

# 8

## QUÉ ES EL *DEBIDO PROCESO*

### **Sumario:**

1. El concepto de debido proceso

### **1. EL CONCEPTO DE *DEBIDO PROCESO***

Ya adelanté bastante sobre el tema en el Capítulo 5, donde mostré la vinculación que este concepto abstracto tiene con los sistemas de enjuiciamiento conocidos como acusatorio e inquisitorio

Insisto ahora en algunas de las ideas entonces vertidas, como forma de remarcar su importancia en este lugar, pues aquí toca hacer la precisa explicación de este punto.

Desde el siglo pasado la doctrina publicista refiere insistentemente al *debido proceso* como un claro derecho constitucional de todo particular y como un deber de irrestricto cumplimiento por la autoridad.

La frase lució novedosa en su época pues, no obstante que la estructura interna del proceso —que ya he mostrado como una serie consecencial— aparece natural y lógicamente en el curso de la historia con antelación a toda idea de *Constitución*, la mayoría de las cartas políticas del continente no incluyen la adjetivación *debido*, concretándose en cada caso a asegurar la *inviolabilidad de la defensa en juicio* o un *procedimiento racional y justo*.

Recuerdo ahora que ya mencioné que el origen generalmente aceptado de la palabra *debido* se halla en la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América y que este mandato figura nuevamente en el texto de la Decimocuarta Enmienda (ahora como restricción al poder de los Estados).

Al igual que las de otros países, la Constitución argentina no menciona la adjetivación *debido*, lo que ha generado la idea de que es una *garantía innominada*.

Tal vez por esa razón o por la imprecisión terminológica que sistemáticamente emplean los autores que estudian el tema, la doctrina en general se ha abstenido de definir en forma *positiva* al *debido proceso*, haciéndolo *siempre*

*negativamente*: y así, se dice que *no es debido proceso legal* aquél por el que —por ejemplo— se ha restringido el derecho de defensa o por tal o cual otra cosa.

Esto se ve a menudo en la doctrina que surge de la jurisprudencia de nuestros máximos tribunales.

Una idea clara de lo que sucede respecto de la imprecisión apuntada puede encontrarse en frase de distinguido magistrado que, para definir al proceso, afirmaba en el año de 1951:

“A diferencia de algunas reglas jurídicas, el debido proceso no es una concepción técnica con un contenido fijo, sin relación al tiempo, al lugar y a las circunstancias imperantes, pues la noción de *debido proceso* no puede aprisionarse dentro de los límites traicioneros de cualquier fórmula. Al representar una profunda actitud de Justicia entre hombre y hombre y, más particularmente, entre hombre y gobierno, el debido proceso está constituido de historia, de razón, del curso pasado de las decisiones y de la profunda confianza en la fuerza de la fe democrática que profesamos”.

Retóricamente, la frase es bellísima. Técnicamente, no sólo dice *nada* sino que constituye la negación misma del proceso y de la ciencia procesal.

La actitud no es aislada: prestigiosa doctrina de este siglo ha definido al proceso como *drama* o como *misterio* o como algo que *se sabe exactamente dónde está pero no qué es*.

No obstante todo ello, pasando a afirmativa las concepciones negativas y haciendo un mínimo inventario de las

*frases hechas* acuñadas por la jurisprudencia local, podría decirse que el debido proceso:

- supone el *derecho a la jurisdicción*, que es imprescriptible, irrenunciable y no afectable por las causas extintivas de las obligaciones ni por sentencia<sup>1</sup>,
- implica el *libre acceso* al tribunal,
- y la *posibilidad plena de audiencia* (lo cual lleva aneja una *efectiva citación* que permita total conocimiento de la acusación o demanda cursada),
- la determinación previa del *lugar del juicio* y
- el *derecho del reo de explicarse en su propia lengua*;
- comprende el derecho de que el proceso se efectúe con un *procedimiento eficaz y sin dilaciones*,
- adecuado a la *naturaleza del caso justiciable*
- y *público*,
- con *asistencia letrada* eficiente desde el momento mismo de la imputación o detención.

Específicamente en cuanto a la confirmación, comprende

- el *derecho de probar* con la utilización de todos los medios legales procedentes y pertinentes

<sup>1</sup> Lo que viene a querer significar la afirmación contenida en la *Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas* de 1948: «Toda persona tiene el derecho de ser oída en plena igualdad, públicamente y con justicia por un tribunal independiente para la determinación de sus derechos y obligaciones».

- y el de que el juzgador se *atenga sólo a lo regular y legalmente acreditado* en las actuaciones respectivas.

En cuanto atañe a la sentencia, comprende el derecho de

- que sea dictada por un *juez objetivo, imparcial e independiente*,
- que emita su pronunciamiento en forma *completa*: referida a *todos* los hechos esenciales con eficacia decisiva y al derecho aplicable,
- *legítima*: basada en pruebas válidas y sin omisión de las esenciales,
- *lógica*: adecuada a las reglas del pensamiento lógico y a la experiencia común,
- *motivada*: debe ser una derivación razonada del derecho vigente con relación a la pretensión esgrimida y en función de los hechos probados en el proceso y
- *congruente*: debe versar exclusivamente acerca de lo pretendido y resistido por las partes.

La sentencia que no cumple tales condiciones es calificada habitualmente como *arbitraria*, cuyos parámetros generadores también constituyen *frases hechas*, inteligentemente acuñadas por la jurisprudencia.

Y así, *una sentencia es arbitraria* cuando

- no decide acerca de cuestiones oportunamente planteadas, o
- decide acerca de cuestiones no planteadas, o

- contradice constancias del proceso, o
- incurre en autocontradicción, o
- pretende dejar sin efecto decisiones anteriores firmes, o
- el juez se arroga en ella el papel de legislador, o
- prescinde del texto legal sin dar razón plausible alguna, o
- aplica normas derogadas o aún no vigentes, o
- da como fundamentos algunas pautas de excesiva latitud, o
- prescinde de prueba decisiva, o
- invoca jurisprudencia inexistente, o
- incurre en excesos rituales manifiestos, o
- sustenta el fallo en afirmaciones dogmáticas o
- en fundamentos que sólo tienen apariencia de tal, o
- incurre en autocontradicción,
- etcétera.

Como se ve, se trata de una simple enunciación más o menos detallada de vicios contenidos en las actividades de procesar y de sentenciar que, además, son aglutinados en una misma idea no obstante que ostentan obvias y profundas diferencias lógicas y materiales.

Si se intenta definir técnicamente la idea de *debido proceso* resulta más fácil sostener que es aquél que se



adecua plenamente a la idea lógica de proceso: dos sujetos que discuten 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.

Esta concepción, que no por sencilla es errada, convierte en estéril a todo el inventario que he hecho precedentemente.

## 9

### QUÉ ES EL GARANTISMO PROCESAL

#### **Sumario:**

1. Revisión
2. El garantismo procesal
3. Conclusiones y elección

#### **1. REVISIÓN**

Ya se ha visto en Capítulos anteriores que la justicia mediática que se ha impuesto en nuestro tiempo por la recurrente y tenaz actuación de alguna prensa amarilla y de ciertos programas televisivos de inexplicable vigencia, ha originado en la población una decidida vocación po-

pular (claro producto de la inseguridad reinante en nuestros países) —sostenida por numerosos medios de información<sup>1</sup>— que pregona la necesidad de castrar al violador, matar al homicida, cortar la mano del ladrón, aumentar las penas de los delitos de moda, hacer que no haya ex-carcelación, etcétera.

Ya se sabe que esta posición filosófica se conoce en el derecho penal con la denominación de *solidaria*, generadora del *solidarismo penal*<sup>2</sup> y éste, a su turno, del *solidarismo* o *decisionismo*<sup>3</sup> procesal, y que se caracteriza por

<sup>1</sup> Convertidos hoy en jueces definitivos de las conductas de los hombres al amparo de la notable ineficiencia del Poder Judicial cuyos pronunciamientos, además, condicionan gravemente.

<sup>2</sup> Ya se ha visto en el Capítulo 5 que se entiende por ser *solidario* el mostrar o prestar adhesión o apoyo a una causa ajena, idea de la cual surge el *solidarismo*, considerado como una corriente destinada a ayudar altruistamente a los demás. La noción se ha impuesto hace años en el derecho penal y, particularmente, en el derecho procesal penal, donde existen autores y numerosos jueces animados de las mejores intenciones que, solidarizándose con la víctima de un delito, tratan de evitarle a ella un estado de *revictimización* que podría operar, por ejemplo, con sólo enfrentarla al victimario.

Este movimiento doctrinal y judicial se ha extendido también hacia los procesalistas que operan en el campo de lo civil, donde ha ganado numerosos y apasionados adeptos.

Reconozco que la idea y la bandera que ellos despliegan son realmente fascinantes: se trata —nada menos— que de ayudar al débil, al pobre, al que se halla mal o peor defendido, etcétera.

Pero cuando un juez adopta esta postura en el proceso no advierte que, automáticamente, deja de lado lo que siempre ha de ser irrestricto cumplimiento de su propio deber de imparcialidad. Y, de esta forma, vulnera la igualdad procesal.

<sup>3</sup> Ya se vio también que se conoce como *decisionismo* al movimiento formado por ciertos jueces solidaristas que resuelven los litigios que les son presentados por los interesados a base exclusiva de sus propios sentimientos o simpatías hacia una de las partes, sin sentirse vinculados con el orden legal vigente.

la tendencia doctrinal que procura denodadamente que los jueces sean cada más *activos*, más *viriles*, más *comprometidos con su tiempo* y decididos a *vivir peligrosamente*<sup>4</sup>, con la Verdad y con la Justicia.

En contra de esta posición existe otra línea doctrinal aferrada al mantenimiento de una irrestricta vigencia de la Constitución y, con ella, del orden legal vigente en el Estado en tanto ese orden se adecue en plenitud con las normas programáticas de esa misma Constitución.

En otras palabras: los autores así enrolados no buscan a un juez comprometido con persona, idea o cosa distinta de la Constitución, sino a un juez que se empeñe en respetar y hacer respetar a todo trance las garantías constitucionales.

Y esto se conoce con la denominación de

## 2. EL GARANTISMO PROCESAL

Se colige de lo ya expuesto que esta posición filosófica que se muestra antagónica con el *solidarismo procesal* (no quiere ni admite castrar ni matar ni cortar la mano de nadie *sin el previo y debido proceso legal*; tampoco pretende que no haya presos sino que los que lo estén se encuentren en esa calidad por razón de una sentencia judicial), se le da el nom-

<sup>4</sup> Esta frase, tan repetida actualmente en el procesalismo proclive a instaurar un fuerte decisionismo judicial en la Argentina, pertenece en rigor de verdad a Benito Mussolini y fue dicha en una arenga a sus *camisas negras* que, cantando *La giovinezza*, se lanzaban a tomar Etiopía...

bre de *garantista* o *libertaria* (por oposición a la antagónica, claramente *totalitaria*)<sup>5</sup>.

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).

En otras palabras: guarda adecuado respeto a la gradación de la pirámide jurídica.

No se me escapa que las banderas que levanta el solidarismo (la Justicia, la Verdad, el compromiso del juez con su tiempo, con la sociedad, con el litigante mal defendido por su joven o ignaro novel abogado, etcétera) ganan adeptos rápidamente, pues ¿quién no quiere la Justicia? ¿Quién no quiere la Verdad?

Pero no se trata de abandonar o de sustituir esas banderas para siempre sino —así de simple— de no colocarlas por encima de la Constitución (ruego recordar que los códigos procesales nazi, fascista y comunista soviético pretenden un juez altamente comprometido con la filosofía política imperante en el gobierno del Estado. Y ruego también recordar en qué y cómo terminaron los países que todo ello proclamaban...!)<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> El tema ha sido ya largamente explicado en el Capítulo 3.

<sup>6</sup> Hay autores que ironizan con esta afirmación y me imputan que, con ella, pretendo instaurar la mentira y la injusticia en el proceso. Nada más alejado de la realidad. Lo que afirmo es que el juez, por buscar el valor puramente subjetivo de la justicia —que siempre ha de procurar— no debe dejar de cumplir la fundamental función que deben realizar todos los jueces, que consiste en tutelar efectivamente los derechos prometidos en la Constitución y en la Ley y, con ello, posibilitar el mantenimiento de la paz en la convivencia social.

Recuerde el lector que la Inquisición española, por ejemplo, procurando la Verdad y con la confesada vocación de hacer Justicia a todo trance, institucionalizó la *tortura* como adecuado método para lograr los fines que se propusiera...

El *garantismo procesal* no tolera alzamiento alguno contra la norma fundamental (que, en el caso, prohíbe la tortura en cualquiera de sus manifestaciones); por lo contrario, se contenta modestamente con que los jueces —insisto que comprometidos *sólo con la ley*— declaren la *certeza de las relaciones jurídicas conflictivas* otorgando un adecuado derecho de defensa a todos los interesados y resguardando la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional para, así, hacer plenamente efectiva la tutela legal de todos los derechos.

Y ello, particularmente en el campo de lo penal, pues las garantías constitucionales son como el sol, que sale para todos. Muy especialmente, para quienes más las necesitan: los sometidos a juzgamiento...

Como se ve, el tema es reflejo actualizado del antiguo enfrentamiento de dos sistemas de enjuiciamiento que ya he mencionado antes: *inquitivo* y *dispositivo*, que sigue vigente en forma inexplicable y con visos de no mejorar, al menos en el campo del derecho procesal civil.

En efecto: reitero acá que los procesalistas civiles sostienen cada día más denodadamente la necesidad de dotar al juez de *mayores poderes instructorios*; a tal punto, que se ha llegado al extremo de sostener algún autor la irrelevancia del debate procesal cuando al juez actuante —sin escuchar previamente a aquél contra quien se

dirige la pretensión (¿!) y que ha de sufrir de inmediato los efectos de la respectiva orden dirigida contra él— le parece que quien pretende tiene directamente la razón (... se habla de la existencia de *indicios vehementes*...) <sup>7</sup>.

Y por ello, aconsejan doctrinalmente otorgársela sin más (por ejemplo, en lo que denominan como *medidas autosatisfactivas*).

En cambio, los procesalistas penales —que trabajan con la vida, el honor y la libertad de las personas (y no sólo con sus patrimonios)— exigen cada día con más fuerza que se retacee desde la ley toda posibilidad de actividad probatoria en el juez!

En fecha relativamente reciente —1998— ha comenzado la vigencia de un nuevo código procesal penal en la Provincia de Buenos Aires que, enrolado en un claro sistema acusatorio, *prohíbe bajo pena de nulidad que el juez decrete oficiosamente medios de confirmación!*

Extraño movimiento conceptual éste que muestra un exótico cruzamiento filosófico doctrinal: en tanto se pretende *penalizar cada vez más al proceso civil, se civiliza cada vez más el proceso penal*... <sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Ver el origen de esa frase en el texto de la nota # 13 en el Capítulo 3.

<sup>8</sup> ¿Cómo puede comprender este desfase un alumno de Derecho? ¿Cómo explicarle que el juez de lo penal, que maneja derechos no disponibles, *no puede salir a probar a favor de una de las partes* en tanto que el juez de lo civil, *que habitualmente sí maneja derechos disponibles, no sólo puede sino que debe salir a probar a favor de una y en contra de otra de las partes procesales*? ¿No se ve que esto, además de ilegítimo, es absolutamente esquizofrénico?

### 3. CONCLUSIONES Y ELECCIÓN

Después de tan largo desarrollo de los sistemas que regulan los diferentes métodos de enjuiciamiento que coexisten en el mundo, quiero concluir diciendo que descarto por completo que en los países de la región pueda —o deba— aplicarse el sistema inquisitivo y, por ende, el sistema mixto.

Pero detrás de esta conclusión —que se veía venir y a los gritos— existe una verdadera elección personal que, desde ya, afirmo que se mantendrá incólume aun en la hipótesis de no contar eventualmente y algún día con una Constitución libertaria.

Y es que en el trance de tener que elegir un método de juzgamiento —no como autoridad, en calidad de juzgador (y conste que lo he sido durante casi toda mi vida), sino de simple particular que anda de a pie por los caminos de la vida— me enfrento con una alternativa inexorable que ya presenté *supra*:

- a) o elijo un proceso que sirva como *medio de opresión* (al mejor estilo kafkiano) u
- b) opto por un método que se presente en sí mismo como *último bastión de la libertad*.

De ahí que, tomando partido por *la Constitución* y no por *la ley* en esta lucha ideológica que hoy enfrenta absurdamente a los procesalistas de América, elijo proclamar

- la libertad;
- la garantía del debido proceso



- y el goce irrestricto del día de audiencia previa en la Corte de Justicia,
- donde todo ciudadano tiene derecho a ser juzgado imparcialmente por un juez
- y colocado por él en pie de perfecta igualdad frente a su contradictor,
- con absoluta bilateralidad de la audiencia
- y sin la asunción por el juez de actitudes paternalistas con las partes o de tareas que no le incumben conforme con lo normado por la Constitución.

Esto es —a la postre e iterativamente— lo que hoy se conoce en la sociología judicial con la denominación de *garantismo procesal*.

oooooooo

La trascendencia de la elección garantista es obvia en nuestro mundo y, particularmente, en la asignatura procesal: hay temas estudiados en ella que son eminentemente técnicos (preclusión procesal, por ejemplo) en tanto que hay otros que son decididamente políticos (si los jueces *pueden o no*, por ejemplo). Y todo lo político tiene que ver con el ejercicio del *Poder*, condicionado desde siempre por un cúmulo de factores conocidos: la economía, la sociología, el derecho, la iglesia, las fuerzas armadas, los sindicatos, los medios de comunicación, etcétera, etcétera.

Todos ellos son medianamente controlables, cual se ha comprobado en la Argentina en las últimas décadas.

Pero aceptar sin más un nuevo factor desconocido hasta hace poco —el solidarismo judicial— parece realmente peligroso para la vigencia de la República pues, sosteniéndose al socaire de la interpretación de la ley, es materialmente imposible de controlar por inexistencia de órganos con competencia fijada al efecto.

Ya sufriendo en nuestros países el fenómeno devastador que ha dado en conocerse como *globalización*, nos encontramos inmersos en un nuevo estatismo imperialista diferente a los conocidos hasta ahora: *el del dinero*, notablemente más importante que el del puro abuso de la fuerza sin lógica.

Y la tranquilidad ciudadana, al amparo de las garantías prometidas desde la Constitución, no puede aceptar despreocupadamente la existencia de un factor incontrolable que puede llegar a poner en juego nada menos que el valor *libertad*.

De ahí la importancia de conocer el tema, a lo cual aspira contribuir el texto de este libro.