABAL OLIÚ, Alejandro, Derecho Procesal, t. IV, 1ª ed., FCU, Mdeo., 2014, p. 13.
- [21] ABAL OLIÚ, Alejandro, "Cuándo debe tenerse por existente un hecho que integra el objeto de la prueba. Valoración de la prueba, presunciones simples y reglas sobre carga de la prueba", en XV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, FCU, Mdeo., 2011, p. 19; del mismo autor, Derecho Procesal, t. IV cit., p. 119.
- [22] Utilizo la expresión objeto de la prueba, habitual en el Uruguay, que coincide con lo que otros autores denominan tema de prueba, para referirme a aquellos hechos que en determinado proceso concreto debe ser materia de la actividad probatoria (v. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Teoría general de la prueba judicial, t. I cit., p. 142; del mismo autor, Compendio de la prueba judicial, t. I cit., p. 73; ALVARADO VELLOSO, Adolfo, La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal) cit., p. 31). Sobre el punto en Uruguay v.: ABAL OLIÚ, Alejandro, "Delimitación del objeto de la prueba", RUDP, 3/2004, p. 223.
- [23] Así, en el proceso ordinario de la ley procesal uruguayo el objeto de la prueba se determina expresamente en la audiencia preliminar (CGP, art. 341 num. 6º, red. actualmente dada por la ley 19.090). Lo mismo ocurre en la ley procesal nacional argentina (CPCNA, art. 360 num. 3, red. dada por la ley 25.488). Esta determinación del objeto de la prueba no siempre funciona bien en la práctica: en muchas ocasiones se reduce a señalar, genéricamente, que se necesitan probar los hechos alegados y controvertidos. Lo que, naturalmente, es lo mismo que no determinarlo.
- [24] En este tipo de sistemas ese juzgamiento implícito es imprescindible para decidir si se abre a prueba (p., ej., art. 145 del CPC de Santa Fe). Esa determinación implícita también hace posible que – aunque excepcionalmente – el tribunal pueda rechazar anticipadamente algún medio de prueba manifiestamente impertinente.
- [25] Por lo que se excluyen los hechos incontrovertibles o incontestables, como los evidentes, notorios o presumidos absolutamente por la ley.
- [26] Si se trata de hechos relativos a cuestiones indisponibles, aún cuando no exista controversia, siempre necesitan ser probados. Entiendo por cuestión indisponible aquella que sólo puede ser resuelta en un proceso jurisdiccional estatal (o sea, no arbitral) y a través de una sentencia (o sea, no a través de otro modo de eliminación de la insatisfacción jurídica, como la conciliación o la transacción, por ejemplo).
- [27] Digo eventualmente porque, como veremos enseguida, según cuál sea el resultado de la valoración, pueden sobrevenir otras tareas intelectuales dentro de la actividad de sentenciar.

- [28] PEREIRA CAMPOS, Santiago, "Los sistemas de valoración de la prueba", RUDP, 1/2003, p. 79.
- [29] LANDONI, Ángel (Director), GARDERES, Santiago, GOMES, Fernando, GONZÁLEZ, María Eugenia y VALENTIN, Gabriel, Código General del Proceso, vol. 2 A cit., pp. 393-395.
- [30] Adicionalmente, anoto mi coincidencia con la observación de ABAL OLIÚ sobre el sistema de la "libre o íntima convicción": este sistema es inconstitucional, por ser violatorio de las garantías del debido proceso, en cuanto permitiría que un juez pudiera resolver sin apoyarse en el resultado probatorio ("Cuándo debe tenerse por existente un hecho que integra el objeto de la prueba. Valoración de la prueba, presunciones simples y reglas sobre carga de la prueba" cit., pp. 23-24; Derecho Procesal, t. IV cit., p. 126).
- [31] VALENTIN, Gabriel, "El principio de la libertad de la prueba y la carga de la prueba" cit., pp. 187-188.
- [32] V. por todos: PALACIO, Lino Enrique, Derecho Procesal Civil, t. IV, 4ª ed. actualizada por Carlos Enrique CAMPS, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2011, p. 287.
- [33] Por ejemplo, en la doctrina italiana, LUISO comprende ambos fenómenos bajo la misma denominación de "principio di acquisizione" (Diritto Processuale Civile, t. I, 7ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 2013, p. 256).
- [34] Luego de la reforma de la ley 19.090 el art. 142.1 del CGP dice que las pruebas "pertenecen al proceso". Sobre esta modificación v.: PEREIRA CAMPOS, Santiago, Código General del Proceso. Reformas de la ley 19.090. Comparadas y comentadas, 1ª ed., UM, Mdeo., 2013, p. 248; VALENTIN, Gabriel, La reforma del Código General del Proceso cit., p. 108. No ingreso aquí en la discusión acerca del momento en que la prueba se adquiere para el proceso: para algunos es desde su misma proposición; para otros, es desde su admisión y orden de diligenciamiento; para otros, es desde su producción.
- [35] V.: KLETT, Selva, BALUGA, Cecilia, ÁLVAREZ, Federico y CASTILLO, Juan, "Principios de la prueba en el sistema procesal" cit., pp. 105-107. Sobre el tema v. también: PEYRANO, Jorge W., El proceso civil. Principios y fundamentos, Astrea, Bs. As., 1978, pp. 337-345; PALACIO, Lino Enrique, Derecho Procesal Civil, t. I, 3ª ed., actualizada por Carlos Enrique CAMPS, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2011, pp. 208-209; ABAL OLIÚ, Alejandro, Derecho Procesal, t. IV cit., pp. 82-85 y 128-129.
- [36] ABAL OLIÚ, Alejandro, "Cuándo debe tenerse por existente un hecho que integra el objeto de la prueba. Valoración de la prueba, presunciones simples y reglas sobre carga de la prueba" cit., pp. 20 y 27; del mismo autor, Derecho Procesal, t. IV cit., p. 135.
- [37] Una breve digresión terminológica: utilizo la expresión objeto del proceso en el sentido tradicionalmente aceptado por la doctrina, esto es, como aquello sobre lo cual recae la actividad procesal, que para algunos será el litigio, para otros la pretensión, y para otros, entre los que me incluyo, la insatisfacción jurídica y el requerimiento de satisfacción. Coincide, en definitiva, con la primera acepción de la expresión "objeto" en el Diccionario de la Lengua: "Todo lo que puede ser materia de conocimiento o sensibilidad de parte del sujeto".
- En cambio ALVARADO VELLOSO sostiene que el objeto del proceso es la sentencia (Introducción al Estudio del Derecho Procesal, Primera Parte, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 1986, p. 28; Lecciones de Derecho Procesal Civil, adaptado a la legislación uruguaya por Gabriel VALENTIN, 1ª ed., La Ley Uruguay, Mdeo., 2011, p. 14 y 701). En este caso se utiliza la palabra objeto en su tercera acepción castellana: "Término o fin de los actos de las potencias". V. nuestra nota a esas Lecciones, pp. 14-15; y nuestra tesis de maestría El principio congruencia y la regla iura novit curia en el proceso civil uruguayo cit., pp. 103-104. Por su parte CALVINHO prefiere decir que la sentencia es el objetivo del proceso (Estudios Procesales. Enfoque sistemático pro-homine, Ed. San Marcos – Instituto Panamericano de Derecho Procesal Capítulo Perú, Lima, 2008, pp. 86-87 y 122); lo que nos parece más apropiado, ya que nos permite utilizar la expresión objeto en su acepción procesal tradicional.
- [38] Así, sobre el juez romano: AULO GELIO, Las noches áticas, EJEA, Bs. As., 1959, pp. IX, XVII, XXIX y Libro XIV, cap. Segundo, que contiene la "Disertación de Favorino, por consulta mía, sobre los deberes del juez".
- [39] LANDONI, Ángel, GARDERES, Santiago, GOMES, Fernando, GONZÁLEZ, María Eugenia y VALENTIN, Gabriel, Código General del Proceso, vol. 2 A cit., p. 365.
- [40] ROSENBERG, Leo, La carga de la prueba cit., pp. 56-57. El destacado es mío.
- A pesar de esa clara separación, el autor incurre a mi juicio en algunas confusiones cuando señala que la apreciación libre de la prueba no permanece libre del influjo de la distribución de la carga de la prueba. Advierte el autor que "una distribución errónea de la carga de la prueba puede inducir al juez a conclusiones erróneas y, por consiguiente, a una sentencia errónea, aún cuando no está en cuestión propiamente la aplicación de una norma sobre carga de la prueba, creyendo el juez haber llegado (si bien en base a un error) a una aclaración completa de la situación de hecho". Por ejemplo, en uno de los casos que maneja, un tribunal consideró que la carga de la prueba de la culpa correspondía al demandado, y el superior consideró que en realidad correspondía al actor. Según la propuesta de ROSENBERG, en un caso como ese, puede ocurrir que la errónea concepción del primer tribunal sobre la carga de la prueba haya influido en su valoración. A nuestro juicio, la tesis es errónea: si la culpa del demandado se probó, no importa quién tenía la carga de demostrarla; esto sólo importa, precisamente, si la culpa no se probó. V. ampliamente, la explicación y ejemplos del autor, en la op. cit., pp. 61-64.
- [41] La primera edición de la obra de WEBER es de 1804, y tiene reediciones de 1832 y 1845 (v. ROSENBERG, Leo, La carga de la prueba cit., p. 17 y nota 23).
- [42] Reglas similares consagraron todos los códigos civiles influidos por el Código Napoleón: "Chi domanda l'esecuzione di una obbligazione, deve provarla, e chi pretende esserne stato liberato, deve dal suo canto provare il pagamento o il fatto che ha prodotto l'estinzione della sua obbligazione" (CC italiano de 1865, art. 1312); "Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone" (CC español, art. 1214); "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta" (CC uruguayo de 1868, art. 1573); etc. Aún códigos modernos, como el CC italiano vigente, no se apartan demasiado de ese enfoque: "(Onere della prova). Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda" (art. 2697). Lo mismo el art. 139.1 del CGP

- uruguayo: "Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión". Aunque la terminología ha mejorado (ya no se habla de obligación ni de deber de probar, sino de carga), la mirada se dirige básicamente a la parte que necesita probar; no al juez que debe resolver a pesar de la duda.
- [43] La obra de GLASER es de 1883 (v. ROSENBERG, Leo, La carga de la prueba cit., p. 15, nota 14, y p. 16; MICHELI, Gian Antonio, La carga de la prueba cit., p. 106, nota 4).
- [44] MICHELI, Gian Antonio, La carga de la prueba cit., p. 106.
- [45] ROSENBERG, Leo, La carga de la prueba cit., pp. 16-21.
- [46] ROSENBERG, Leo, La carga de la prueba cit., pp. 21-37.
- [47] MICHELI, Gian Antonio, La carga de la prueba cit., p. 175.
- [48] MICHELI, Gian Antonio, La carga de la prueba cit., p. 110.
- [49] DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Teoría general de la prueba judicial, t. I cit., p. 426.
- [50] LANDONI, Ángel, GARDERES, Santiago, GOMES, Fernando, GONZÁLEZ, María Eugenia y VALENTIN, Gabriel, Código General del Proceso, vol. 2 A cit., pp. 367-368.
- [51] Como dice CARNELUTTI, aunque limitando su análisis al proceso civil, "la carga de la prueba, que tiene una doble función, sirve no sólo para estimular la acción de las partes, sino también para orientar al juez en orden a la decisión sobre los hechos desconocidos" ("Pruebas civiles y pruebas penales", en Estudios de Derecho Procesal, vol. II, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJE, Bs. As., 1952, p. 108). Luego agrega que esa regla que orienta al juez es una "regla de juicio" (op. cit., p. 110).
- [52] ALVARADO VELLOSO, Adolfo, La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal) cit., p. 39.
- [53] FAZZALARI, Elio, Istituzioni di Diritto Processuale, 6ª ed., CEDAM, Padova, 1992, p. 382; MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, Derecho Jurisdiccional, t. II, 16ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 264-265; MANDRIOLI, Crisanto, Diritto Processuale Civile, t. II, 21ª ed., G. Giappichelli Ed., Torino, 2011, pp. 193-195; VERDE, Giovanni, Diritto processuale civile, t. 1 cit., p. 113.
- [54] CARNELUTTI, Francesco, "Pruebas civiles y pruebas penales" cit., p. 108.
- [55] CARNELUTTI, Francesco, "Pruebas civiles y pruebas penales" cit., p. 108.
- [56] MANDRIOLI, Crisanto, Diritto Processuale Civile, t. II cit., p. 193.
- [57] KOHLER, cit. por CHIOVENDA (Principii di Diritto Processuale Civile, 3ª ed., Casa Tipografico-Editrice N. Jovene E. C., Napoli, 1923, p. 796) y ROSENBERG (La carga de la prueba cit., p. 56). Más modernamente, autores como EKELÓF (1962) y MOTSCH (1978 y 1983) cuestionaron la necesidad de esta regla. En particular este último postuló que el sistema de la libre apreciación de la prueba permite solucionar prácticamente todos los problemas probatorios (citados por PRÜTTING, Hans, "Carga de la prueba y estándar probatorio: la influencia de Leo Rosenberg y Karl Hainz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatorio", Revista lus et Praxis, Año 16, N° 1, 2010).
- [58] ROSENBERG, Leo, La carga de la prueba cit., p. 57.
- [59] A modo de ejemplo v.: ROSENBERG, Leo, La carga de la prueba cit., p. 57; MICHELI, Gian Antonio, La carga de la prueba cit., pp. 111 y 175-187; CARNELUTTI, Francesco, Instituciones del proceso civil, vol. I, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJE, Bs. As., 1959, p. 347; PALACIO, Lino Enrique, Derecho Procesal Civil, t. IV cit., p. 287; MANDRIOLI, Crisanto, Diritto Processuale Civile, t. II cit., p. 193; VERDE, Giovanni, Diritto processuale civile, t. 1 cit., p. 112.
- [60] MICHELI, Gian Antonio, La carga de la prueba cit., p. 176.
- [61] Uruguay: CC, arts. 15; Ley Orgánica de la Judicatura y Organización de los Tribunales, art. 5º inc. 2º; CGP, art. 25.1; Código de la Niñez y la Adolescencia, art. 67 inc. 2º. Argentina: CC, arts. 15 y 16. Paraguay: CC, art. 6º. Italia: CC, art. 12 de las disposiciones preliminares.
- [62] También de esta regla, como del principio de sumisión del juez al derecho, se extrae el iura novit curia; cuyos límites, sin embargo, deben delimitarse cuidadosamente (v., ampliamente: VALENTIN, Gabriel, El principio de congruencia y la regla iura novit curia en el proceso civil uruguayo cit., pp. 185-202).
- [63] Como advierte ALVARADO VELLOSO citando el art. 15 del CC argentino, "la norma transcrita resolvió qué hacer en caso de carencia de norma pero dejó irresuelto el supuesto de carencia de hechos o, mejor aún, de carencia de prueba acerca de esos hechos" ALVARADO VELLOSO, Adolfo, La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal) cit., pp. 40-41. En el mismo sentido, en el derecho uruguayo: ABAL OLIÚ, Alejandro, "Cuándo debe tenerse por existente un hecho que integra el objeto de la prueba. Valoración de la prueba, presunciones simples y reglas sobre carga de la prueba" cit., p. 27.
- [64] VALENTIN, Gabriel, El principio de congruencia y la regla iura novit curia en el proceso civil uruguayo cit., pp. 18-19.
- [65] HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, "La Constitución española, veinticinco años después. Su influencia en el derecho procesal", RIDP, Bs. As., año II, N° 3, 2006, p. 149.
- [66] Por supuesto que la ley puede eximir al tribunal de pronunciarse sobre el objeto principal cuando acoge una excepción que releva la inexistencia de un proceso regular (p. ej., una excepción de cosa juzgada). En esos casos, el tribunal tiene un deber de pronunciarse sobre ese objeto accesorio o secundario (no principal), y si estima la excepción ya no será exigible un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

- [67] MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, *Derecho Jurisdiccional*, t. I, 16ª ed., Tirant lo Blanch, Barcelona, 2008, pp. 261-263, con citas de sentencias del Tribunal Constitucional que confirman la necesidad de que se dicte "una resolución fundada en derecho, resolución que habrá de ser de fondo, sea o no favorable a las pretensiones formuladas" (s. 9/81; 121/1994); MANDRIOLI, Crisanto, *Diritto Processuale Civile*, t. I, 21ª ed., G. Giappichelli Editore, Torino, 2011, p. 91.
- [68] Uruguay: CGP, arts. 11.1, 25.1, 197 y 198. Argentina: CPCNA, art. 163 num. 6°. Paraguay: CC, art. 159 lit. e. Italia: CPC, art. 112.
- [69] ROSENBERG, Leo, *La carga de la prueba* cit., p. 58.
- [70] Nada menos que CARNELUTTI la calificó como "recurso mediocre" ("Líneas generales de la reforma del proceso civil de cognición", en *Estudios de Derecho Procesal*, vol. I, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJE, Bs. As., 1952, p. 106). Sin embargo, su cuestionamiento refería más bien a una determinada forma de distribución de la carga probatoria, la que resuelve la duda sobre una afirmación contra la parte a quien esa afirmación favorece.
- [71] Límite mi análisis a los procesos contenciosos (para muchos, el único y verdadero proceso). De todos modos, en el llamado proceso voluntario también debe aplicarse una regla de juicio que indique cómo resolver cuando el o los interesados no probaron los hechos alegados.
- [72] No analizo aquí las distintas reglas consagradas por los ordenamientos procesales a lo largo de la historia, porque ello nos alejaría demasiado del propósito de estas líneas.
- [73] VERDE, Giovanni, *Diritto processuale civile*, t. 1 cit., pp. 112-113. El destacado es mío.
- [74] V., p. ej., el manejo de esta idea por CALAMANDREI, Piero, "Verdad y verosimilitud en el proceso civil", incluido en las *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. III, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, Librería El Foro S.A., Bs. As., 1996, p. 337. En 1913 GAUTSCHI presentó un estudio en cuyas primeras 15 páginas sostiene la tesis de que la carga de la prueba no debía juzgarse de acuerdo a la ley sino la libre discreción del juez; sin embargo, según refiere PRÜTTING, en las restantes 520 páginas "con un ejemplo tras otro no llega siquiera a poder afirmar e identificar un sistema como el propuesto" (PRÜTTING, Hans, "Carga de la prueba y estándar probatorio: la influencia de Leo Rosenberg y Karl Hainz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatorio" cit.).
- [75] Como señala PRÜTTING, fue ROSENBERG quien reconoció que la distribución de la carga de la prueba no estaba sujeta a la discreción del juez, de los principios individuales o los resultados de las hipótesis, sino que tenía sus raíces en la ley, en la naturaleza y estructura de la norma jurídica (op. cit. en la nota anterior).
- [76] En el Uruguay, inicialmente, esta teoría era aceptada por la mayoría de los autores: VAN ROMPAEY, Leslie, "La teoría de las cargas probatorias dinámicas en el Derecho Procesal uruguayo", *LJU*, t. 111, 1995, Sección Doctrina, pp. 447-453; VÉSCOVI, Enrique, "La carga de la prueba", en las IXas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Ed. Universidad, Mdeo., 1997, pp. 263-273; KLETT, Selva, y PEREIRA CAMPOS, Santiago, "Valor de la conducta procesal de las partes desde la perspectiva probatoria en el Código General del Proceso", *RUDP*, 1/1997, pp. 76-78; LANDONI, Ángel, "Principio de razonabilidad, sana crítica y valoración de la prueba", *RUDP*, 1/1997, pp. 104-105; CASTELLO, Alejandro, "Carga y valoración de la prueba en el proceso laboral. Algunas reflexiones sobre su evolución en la jurisprudencia", IXas Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, realizadas en Minas, Diciembre 1997, Biblioteca de Derecho Laboral n° 14, pp. 28-37; ROSSI, Rosina, "Disponibilidad del medio probatorio en el Código General del Proceso", en las IXas Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, FCU, Minas, 1997, Biblioteca de Derecho Laboral, n° 14, pp. 11-28 y 48-49; ÁLVAREZ, Federico, BALUGA, Cecilia, GONZÁLEZ, Mónica, MARQUISA, Patricia, MORALES, Doris, MUÑOZ, Gervasio, PESCADERE, Diego, SAPELLI, Rosario, WEISZ, Fabiana, (Coordinadora Selva KLETT), "La aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en los procesos de alimentos de menores", en las IXas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Ed. Universidad, Mdeo., 1997, pp. 235-243; REYES OEHNINGER, Alberto, *La flexibilización de la carga de la prueba* (art. 139 CGP) es ley, *RUDP*, 3/2007, pp. 591-606.
- Actualmente es rechazada por la doctrina que entendemos levemente mayoritaria: GUERRA PÉREZ, Walter, "Algunas reflexiones sobre cargas de la prueba dinámica", *Anales del Foro*, pp. 173- 181; del mismo autor, "Anotaciones sobre una sentencia que admite la teoría de las cargas probatorias dinámicas", *RUDP*, 2/1996, pp. 295-304; BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, "Sustitución de la llamada carga dinámica por la interpretación legal", en las IXas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Ed. Universidad, Mdeo., 1997, pp. 253-261; STIPANICIC, Emma, y VALENTIN, Gabriel, "La carga de la prueba en el proceso laboral", en *Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*, FCU, Mdeo, 1999, pp. 496-504; de los mismos autores, *Proceso Laboral*, 2ª ed., Del Foro SRL, Mdeo., 2000, pp. 143-153; VARELA-MÉNDEZ, Edgar J., "El principio de imparcialidad y la carga de la prueba en el CGP", exposición las Jornadas de Homenaje a los Profesores Enrique Tarigo y Víctor H. BERMÚDEZ, celebradas en el Paraninfo de la Universidad de la República, Montevideo, 18 y 19 de abril de 2005, y en las Jornadas Preparatorias del XXI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal en Homenaje al Maestro Dante BARRIOS DE ÁNGELIS, celebradas en el Aula Magna de la Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 6 de agosto de 2008; VALENTIN, Gabriel, "Análisis crítico de la llamada teoría de las cargas probatorias dinámicas", en *La fe del hombre en sí mismo o la lucha por la libertad a través del proceso. El Mundo Procesal rinde Homenaje al Maestro Adolfo ALVARADO VELLOSO*, dirigido por Guido AGUILA GRADOS y Ana CALDERÓN SOMARRIVA, Ed. San Marcos, Lima, 2008, pp. 723-742; del mismo autor, "Análisis crítico de la llamada teoría de las cargas probatorias dinámicas", *RUDP*, 3-4/2008, pp. 351-366; VARELA-MÉNDEZ, Edgar J., *La carga de la prueba y la iniciativa probatoria del tribunal en el Código General del Proceso*, Colección "Ensayos Procesales", N° 20, Rosario, Argentina, 2010, pp. 3-39; ABAL OLIÚ, Alejandro, "Cuándo debe tenerse por existente un hecho que integra el objeto de la prueba. Valoración de la prueba, presunciones simples y reglas sobre carga de la prueba" cit., pp. 19-40; GREIF, Jaime, "El sistema probatorio y la carga de la prueba", en XV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal cit., pp. 89-90; TOMMASINO, Beatriz y GUTIÉRREZ PUPPO, Cecilia, "Carga de la prueba en el proceso civil ordinario de protección ambiental", en XV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal cit., pp. 127-148; ABAL OLIÚ, Alejandro, *Derecho Procesal*, t. IV cit., pp. 142-148.

- [77] ABAL OLIÚ, Alejandro, "Cuándo debe tenerse por existente un hecho que integra el objeto de la prueba. Valoración de la prueba, presunciones simples y reglas sobre carga de la prueba" cit., pp. 36-37. V. también: Derecho Procesal, t. IV cit., p. 147.
- [78] TARUFFO, Michele, La prueba, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 153-154.
- [79] TARUFFO, Michele, La prueba cit., pp. 154-155.
- [80] Sólo incluyo la bibliografía utilizada vinculada específicamente al tema. En el texto se citan otras obras, que tratan temas generales o específicos vinculados.

# “IMPORTANCIA DE LAS ACCIONES CONSTITUCIONALES DEL ESTADO COLOMBIANO EN LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE”

ESCRIBE: JULIANA VELÁSQUEZ ARANGO\*

*“Hay descuido y desprecio por los espacios verdes de las grandes ciudades. Falta continuidad en las políticas y cada funcionario juega a ser Dios. La degradación de los espacios verdes refleja la degradación de la sociedad”*

Albert Schweitzer.

## RESUMEN:

Con la temática propuesta en el presente Artículo, se trata de hacer un análisis a cerca de la eficacia e importancia de las Acciones Constitucionales traídas de la Constitución Colombiana de 1991, las cuales van dirigidas a la protección del medio ambiente, el cual no solo comprende la esfera de lo natural, sino que se circunscribe a diversos contextos, como el social, cultural, entre otros. Con ello se pretende que a las acciones constitucionales se les dé preponderancia en el tema ambiental, dando de esta manera prevalencia al derecho a un ambiente sano, sobre el auge de la economía y desarrollo industrial; los cuales han sido en gran medida factores productores del daño a los ecosistemas e incluso a la salud humana, entendida esta como derecho fundamental. Para lo anterior se hace necesario, hacer una descripción de las diversas acciones constitucionales tendientes a la protección del medio ambiente y de esta manera reflexionar cuan importantes son en cuanto a su contenido, descripción, y que en esta medida nos urge a todos hacer una efectiva aplicación de dichas acciones para el bien de nuestra generación y las venideras.

**Palabras Clave:** Medio Ambiente - Protección - Daño – Sostenibilidad.

## I. HACIA UNA CONCEPCIÓN DE MEDIO AMBIENTE

El daño ambiental ha generado sin duda alguna un impacto a nivel mundial debido a la alta contaminación (es un secreto que no se puede ocultar), dado que ha habido un aumento en las cargas contaminantes que día a día se vierten directamente a las corrientes fluviales o se arrojan sobre el suelo. Cargas contaminantes relacionadas fundamentalmente con actividades de enfoque doméstico, agropecuario, industrial y

---

\* Abogada titulada de la Universidad Autónoma Latinoamericana Medellín- Colombia, Especialista en Responsabilidad Civil y del estado, Diplomado en Docencia Universitaria de la Institución Universitaria de Envigado Medellín- Colombia, Conciliadora Extrajudicial en Derecho.

minero; lo cual ha traído consecuencias nocivas que no solo ponen en peligro la integridad y existencia de los ecosistemas y paisajes, sino también daños en la salud de las personas, generando altos costos y limitaciones en el desarrollo de la sociedad en general; siendo esto la razón por la cual en Colombia a partir del año 1991 con la promulgación de la Constitución política que rige en la actualidad, se viene a dar una protección especial al medio ambiente, dado que allí se realizó una regulación expresa y amplia, incluyendo mecanismos especiales como las acciones constitucionales, siendo catalogada por lo anterior como una constitución verde o ecológica al contener más de treinta artículos alusivos a la protección y defensa del medio ambiente, con un enfoque desde la obligación del estado y los particulares, tratado desde la perspectiva de ser un derecho y deber colectivo. Lo anterior como un factor determinante del modelo económico relacionado e íntimamente ligado al concepto del desarrollo sostenible, siendo este definido en la Ley 99 de 1993, el cual cito de manera textual:

*“(...) como aquel que conduzca al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de vida y al bienestar social, sin agotar la base de recursos naturales renovables en que se sustenta, ni deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades”<sup>357</sup>.*

Lo cual queda ampliamente regulado en art 80 de la constitución, el cual reza:

*“(...) el Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.*

*Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas”<sup>358</sup>*

Si bien las acciones constitucionales, tales como la acción de tutela, cumplimiento, populares y de grupo fueron diseñadas para proteger derechos fundamentales, individuales y colectivos tales como el medio ambiente; la problemática radica en la utilización adecuada que se le debe dar a cada uno de ellos y así establecer su efectividad al momento de evitar o reparar un daño ambiental; por consiguiente (a pesar del gran desarrollo legislativo) se debe hacer un estudio de la aplicabilidad de tales acciones atendiendo a la vulnerabilidad del medio ambiente y los posibles daños que se pueden ocasionar tanto a este como a la sociedad en general.

Inicialmente, al tratar de buscar un concepto que defina ampliamente el Medio Ambiente, se debe indicar que dicho concepto es complejo y ambiguo, en la mayoría de los casos se confunde con otros conceptos como el de desarrollo sostenible. Sin

---

<sup>357</sup> *Ibidem*

<sup>358</sup> Artículo 80, constitución política de Colombia 1991, de los derechos colectivos y del ambiente.

embargo cabe anotar que el concepto de Medio Ambiente se debe entender a través de la interdisciplinariedad, esto es a través del contexto ontológico, político, social y cultural, entre otros. La doctrina y la ley han tratado de dar definiciones aproximadas, siendo en la mayoría de los casos conceptos que se quedan cortos al momento de establecer que es Medio Ambiente y los elementos que lo componen, al respecto, **Ortega Álvarez**<sup>359</sup> indica: *“en los que el aspecto abarca esencialmente tres escalones: el del medio ambiente en su acepción estrictamente natural que comprendería los recursos naturales, la fauna y la flora; una segunda acepción que además, incluiría el medio ambiente en su dimensión social, con los conceptos de bienestar, calidad de vida y desarrollo de la personalidad, y una tercera, en la que entrarían elementos de la ordenación del territorio y las infraestructuras, como el hábitat urbano, los transportes, los monumentos, etc.”*.

La constitución política colombiana de 1991, fue el motor más importante para impulsar un desarrollo legislativo y una política ambiental debido a que la protección que se le ha dado en la constitución fue redimensionada elevando el ambiente a la categoría de derecho colectivo dotado de mecanismos de protección a los ciudadanos, como las acciones populares o de grupo; también la acción de tutela y la acción de cumplimiento.

De esta manera se dice que la Constitución política Colombiana es marcadamente ecologista, dado que las disposiciones tienden al saneamiento ambiental, función ecológica de la propiedad, el derecho al ambiente sano, facultad del estado para intervenir cuando el ecosistema se deteriora; incluso para intervenir en aras de la conservación de recursos naturales, entre otros, pero siempre teniendo como finalidad principal el saneamiento ambiental.

Es así como pasaremos a realizar un análisis del inicio del *quid* del asunto.

## II.- APROXIMACIONES AL DAÑO AMBIENTAL DENTRO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El daño es la lesión a un interés jurídicamente protegido. No existe responsabilidad civil sin el daño, puesto que la indemnización o resarcimiento del daño o perjuicio son los objetivos primordiales de la responsabilidad, en esta medida, el único sujeto de derechos es el ser humano, y dentro de su patrimonio se encuentra tanto la esfera individual como la social, ambas esferas pertenecen y dan lugar a los derechos individuales subjetivos, así como la de los derechos colectivos, los cuales, por estar dentro del patrimonio del ser humano son objeto de protección cuando ocurre un daño.

Dentro de las diversas teorías de la responsabilidad civil, se encuentra la teoría de **Bustamante Alsina**, para el cual, el daño significa: *“Menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen daño patrimonial y*

---

<sup>359</sup> ORTEGA ALVAREZ Luis, Lecciones de derecho del medio ambiente. Ed. Lex Nova, Valladolid, 1998, pág. 49.

*también la lesión a los sentimientos, al honor o a las afecciones legítimas como lo es el daño moral*"<sup>360</sup>.

La legislación Colombiana no define el daño ambiental como concepto independiente, sino como elemento inserto en el artículo 42 de la ley 99 de 1993 referido a las tasas retributivas y compensatorias así:

*"(...) El cálculo de la depreciación incluirá la evaluación económica de los daños sociales y ambientales causados por la respectiva actividad. Se entiende por daños sociales, entre otros, los ocasionados a la salud humana, el paisaje, la tranquilidad pública, los bienes públicos y privados y demás bienes con valor económico directamente afectados por la actividad contaminante. Se entiende por daño ambiental el que afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes"*<sup>361</sup>.

En esta medida, dando una significancia interpretativa al artículo anteriormente citado, tenemos que el daño ambiental descrito, corresponde a aquel que no solo afecta a una u otra persona de manera individual, sino también al medio natural, es decir, las cosas comunes a todos, entre ellos la fauna, flora, agua aire, entre otros.

El legislador colombiano considera como antijurídico el daño ambiental que se traduce en la salud de las personas o sus bienes, y el daño que causa deterioro en cantidad o calidad a elementos que conforman el medio ambiente o a sus funciones, lo cual es una afectación al interés colectivo o patrimonio común como lo califica el código de recursos naturales:

*"(...) El ambiente es patrimonio común, el Estado y los particulares deben participar en su preservación y manejo, que son de utilidad pública e interés social"*<sup>362</sup>.

La contaminación ambiental es la principal causante del daño ambiental, en esta medida de acuerdo al Código de Recursos Naturales, se entiende por contaminación la *"alteración del ambiente con sustancias o formas de energía puestas en él, por actividad humana o de la naturaleza, en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del ambiente de los recursos de la nación o de los particulares"*<sup>363</sup>.

---

<sup>360</sup> Bustamante Alsina J. Teoría general de la responsabilidad civil. 4ª Ed. Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1983. pág. 143.

<sup>361</sup> Artículo 42.C, Ley 99 de 22 de diciembre de 1993 "Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones", publicada en el Diario Oficial No. 41.146 de 22 de diciembre de 1993.

<sup>362</sup> Artículo 1, decreto 2811 de 1974 de 18 de diciembre, Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, publicado en el Diario Oficial No 34.243, del 27 de enero de 1975.

<sup>363</sup> Artículo 8.a decreto 2811 de 1974 de 18 de diciembre, Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, publicado en el Diario Oficial No 34.243, del 27 de enero de 1975.

Seguidamente “(...) Se entiende por contaminante cualquier elemento, combinación de elementos, o forma de energía que actual o potencialmente pueda producir alteración ambiental de las precedentemente descritas. La contaminación puede ser física, química o biológica”<sup>364</sup>.

Esta definición extraída de la ley, incluye la posibilidad de concebir el daño a la salud como un derivado de la contaminación ambiental, siendo el derecho a la salud un derecho fundamental, pues no solo debe entender que ésta produce solo daños al medio natural ya que este no puede ser reducido a los como bosques, ríos o paramos, sino también lo que rodea al ser humano en su diario vivir como cascos urbanos y ciudades.

Siendo consecuentes con lo anterior, pasaremos a hacer una breve descripción de los mecanismos que sirven para evitar o reparar el daño ambiental.

### III.- ACCIONES CONSTITUCIONALES TENDIENTES A LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

Tenemos que la Constitución de 1991 en su articulado es rica en cuanto a la protección del medio ambiente, en ello se trajo una novedad importante y es precisamente la consagración de las llamadas acciones constitucionales que están dirigidas a la protección de derechos fundamentales y colectivos, las cuales se dividen en: Acción de tutela, de cumplimiento, es populares y de grupo.

En este aspecto, podemos decir que las acciones de populares y de grupo, están consagradas en el artículo 88 de la Constitución Política de 1991, el cual reza:

*“(...) la ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la mora administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”*

De esta manera, se entiende que cualquier ciudadano puede interponer acciones populares para obligar al estado o a los particulares a suprimir actividades que atenten contra el desarrollo de un ambiente sano como interés o derecho colectivo, así mismo se consagró que las acciones de grupo: “son aquellas que se ejercen por un número plural de personas, pero únicamente con el fin de obtener una indemnización, por los perjuicios ocasionados”<sup>365</sup>, es decir, las acciones populares fueron diseñadas para evitar daños

<sup>364</sup> Artículo 8.a decreto 2811 de 1974 de 18 de diciembre, Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, publicado en el Diario Oficial No 34.243, del 27 de enero de 1975.

<sup>365</sup>Ley 472 de 1998 artículo 3

contingentes e inminentes a derechos colectivos, en tanto que las acciones de grupo se diseñaron para reclamar indemnizaciones, lo cual daría a entender que en un principio las acciones populares no permiten a los particulares demandar para tratar de evitar un daño contingente a sus intereses puesto que solo se puede reclamar por los daños ya causados.

En ese orden de ideas, se dice que las acciones populares tienen como finalidad principal proteger el ambiente sano, así no se afecten o se vean puestos en riesgo derechos fundamentales, solo basta la contaminación sin que se haga necesario que quien la interponga sea vecina del lugar. Teniendo en cuenta que la contaminación ambiental es una actividad peligrosa, la culpa probada no es requisito para el triunfo de la pretensión de los actores, así sea esta meramente preventiva, es decir, son aquellas que se utilizan para que se elimine la amenaza al medio ambiente; y como su nombre lo indica, tienen un trámite preferencial. En ese orden de ideas tenemos que las acciones populares por contaminación ambiental se pueden ejercer contra toda persona o particular que contamine o amenace contaminar el medio ambiente, y cualquier persona la puede interponer.

Así tenemos entonces que las acciones populares también son procedentes por deterioro a bienes ambientales de propiedad particular, en tanto que el derecho de propiedad tiene función ecológica<sup>366</sup>, derecho del cual no se puede abusar.

En cuanto a las acciones de grupo, como bien se sabe procede cuando existe una afectación a un grupo no inferior de 20 personas, de lo contrario es procedente la acción de reparación directa o las demás acciones ordinarias. Según el Artículo 46 de la Ley 472, esta acción no está diseñada para evitar daños sino que tiene un fin netamente indemnizatorio. De esta manera, solo es procedente si por la contaminación ambiental existen daños individuales ya causados a un grupo de personas.

Otro mecanismo constitucional para la protección del medio ambiente se encuentra en la Acción de Cumplimiento, la cual se encuentra consagrada en el artículo 87 de la Constitución Política, y consiste en que cualquier persona puede acudir ante la autoridad judicial para el cumplimiento de una ley o acto administrativo, paralelamente, la Ley 99 de 1993 en su artículo 77, estableció la acción de cumplimiento en materia ambiental, la cual se ejerce contra las autoridades encargadas de cumplir y hacer cumplir las normas correspondientes, también son procedentes en contra de particulares que, como órganos de la entidad obligada, se nieguen a cumplir las normas según lo establecido en el artículo 6 de la ley 393 de 1997.

Esta acción no es procedente contra particulares que estén contaminando, contra estos proceden las demás acciones constitucionales y ordinarias. Con esto es dable afirmar que en materia ambiental la acción de cumplimiento, solo es procedente cuando en daño aún no se haya causado, y siempre que se trate de evitar un deterioro al mismo, de esta manera, también se establece que en este tipo de acción no procede

---

<sup>366</sup> Artículo 58 Constitución Política de Colombia

la indemnización de perjuicios por incumplimiento de normas ambientales; en ese orden de ideas se tiene que si existe un particular perjudicado por el incumplimiento de normas ambientales, podrá por la vía contencioso administrativa y mediante el trámite del proceso de reparación directa, demandar la reparación al estado si el incumplimiento de la norma le es imputable al mismo, por ejemplo: cuando las autoridades ambientales otorgan una licencia ambiental sin el lleno de requisitos legales o administrativos, cuando se nieguen a imponer medidas correctivas que le corresponden al titular de la licencia o el permiso.

Finalmente tenemos la acción de tutela como mecanismo de protección constitucional, la cual se encuentra regulada en el artículo 86 de la Constitución Política que rige en la actualidad Colombiana, y su finalidad principal es proteger los derechos fundamentales de las personas, en principio esta procede contra cualquier autoridad pública por cuya acción u omisión se desconozca un derecho fundamental; pero también procede en contra de particulares frente a los cuales se esté en estado de subordinación o indefensión, la cual en un principio fue negada cuando hubieren afectaciones al medio ambiente<sup>367</sup>, sin embargo fue aceptada con posterioridad, debido a que de por medio están derechos fundamentales como la vida y la salud, no basta solo un daño colectivo, grupal o amenaza de daño.

La acción de tutela entonces puede ser ejercida en contra de las autoridades ambientales encargadas de controlar, restringir o sancionar todo lo relacionado con el medio ambiente, o contra el particular que esté contaminando, siempre y cuando el solicitante se encuentre frente a tal particular en estado de subordinación o indefensión. La acción procede para efectos meramente preventivos cuando ya se ha producido un daño al medio ambiente y que de no suprimirse tal contaminación puede desencadenar en graves afectaciones a la vida o salud de quien la ejerce, así mismo cuando el daño no se ha producido, pero es inminente su ocurrencia, y así evitar un perjuicio irremediable. Consecuente con ello, no basta solo la simple potencialidad del daño, sino que debe existir un nexo causal entre la contaminación y el derecho fundamental seriamente afectado.

Cuando existe una licencia ambiental de por medio, el juez es quien debe entrar a evaluar si esta ceñido a la norma y el derecho fundamental seriamente vulnerado, así mismo el costo social y económico de las medidas que se deban tomar al respecto con el fin de evitar daños mayores; por ejemplo: en el cierre de una empresa por contaminación ambiental y el desempleo que ello generaría en la sociedad.

Ahora pasaremos a hacer un análisis concreto de lo expuesto *supra* en el transcurso de este escrito, y la aplicación que se le ha dado a los mecanismos constitucionales en la protección medio ambiental.

---

<sup>367</sup> Corte Constitucional sentencia SU. 67 de 1993. T- 254 de 1993. MP. Rodríguez Rojas Sandra Lucía

#### IV.- IMPORTANCIA DE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE A TRAVÉS DE LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DE 1991

Con todo lo anterior, es dable hacer un análisis en cuanto a la importancia de las acciones constitucionales en la protección del medio ambiente. En un principio se puede decir que la carta política y demás leyes que reglamentan el tema medio ambiental regulan de manera amplia y especial la responsabilidad que surge a raíz del daño que se puede causar debido a las grandes cantidades de contaminación que se producen día a día, debido a la actividad agrícola, minera, industrial, desechos tóxicos, basuras, desarrollo tecnológico entre otras; las acciones constitucionales en esta medida han jugado un papel de vital importancia dado que su finalidad es precisamente evitar el deterioro medio ambiental, sin ser necesario como reiteradamente se expuso *supra*, que el daño sea materializado, para interponerlas solo basta la amenaza de daño o la prevención del mismo a futuro, en este sentido, la ley 99 de 1993 hace alusión a este principio de precaución, indicando que "(...) La formulación de las políticas ambientales tendrán cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente."<sup>368</sup>

Pese a lo anterior, si se hace un análisis profundo acerca de ello, es dable afirmar que dichas acciones en la mayoría de casos se han quedado en letra muerta, toda vez que con el aumento industrial y el crecimiento económico, es difícil establecer posibles responsables, por ejemplo: cuando se vierten basuras químicas y demás en los ríos, allí la defensa en un principio puede ser muy fácil dado que la carga probatoria para el denunciante en muchas ocasiones es prácticamente imposible de demostrar, incluso si se va a analizar dicha cuestión, en cuanto a la actividad minera y económica anunciada con anterioridad; se puede decir que el estado Colombiano ha ponderado diversas situaciones en perjuicio del medio ambiente, poniendo por encima del mismo, otros intereses como la erradicación de cultivos ilícitos por encima del derecho a la salud humana y el derecho a un ambiente sano, a través de la fumigación de los mismos con glifosato, que para nadie ha sido un secreto los innumerables daños que ha generado en las personas y los ecosistemas.

Con lo anterior, se tiene que las acciones constitucionales como mecanismo para la protección y preservación del medio ambiente, son amplias y en letra se puede decir que podrían ser eficaces en gran medida, lo que nos queda es la responsabilidad de que estas acciones se materialicen en mayor medida y que se le dé prevalencia al medio ambiente, el cual nos afecta a todos y no debe estar por debajo de ningún otro interés, ya que de este precisamente depende nuestra generación y las venideras.

---

<sup>368</sup> Artículo 1.6, Ley 99 de 22 de diciembre de 1993 "Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones", publicada en el Diario Oficial No. 41.146 de 22 de diciembre de 1993.

## V. CONCLUSIONES

Finalmente, teniendo en cuenta la problemática que vive Colombia en la actualidad, con respecto al desarrollo industrial, económico, la consagración finalidad y el manejo que se le ha dado a las acciones constitucionales tendientes a la protección del medio ambiente, podemos concluir a partir de este escrito que:

- El concepto del medio ambiente debe ser entendido a través de la interdisciplinariedad, esto es en interacción permanente del hombre con la sociedad, el campo cultural, económico y por supuesto la naturaleza misma.
- Las acciones constitucionales son de vital importancia en la protección del medio ambiente, y para hacer uso de ellas no es necesario la materialización del daño, basta solo la amenaza de daño o la prevención del mismo a futuro.
- El medio ambiente tiene protección especial a través de las acciones constitucionales, las cuales no son utilizadas en muchas ocasiones dado la preponderancia que tiene el sector económico sobre el derecho al disfrute de un ambiente sano.

## VI.- BIBLIOGRAFÍA.

- BUSTAMANTE ALSINA J. *Teoría general de la responsabilidad civil*. 4ª Ed. Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1983.
- Corte Constitucional sentencia SU. 67 de 1993. T- 254 de 1993. MP. Rodríguez Rojas Sandra Lucía.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA Colombia, 1991.
- DECRETO 2811 DE 1974 " Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente" publicado en el Diario Oficial No 34.243, del 27 de enero de 1975.
- LEY 99 DE 22 DE DICIEMBRE DE 1993 " Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones", publicada en el Diario Oficial No. 41.146 de 22 de diciembre de 1993.
- ORTEGA ALVAREZ Luis, *Lecciones de derecho del medio ambiente*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 1998.



## ÍNDICE

Presentación .....	5
Prólogo .....	7

### AUTORES NACIONALES

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. LAS PROBLE-MATICAS DE SU OPERATIVIZACION EN EL PARAGUAY.- .....	11
PROF. ABOG. FRANCISCO ANTONIO ACEVEDO MOREL	
ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL PROCESO COMO MÉTODO UNILATERAL Y AUTORITARIO DE INVESTIGACIÓN .....	23
FERMÍN CANTEROS	
CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. SISTEMA DIFUSO VS. SISTEMA CONCENTRADO .....	39
GUILLERMO M. DELMÁS AGUIAR	
SOBRE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN EL PROCESO CIVIL PARAGUAYO.....	53
ALFREDO D. GONZÁLEZ PALACIOS	
LA CRISIS INSTITUCIONAL JURÍDICA EN VENEZUELA.....	65
EDUARDO ARIEL GONZÁLEZ BÁEZ	
GENEALOGÍA DEL PROCESO: ¿FINES PUBLICOS O PRIVADOS? .....	73
ROBERT MARCIAL GONZÁLEZ.	
POR QUÉ NO DEBE ADOPTARSE EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL GENERAL PARA LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY.....	91
SEBASTIÁN IRÚN CROSKY	
RESABIOS INQUISITIVOS DEL PROCESO CIVIL. LA DIVISIBILIDAD E INDIVISIBILIDAD DE LA INSTANCIA: PROBLEMA DE CONTENIDO NORMATIVO ANTE LA CONSTITUCIÓN. ....	111
JOEL MELGAREJO ALLEGRETTO	
JUEZ Y PARTE: JUSTICIA O INJUSTICIA .....	121
GLORIA MENDIETA MARTÍNEZ	
APLICABILIDAD DE LA CAUCIÓN JURATORIA. INDEMNIZACIÓN CUANDO LA CONTRACAUTELA CONSISTE EN UNA CAUCIÓN JURATORIA. ....	129
ÁNGELA SOFÍA OLMEDO	

EL MITO DEL MANDATO.....	135
MANUEL RIERA DOMÍNGUEZ	
LA DESIGUALDAD DE LAS PARTES EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL PARAGUAYO.....	143
JORGE RIVAS CAREAGA	
LAS NULIDADES (NULLITIES) NULIDADES CIVILES Y PROCESALES (PROCEDURAL AND CIVIL RIGHTS NULLITIES) .....	161
ABOGADA VERÓNICA M. SARUBBI ROA.	
<b>AUTORES INTERNACIONALES</b>	
MEDIDAS CAUTELARES INTERNACIONALES. ASPECTO CONFLICTIVO DE JURISDICCIÓN.....	171
POR ALEJANDRO A BAÑOL B.	
LOS DILEMAS ÉTICOS DEL JUEZ Y SU IMPARCIALIDAD JUDICIAL .....	181
POR: NÉSTOR H. GUTIÉRREZ MIRANDA	
“LA VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO CAUSADA POR LAS MEDIDAS PARA MEJOR PROVEER” .....	199
POR VERÓNICA TAMARA JAKUBOSKI	
TEORIA GENERAL DEL PROCESO UNIFICADA .....	217
ADAILSON LIMA E SILVA	
JUICIO ABREVIADO: CONSTITUCIONAL O INCONSTITUCIONAL?.....	231
AUGUSTO JOSÉ PAZ ALMONACID	
LA PRUEBA Y LA SENTENCIA LAS REGLAS PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA (O INEXISTENCIA) DE LOS HECHOS EN EL PROCESO JURISDICCIONAL .....	241
POR GABRIEL VALENTÍN[1]	
“IMPORTANCIA DE LAS ACCIONES CONSTITUCIONALES DEL ESTADO COLOMBIANO EN LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE” .....	269
ESCRIBE: JULIANA VELÁSQUEZ ARANGO	