PANEL "Diálogo entre los procesos civil y penal"

"SÍNTOMAS DE ESQUIZOFRENIA EN EL DIÁLOGO ENTRE LOS PROCESOS CIVIL Y PENAL"

Por Carlos A. Carbone

SUMARIO:

I. Esquizofrenia procesal: *a) La* verdad *procesal:* 1. Consecuencia de la dicotomía axiológica apuntada; 2. Medidas para mejor proveer; *b) Imparcialidad objetiva; c) Medidas cautelares y prisión preventiva; d) La doble instancia; e) El rol del juez; f) Cuestiones de hecho e irrecurribilidad; g) Juicio por jurados***.– II. La cordura procesal:** *a) Principio de estatalidad u oficialidad penal recortado; b) Legalidad procesal; c) Verdad consensual; d) El principio de máximo rendimiento; e) La flagrancia en materia procesal civil; f) La prueba científica; g) Plazo razonable y convencionalidad; h) Dinamismo del derecho de defensa en juicio; i) Prueba difícil***.– III. Reformas relativas a los procesos de escasa complejidad. IVConclusión**

I. ESQUIZOFRENIA PROCESAL

Esquizofrenia significa *demencia, desequilibrio, tontería* y proviene del griego σχίζειν, escindir, y φρήν, inteligencia[1].También proviene del latín *dementĭa*, con dos acepciones: locura, trastorno de la razón y que tiene raíz *en el sentido de significar.* Según el Diccionario Manual de la Lengua Española Vox[2], es un nombre femenino para designar a la enfermedad mental grave caracterizada por alteraciones de la personalidad, alucinaciones y pérdida del contacto con la realidad: la esquizofrenia es un tipo de psicosis.Se entiende por tal el deterioro progresivo e irreversible de las facultades mentales que causa graves trastornos de conducta. Es una noción de la medicina que designa a un grupo de enfermedades mentales que se caracterizan por una disociación específica de las funciones psíquicas que conduce, en los casos graves, a una demencia incurable.

Pero hay más, también en medicina existe el término esquizofrenia *procesal*; pero no se crea que se refiere a nuestra materia ni a lo que vamos a tratar, sino que el término fue acuñado por Friedrich Mauz, discípulo de E. Kretschmer. Por *procesal* entendía *el carácter orgánico de la enfermedad*, que estaba en marcha hacia un *proceso*

---

1 www,definicion.de/esquizofrenia/.

2 Ed. Larousse, 2007

progresivo de destrucción. Esta esquizofrenia *procesal* presenta dos formas de evolución: la catástrofe o decadencia rápida y el brote con decadencia escalonada[3].

Nunca más ajustada una noción de las ciencias duras, la psiquiatría servirá de analogía para mostrar el actual estado de cosas "procesales".

Así como una vez advertimos y probamos que el sistema procesal civil padece de neurosis, es decir, de un apego a formas y procedimientos contrarios a sus fines sin que pueda dar una respuesta sanadora y pese, muchas veces, a reconocerse esos síntomas[4], hoy vamos pasar revista, no más que eso, de determinados institutos o procedimientos que en materia civil son instrumentos vivificadores del derecho procesal civil mientras que en penal, todo lo contrario. Y viceversa.

Proponemos poner en paralelo a ambos procesos para que sirva como disparador, con el oriente de revisar esos antagónicos andamiajes.

Pero para calma del lector, luego mostraremos los signos opuestos de *cordura* procesal.[5]

a) La verdad *procesal*

¿Qué es la verdad? La pregunta no encierra la intención de responder a pleno, puesto que llevaría por lo menos todo un libro dedicado a este cometido[6].

Suponiendo que el concepto deje de ser inasible y muestre lo que casi todos entendemos como verdadero –y sin perjuicio de su relatividad según la escuela que los acuñe–, se ha construido en el ámbito del proceso civil desde los claustros universitarios de antaño, y se repite a la fecha, que el proceso civil busca o se contenta con la verdad forma,l mientras que el proceso penal con la verdad *real.* El viejo paradigma todavía se enseña en la cátedras.

Esta dicotomía es aceptada por todos sin que se les mueva siquiera una ceja[7] Y esto en muchos ámbitos se repite sin pensar lo perverso que sería consagrar un sistema

---

3 www.psychiatry.es/e/ek-et-seccionesglosario-35/3433-esquizofrenia-procesal.html, ingreso 2/12/2014.

4 Carbone, Carlos A.A., "Debemos combatir la neurosis procesal actual. Algunos baremos del derecho procesal Constitucional y su relación con las medidas autosatisfactivas", Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 145.

5 Seguimos nuestro trabajo "Pronturario de la esquizofrenia y cordura procesal: civil vs. Penal. Jurisprudencia Argentina, Entrega del 17-6-15

6 V.gr. Foucault, Michel, "La verdad y las formas jurídicas", 4ª ed., Ed. Gedisa, Barcelona, 1995, es una interesante articulación del concepto entre el derecho y la psicología.

7 En este sentido, opuesto al concepto de verdad real penal se registran fallos que dan prioridad a cuestiones formales del rito en contra de la búsqueda de una verdad jurídica objetiva como al legitimar que sólo pueden ingresar al proceso penal un profesional inscripto en la lista respectiva ,como lo marcaba el anterior CPPN, art. 254, luego reformado. Conf. C. Nac. Crim. y Corr., sala 5ª, "Banco Boston", del 4/4/1994, JA 1995-III, síntesis.

estatal de justicia que se contente con un grado aparente, a veces infame, en torno a lo que sea la verdad, sin importar notorias injusticias, abusos, etc., que puedan cometerse y matar la verdad. En esta misma línea se ha dicho: "No puede haber duda alguna que los jueces deben hacer justicia en cada caso y no contentarse con una verdad formal"[8].

Por otro lado, ni el proceso penal es capaz de alcanzar ese grado de verdad que se dice real; basta pensar la limitación del oriente referido a partir del hecho imputado –luego acusado– y el principio de congruencia que impide cualquier tipo de apartamiento. [9]

Algunos sostenían que un proceso civil impartido por el Estado podía contentarse con una verdad que tenía de ello nada más que el título, ya que la solución podía contener notorias y evidentes injusticias. Ante tales desajustes, se fue dando el fenómeno de privatización del proceso penal para que las perjudicados y el Estado mismo tengan algo que decir sobre la continuación del proceso penal y la publicización del proceso civil[10]

Michele Taruffo, siguiendo a Tarski desde la *teoría semántica de la verdad*, recuerda el concepto que parece más adecuado para aplicarlo incluso al proceso: "correspondencia de las aserciones referidas a los hechos del mundo empírico"[11].

Esto significa que la verdad procesal no puede ser fruto de experiencias individuales de los jueces, que la administración de justicia tiene que ver con el fenómeno de la verdad real. El concepto de correspondencia del discurso con la realidad[12]según Taruffo está

---

8 Taruffo, Michele, "La prueba de los hechos", 2ª ed., Ed Trota, Madrid 2005, p. 169, con apoyo en Tarski, "La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica", en "La búsqueda del significado" Ed. Villanueva, Madrid, 1991, pásim, ps. 275/313.

9 Ni qué decir del sistema de garantías constitucionales a favor del imputado que nulifican los procesos y sentencias, dejando de lado aquellas metas para no cometer injusticias. Así, el objetivo penal creído de obtener la verdad real a veces se emparenta más con la búsqueda de una verdad absoluta, como si pudiera ser obtenida por los hombres con mengua de evidente menoscabo a derechos constitucionales de los imputados y sin que la voluntad de los involucrados tuviera nada que ver, llegando a sanciones duras cuando ya ni la víctima la consentía.

10 Se dan mayores facultades a los jueces para que puedan aplicar procedimientos y medidas que permiten arribar a una solución más justa y para que una parte, la que no tiene razón, no abuse de la otra que sí la tiene.A poner entonces un poco de freno a ese estado de cosas recordamos algunos conceptos desde la filosofía para entonces sí responder a aquella pregunta en torno a lo que sea la verdad.

11 Taruffo, Michele, "La prueba...", cit.Un sector propone que la verdad debe ser la coherencia narrativa de una aserción, pero, como bien critica Taruffo, esa definición se cae apenas se piense que lo coherente puede ser falso: de ello dan cuenta las novelas y diversos actos procesales tales como reconstrucciones de hechos, testigos falsos pero coherentes.

12 Ferrajoli, Luigi, "La formazione e il uso del cencetti nella sciencza giuridica", en "Materiale per una sotria della cultura giurideica", Milano, 1985, p. 18.Para erradicar trasnochadas ideas aún pensadas hoy en torno al proceso civil, debe confirmarse que no puede pensarse un proceso que abandone toda idea de

intrínsecamente ligado a la concepción garantista del proceso[13].

Insistimos en reforzar que es impropio hablar de verdad formal. No es verdad ni absoluta, ni relativa; se impone el concepto aun para el proceso civil: la verdad jurídica objetiva en el decir del célebre caso “Colalillo” fallado en la corte máxima nacional.[14]
No obstante, la doctrina procesal penal moderna ha escalado hacia el concepto de verdad formal del que hoy huye el proceso civil. Empezando con la claridad de Maier quien enseñaba que “…la averiguación de la verdad no representa un fin absoluto para el procedimiento penal, sino, antes bien, un ideal genérico a alcanzar, como valor positivo de la sentencia final, que se relaciona y coexiste con otras funciones del procedimiento [15] y terminando con Ferrajoli quien traza en realidad un concepto de verdad formal cuando afirma que esta verdad no pretende ser la verdad; no es obtenible mediante indagaciones inquisitivas ajenas al objeto procesal; está condicionada en sí misma por el respeto a los procedimientos y las garantías de la defensa. Es, en suma, una verdad más controlada en cuanto al método de adquisición pero más reducida en cuanto al contenido informativo que cualquier hipotética `verdad sustancial´[16]

1.– Consecuencia de la dicotomía axiológica apuntada Así las cosas, si bien no puede criticarse en torno a la confesión en el proceso civil y su pleno valor probatorio, contrariamente a lo que sucede en materia penal, que siempre se la debe revestir de comprobaciones probatorias independientes, como acreditación del hecho, prueba corroborante con el objeto clarificar no sólo el estado de imputabilidad del imputado sino también que no se pretenda encubrir al verdadero culpable, esta suerte de verdad formal en el proceso civil imposibilitaría que se someta a compulsión física a las partes, v.gr., para fines periciales con objeto en el cuerpo humano –al menos en asuntos privados y no de familia– de la mano de concepciones nunca demostradas de un derecho “al propio cuerpo” que sólo posibilita sacar consecuencias procesales de la

---

verdad. Pero cuidado, nunca será la verdad procesal absoluta sino contextual: la que se pueda construir en el juicio con las probanzas producidas.

13 En vereda de enfrente, joven doctrina nacional no comulga con esta idea que traemos de lo que sea *verdad*, afirmando que el concepto no responde a una *correspondencia o adecuación* con la realidad, ya que no hay un solo modo en que las cosas son. Por el contrario –afirma–, podrán existir buenas o malas justificaciones de las cosas y de su vínculo con el entorno. Salgado, José María, “La prueba científica, su tiempo y la cosa juzgada”, DJ 2007-III-1051, siguiendo a Engel, Pascal y Rorty, Richard, "¿Para qué sirve la verdad?", Ed. Paidós, Buenos Aires, 2007, p. 28.

14 Corte Sup., 18/9/1967, *in re* “Colalillo”, Fallos 238:550.

15 MAIER, Julio B. J., “Derecho Procesal Penal·, 2º ed, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, t. I. p. 869.

16 FERRAJOLI, Luigi. “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal·” 2ª ed., Edit. Trotta, Madrid, 1995, p. 45.

negativa, esto es, un indicio en contra del renuente.

En el proceso penal se asolea la concepción contraria por supuestos enarbolados junto a la inmensa mayoría doctrinal y judicial, por la cual el imputado puede ser compelido a prestar su cuerpo más allá de su negativa cuando actúa como objeto de prueba y no como sujeto de ella (identificación dactiloscópica, extracción de fluidos en su cuerpo, reconocimientos en rueda de personas, etc., cuando se trate de objeto de prueba y no de sujeto donde lo ampare la garantía a no declarar contra sí mismo del art. 18 de la CN (declaraciones imputativas o indagatorias, careos, reconstrucciones, etc.).

Y esta solución extrema en sede penal se prefiere a obtener cualquier indicio en contra de su conducta procesal renuente, según la doctrina más aceptada.

También la inmensa mayoría de la doctrina y la jurisprudencia civil fulmina cualquier posibilidad legal de valorar grabaciones de conversaciones telefónicas privadas o un juez civil pueda intervenirlas, cuando asombrosamente las aceptan cuando provienen del proceso penal, en la seguridad de estos distintos fines procesales.

2.– Medidas para mejor proveer

Fruto entonces de la superación del concepto formalista de la verdad procesal civil, se postula con razón la activa participación del juez en logro a la obtención de esas medidas probatorias oficiosas con el objetivo de barruntar la verdad jurídica objetiva.

Esta factura tenía eco en la concepción inquisitiva no sólo del juez instructor sino del encargado del juicio penal, unipersonal y escrito, latente todavía en el sistema residual santafecino, incluso en el juicio con tribunal colegiado de juicio oral, pero no en el espejado bajo el sistema acusatorio adversarial, siendo entonces patente la asimetría procesal apuntada, a la que volveremos luego.

b) Imparcialidad objetiva

Superando la noción de imparcialidad subjetiva en cuanto a factores personales o partiales en torno a los sujetos y materia debatida (amigo, enemigo, pariente, socio, etc.), en materia penal se ha impuesto el concepto de imparcialidad *objetiva*.

La imparcialidad se pensó primeramente como un concepto *subjetivo* por el cual se quiere mantener incontaminado a todo juzgador cuando su persona esté comprometida en el caso, ya sea con parientes, amigos, enemigos intereses propios, etc. Según Goldschmidt, consiste en poner *entre paréntesis* todas las consideraciones subjetivas del juzgador.

La imparcialidad esta, en cambio, tiene que ver con factores subjetivos o emotivos, con la exigencia para el juez de que ponga entre paréntesis sus emociones o sentimientos

y resuelva sin dejarse influir. [17]

Por lo general, esta imparcialidad queda asegurada en los Códigos en dos niveles distintos: en el derecho probatorio y en el nivel de la decisión o dictado de la sentencia. En el primero, con la posibilidad de recusar peritos y en la prueba testimonial mediante el viejo y criticado sistema de tachas. [18].

Hay en todos los casos una causal que no se relaciona con estos temas, pero sí cuando el juez, con una subjetividad especial, ya sea en resoluciones incidentales, declaraciones a la prensa, de algún modo alude a cómo fallaría el asunto, conocido esto como prejuzgamiento. [19]

Hoy se impone plasmar para mayor transparencia de las decisiones un concepto *objetivo* de la imparcialidad. Se hace patente en esta mirada la noción que Maier traía de la imparcialidad general entendida *frente al caso para garantizar la mayor objetividad posible del juzgador* que no puede lograrse como la independencia rodeando al juez de ciertas garantías que impidan interferencias del poder político o judicial, puntualizando que las reglas de la imparcialidad se refieren a la posición del juez frente al caso concreto e intentan impedir que sobre él pese el *temor de parcialidad*, postulando que las reglas recusaciones y excusaciones que consagran los Códigos no deben funcionar como un reglamento taxativo, dejando a las partes el demostrar su *temor* razonable por la posible parcialidad del juez[20].

Se trata de colocar al juez frente al caso, ejerciendo su rol, pero garantizando la mayor objetividad posible al avocarse. [21],

Ambos precedentes echan mano al Proyecto de Reglas Mínimas para la Administración

---

17 Los americanos hablan de la "premisa inarticulada de la sentencia"... algún influjo de simpatía o antipatía siempre experimenta obviamente, pero las causales de recusación y excusación posibilitan el apartamiento de los jueces en casos extremos: una amistad íntima, una enemistad profunda. La neutralidad es otra cosa. Desde el punto de vista del proceso civil, se utiliza mucho en Francia, conforme el cual el juez debe ser prescindente. No debe tener ninguna injerencia en el proceso, debe limitarse a mirar lo que hacen las partes. Se contrapone al juez moderno, que se lo conoce como juez activo u operativo

18 Peyrano, Jorge, W., "Lecciones de procedimiento civil", Ed. Zeus, Rosario, 2002.A nivel de preservar la decisión del juez, mediante la regulación de causales tales como el parentesco, la amistad o enemistad, el prejuzgamiento, etc., incluidas las que preservan la imparcialidad, como prohibición de tener intereses patrimoniales en el asunto debatido, etcétera.

19 Cuando se dan estos extremos, el juez debe ser apartado de la causa a pedido de las partes o por su propia iniciativa.

20 Maier, Julio, "Derecho procesal penal. Fundamentos", t. I-B, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989 ps. 486 y 487.

21 Corte Sup., 17/5/2005, *in re* "Llerena, Horacio s/abuso de armas y lesiones", y "Fraticcelli-Diesi s/homicidio", del 8/8/2006.Si bien dicho autor no puso como ejemplo estas causales objetivas de apartamento que vamos a referir, no podemos dejar de alabar su preclara idea, al punto de que su encomiable frase *el temor de parcialidad* fue utilizada por la Corte

de la Justicia Penal redactado en Mallorca en 1992 por profesionales del derecho convocados por ONU en su ítem cuarto, inc. 2, [22].

En esta resignificación de la imparcialidad no se pone en tela de juicio la ecuanimidad ni la objetividad del juez, pero si es el mismo juez (correccional) que instruye y procesa, luego no puede tramitar el juicio, ni mucho menos dictar la sentencia, porque se entiende que, al haber estado en contacto con las pruebas básicas de cargo, y, más aún, con su formación en un proceso inquisitivo y escrito, habrá *temor o sospecha* de parcialidad, es decir que no puede despegarse de la impronta cargosa de la labor desplegada. De igual modo, una sala de la Cámara de Apelaciones que confirme un procesamiento no puede luego, en el caso de condena, revisarla[23].

El proceso civil no se hace cargo alguno de esta situación, al punto que rige el principio de prevención procesal, tanto en primera instancia como en segunda instancia, por medio del cual el conocimiento en un incidente, sea del calibre que sea, fija la competencia no sólo para toda incidencia posterior sino para el despacho y juzgamiento del proceso mismo.

Algunas normas del juicio común oral o audiencia de debate de los procesos adversariales fijan posición sobre este tipo de imparcialidad, limitando el margen de conocimiento del juez o tribunal: “En ningún caso podrán tomar conocimiento previo de los elementos probatorios que puedan valorarse en el juicio”[24].

---

c) Medidas cautelares y prisión preventiva

Desde el lado civil, ese temor de parcialidad a favor del destinatario de una medida cautelar recibida es dejado tajantemente de lado por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre todo en materia de medidas cautelares y de despachos interinales o anticipatorios que otorgan en todo en parte o la pretensión de fondo antes

---

[22] Cuando respecto de la imparcialidad de los tribunales refiere que “no podrá formar parte del tribunal quien haya intervenido anteriormente de cualquier modo o en otra función o en otra instancia en la misma causa...”. De cualquier modo, se aplica al apartamento de los jueces correccionales luego de que procesaron, y *en otra instancia* para los camaristas que hayan confirmado un procesamiento. Carbone, Carlos A.A., “Sistemas y principios penales”, Eldial.com, Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal del 21/12/2010, nro., 3173; “Principios procesales penales”, en Peyrano (dir.); Barberio y García Solá (coords.), “Principios procesales”, t. II, Ed Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 20011, p. 817.

[23] Los fallos “Dieser” y “Fraticcelli” motivaron la rápida reacción por medio de la acordada de la Corte Suprema de Justicia Santa Fe 32, de fecha 23/8/2006, y por esta vía inusual modifica la propia competencia establecida en el Código de Procedimientos Penales y en la Ley Orgánica para los Juzgados Correccionales y de las Cámaras de Apelaciones según normas administrativas y rituales de antaño.

[24] Art. 308 del CPP Santa Fe.Quiere decir entonces que si la parte comprueba que los jueces tomaron conocimiento previo de las actuaciones investigativas concretas, v.gr., consultado en el expediente de investigación o el legajo fiscal de actuaciones y prueba, puede echar mano de la recusación.

de la sentencia y como muestra puede citarse el *leading case* “Camacho Acosta”, convalidando que la actora obtuviera con la presentación de la demanda el pago de la demandada para comprar un brazo ortopédico en reemplazo de la pérdida sufrida en un accidente laboral. En estos casos viene pregonando que no hay sospecha de prejuzgamiento posible y, por tanto, no sólo avala tales anticipos sino la continuidad del mismo juez a lo largo del todo el proceso[25].

Estas anticipaciones han sido vistas acertadamente a la luz de los postulados constitucionales de la tutela judicial efectiva, el derecho a contar con una resolución eficaz en un tiempo razonable, etcétera[26].

La alarma constante es prendida en la óptica procesal penal sobre todo en lo que sea la prisión preventiva.

Para su legitimación se acude lisa y llanamente a la teoría cautelar clásica, no anticipatoria, recién vista, del proceso civil más apegada a las que recaen sobre las cosas que sobre las personas: v.gr., embargos, inhibiciones, etcétera.

Para la pacífica doctrina procesal penal, la prisión preventiva nunca puede ser un anticipo de pena sino para asegurar convenientemente la no alteración de pruebas o el resultado práctico de la sentencia y que en lo penal está dado por la futura ejecución de la pena.

En esta concepción, sólo se justifica la prisión preventiva si hay elementos de juicio verosímiles para sospechar que el imputado, cuando sea condenado, no se presentará al cumplimiento de la condena, tal cual hace el embargo de un bien del demandado que se afectará a su venta judicial para el pago de lo debido al actor.

Esta comparación revela situaciones totalmente distintas, porque el bien embargado casi siempre nada tiene que ver con lo reclamado, salvo que se trate de la misma cosa litigiosa.

La prisión preventiva hace que el imputado atraviese el proceso tras las rejas, situación de hecho que será la misma cuando sea condenado a pena efectiva de la libertad. Ni más ni menos.

Pese a esta absoluta identificación fáctica del modo de cumplir la cautela con la pena, se jura y se rejura que no se trata de un anticipo de pena, lo cual está constitucionalmente vedado, puesto que sólo la sentencia de condena es idónea para

---

[25] Ver por todos Corte Sup., *in re* “Camacho Acosta v. Grafi Graf”, ED 5/2/1998.

[26] Carbone, Carlos A.A., “Tutela diferencial poscautelar”, Ed. Nova Tesis, Rosario, 2012, prólogo de Jorge Peyrano.

causar semejante estado, puesto que hasta su dictado y firmeza el imputado es inocente.

Es más, esto se sostiene postulando que la prisión preventiva debe imponerse previo análisis de un estado de cognición compatible con la verosimilitud cautelar del proceso civil, si hay una razonable expectativa de que el imputado sea condenado, o sea, haciendo un análisis sobre el fondo del asunto y las chances que tiene el fiscal de condenar al imputado.[27] No creemos que sea un anatema anotar que el derecho procesal anticipa en casos excepcionales la pretensión de fondo por el otorgamiento del objeto mediato de la pretensión de fondo, sea civil o penal, en términos interinales mientras permanezcan las pautas de conocimiento acotadas, como la certeza suficiente o la probabilidad del derecho que le asiste al actor civil o penal.

La cuestión final, entonces, pasa por tener claro que si bien en realidad la prisión preventiva es, en rigor, una verdadera pena anticipada, como muchos reconocen en la doctrina procesal penal sin rasgarse las vestiduras[28], mientras haya proceso en trámite, el imputado sigue siendo inocente[29], estado que limita que sea la regla general y exija precisos requisitos para su dictado, tanto para asegurar el cumplimiento de la prisión preventiva o los fines del proceso evitando la alteración de pruebas o la disponibilidad del imputado.

d) La doble instancia

La bipolaridad en esta materia es enorme. Sabido es que a partir de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), a través del art. 8, inc. 2, item h), disponiendo el *derecho del inculpado a ser revisada su condena por jueces o tribunales superiores*, nadie duda del ranking constitucional de la doble instancia en materia penal, incluida la Corte Suprema de Justicia.

De consuno, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 14, nro. 5, consagra la doble instancia a favor del culpable de un delito.

Pero a la hora analizar el mismo instituto en materia civil, en apego al texto referido, la

---

27 La propia Corte Suprema no se cansa de postular, pese a lo dicho en "Camacho Acosta" para la anticipación de la pretensión antes de la sentencia, que nunca la prisión preventiva puede ser un anticipo de pena, bajo pena de inconstitucionalidad.

28 Ver por todos Zaffaroni, Alagia y Slokar, "Derecho penal. Parte general", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 170; Almeyra, Miguel A., "Prisión preventiva y doble instancia", LL 2004-B-565, Supl. Penal 2004 (febrero), p. 28.y de ahí la identificación técnica que hacemos entre pretensión punitiva y condena, nunca puede serlo si trasladamos al encarcelamiento preventivo los fines de la pena de prevención general y especial.

29 Ledesma, Ángela "Medidas de Coerción personal en el proceso penal", Revista de Derecho Procesal, Medidas Cautelares - 1, Ed Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 335.

doctrina clásica previa a dichos pactos, como Couture e Ibáñez Frocham[30], postula que el derecho a la defensa en juicio del art. 18 de la CN no exige la doble instancia, salvo que expresamente lo imponga la Carta Magna; jurisprudencia mayoritaria, de la mano de la Corte Suprema de Justicia, niega carácter constitucional a la doble instancia, ya sea antes de 1994 como después de la reforma constitucional incorporando dichos pactos, siendo muestra elocuente que el caso "Coca Cola" haya postulado nuevamente que no es constitucional la doble instancia civil[31].

Esta bipolaridad no es nada más que otra muestra de esquizofrenia procesal, puesto que se olvida de los derechos implícitos, que tampoco el art. 18 de la CN textualmente habla del debido proceso y, sin embargo, la noción ha calado hondo en los pliegues de la Corte y que la doble instancia civil integra el derecho a tutela judicial efectiva con la posibilidad de revisión amplia de lo decidido, más allá del texto constitucional.

La desesperación de un inquieto sector de la doctrina procesal civil ha querido ver anclaje constitucional a la doble instancia civil en el art. 25, inc. 1, de la Convención Americana de Derechos Humanos cuando consagra el derecho a un *recurso* rápido y sencillo para garantizar derechos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que las garantías integradas en el art. 8, inc. 2, de la Convención se aplica a todos los procesos, sean civiles, laborales, fiscales, etc., como componentes mínimos del debido proceso[32].

1.– Doble conforme

A partir del célebre caso "Casal", la Corte Suprema de la Nación[33] ha consagrado la real interpretación del contenido constitucional de ese derecho a la doble instancia, vedando que las leyes, incluidos los recursos de casación penal, pueden limitar ese acceso a la revisión completa de los hechos y no sólo del derecho o de vicios procesales.[34] En el *leading case* "Casal", la Corte Sup. ha consagrando la revisión amplia de la casación, todo lo que se puede revisar conforme las reglas del máximo rendimiento del recurso y sólo vedado a lo que surja exclusivamente de la

---

30 Ibáñez Frocham, Manuel, "Tratado de los recursos en el proceso civil", Ed Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1963, p. 145.

31 Corte Sup., Fallos 126:114 y 395, 115:96, 191:327; *in re* "Coca Cola", 12/2/1995.

32 CIDH, *in re* "Baena v. Panamá s/despidos arbitrarios", año 2001.

33 Corte Sup., Fallos 328:3399.

34 La Corte Interamericana de Derechos Humanos así lo ha confirmado en el caso "Herrera Ulloa".Es que ha cesado la puja sobre si el juicio oral ante un tribunal colegiado sin revisión de las causales de hecho –vedadas a la casación nacional– y el recurso extraordinario federal cubrían tal recaudo.

inmediación.[35]

e) El rol del juez Mucha agua ha pasado por el puente, injusticias cometidas para que la ciencia procesal, a partir de mediados del siglo pasado, fulminara la figura del juez *espectador* que en nada se mete a los fines de clarificar los hechos, producir la prueba ofrecida por las partes, sanear, sancionar conductas abusivas, etcétera.

Es que esa figura desdeñada tuvo su explicación en poner frenos al poder inquisitivo de los jueces civiles de siglos atrás violando derecho. Hoy esa situación no se da ni puede verse en los estados republicanos y surge como figura intermedia entre esos modelos (espectador v. inquisidor) [36].la figura del juez director del debate, el juez con autoridad[37].

Contrariamente, en materia penal, los sistemas acusatorios penales y más los adversariales vuelven sin tapujos a la figura del juez espectador, tanto para la investigación, que ahora es llevada por el fiscal en lugar del juez de instrucción, como para el juicio.[38] Como muestra de tal estado de cosas, el modelo adversarial del nuevo proceso penal acusatorio impide al juez o tribunal el ejercicio de estas facultades que vimos del proceso civil, al punto de declarar legislativamente que "La función de los jueces penales es indelegable *y se limita a resolver las peticiones que las partes les*

---

35 El entramado procesal civil jamás se dio por aludido, ni aun dentro de la propia Corte Suprema, como vimos, consagrando valladares a ese derecho a la revisión profunda de los hechos en materia de recursos extraordinarios, salvo arbitrariedad.

36 Barberio, Sergio y García Solá, Marcela, "Líneamientos de los principios dispositivo e inquisitivo", en "Principios procesales", cit., pásim, ps. 155/159.Aun en el sistema inglés se proponen y ya se legislaron más facultades para los jueces ante el descubrimiento y la toma de conciencia de que la inercia anterior muchas veces redujo la calidad de justicia, cuando no produjo injusticias que se hubieron podido corregir con la intervención en el juicio de un juez más activo

37 Pero no se crea que este avance, la figura del juez dándole un rol más activo, tanto en la dirección como en lo referente al producto de las pruebas, es un fenómeno argentino nacido de la mano de Morello a principios de los años setenta y llevado en andas por Peyrano en la actualidad, ni sólo latinoamericano, sino de toda la legislación, doctrina y jurisprudencia europea con la bandera de la *publicización o socialización* del proceso, que, sin discutir la vigencia del principio dispositivo, limita el alcance del principio de aportación de parte atribuyendo iniciativas probatorias a jueces y tribunales con distintos matices, como sucede en Alemania, Italia, Bélgica, Suiza, Portugal, en la inteligencia, aunque parezca de Perogrullo, de que el proceso civil, además de ser un instrumento de tutela de derechos privados, es la concreción de una función pública del Estado y su interés en que se cumpla del mejor modo. De modo que pretender coartar o restringir a los jueces de un modo absoluto la iniciativa probatoria supone una limitación a la efectividad de la tutela judicial y a la postre la búsqueda de la justicia. Véase Picó i Junoy, Joan, "Los principios dispositivos y de aportación de parte: significado actual", en Peyrano (dir.); Barberio y García Solá (coords.), "Principios procesales", cit., pásim, ps. 174/178.

38 Sin duda es una reacción a los roles deformados del juez instructor, de los jueces de sentencia con amplios poderes probatorios oficiosos del llamado sistema mixto, y también al clásico modelo del juicio oral que permite amplia facultad de los jueces del tribunales en la interrogación de testigos.

En ciertos casos se da primacía a la víctima para que con la anuencia fiscal se provea la disposición de la acción penal, como cristalización del nuevo fenómeno de lo que se llama la *privatización* del proceso penal para corregir aquellos males.

presenten…", al punto que *"no podrá suplir la actividad de las mismas y deberá sujetarse a lo que hayan discutido"*[39].

Quiere decir que desde el vamos se recorta actividad del juez penal, sea de la investigación o ejecución en la primera instancia o de segunda instancia, a lo que sea lo que las partes proponen y de hecho vedando cualquier actividad oficiosa.[40] Relacionado estrictamente con el juicio o la audiencia de debate contenida en éste, el modelo adversarial se hace patente con enjundia al vedar al juez cualquier intervención de interrogación al acusado o testigos sobre temas relacionados con el hecho.¿Es esto bueno? Pensar en un juez activo no es mirar la sombra de Torquemada cuando el juez advierte que corre el riesgo de llevar a decisiones injustas por estar fundadas sobre una comprobación inadecuada[41]. Sostenemos que esto no implica derechamente su parcialidad y si se postula esto en el proceso civil, no limitado a un juego dialéctico de intereses como solo instrumento de paz social, sino que rinda frutos reales como instrumento de justicia, socialmente habría un problema menos al entregar una solución justa no meramente formal[42], no vemos razón para no enviar estos conceptos al proceso penal.[43] No vemos obstáculos en mantener fuera de esos límites al proceso civil, donde se admite la activa intervención del juez en la dirección y formulación de preguntas, la orden de oficio de careos, [44]

---

[39] Arts. 1 y 7 de la ley, 13018/2009, que organiza los tribunales del nuevo sistema acusatorio consagrado en el CPP Santa Fe, según ley 12734/2007.

[40] Lo destacado revela que en estos sistemas procesales penales se potencia que en las audiencias, tanto de la investigación o del juicio, sea el debate marco propio y exclusivo de los planteos de las partes, o sea de los *adversarios,* sin que los jueces puedan, de oficio, aportar algo relacionado con el tema discutido.

[41] Taruffo, Michele, "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa", Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, nro. 2006-2, p. 431.No hay razón alguna para que en la actualidad de la vigencia republicana se postule en todo proceso el ejercicio de cabales facultades de dirección e instrucción probatoria por parte del juez, siempre que no perjudique el principio esencial de aportación de parte de los hechos controvertidos y ofrecimiento y producción de prueba de ellos por parte de aquélla;

[42] Barberio, Sergio y García Solá, Marcela, "Principio de Imparcialidad", en Peyrano (dir.); Barberio y García Solá (coords.), "Principios procesales", cit., ps. 717 y 718.

[43] La realidad lo dirá de cara a la sociedad, pero nos queda la inquietud que Taruffo nos expresó de modo coherente con su concepción de la verdad, en una de las tantas visitas a nuestro país, cuando le informamos de tal estado de cosas en el proceso penal que impide a los jueces aportar alguna pregunta clarificadora, por ejemplo, a los testigos : "si se trata de la verdad procesal, los jueces algo tienen que decir", nos contestó.

[44] Tanto en el proceso escrito como el oral en las provincias que lo legislen y que a su vez operan también el proceso penal oral, pero no de corte adversarial, como los cobijados bajo el todavía vigente Código Procesal Penal de la Nación, ya reformado por otro acusatorio puro y de aquella factura.

f) Cuestiones de hecho e irrecurribilidad Sabido es que los juicios orales, tanto civiles como penales, norman que las cuestiones de hecho son inapelables y sólo la sentencia final es susceptible de revisión por medio de recursos tipo de apelación extraordinaria o casación en sede civil o de casación en materia penal, limitados a cuestiones de derecho y vicios de procedimiento.

Esto, que merece verse como un signo de cordura ante la unificación de criterios en ambas sedes, en materia penal ha sido revisado sustancialmente por la Corte Suprema de Justicia a partir del célebre caso "Casal"[45], ordenando que el superior casatorio revise todo lo que puede revisar, lo que incluye claramente a las cuestiones de hecho; pese a lo que digan los textos legales, es un signo de esquizofrenia que en la casación civil o los recursos extraordinarios contra las sentencias civiles dispuestas en juicios orales la propia Corte Suprema y las locales mantengan aquellas limitaciones de modo igual a los textos rituales procesales penales antes del referido asunto "Casal", al que volveremos en el punto II.d.

g) Juicio por jurados Hay una avalancha nacional para apagar la vetusta anomia constitucional en torno a la concreción y vigencia del juicio por jurados en las jurisdicciones argentinas, tal como mandan los arts. 24[46], 75, inc. 12[47], y 118[48] de la Constitución Nacional y conforme surge, según la doctrina mayoritaria de la adopción del sistema republicano de gobierno, a partir de su artículo 1[49].

El juicio por jurados ya tiene sanción legislativa en las provincias de Córdoba, Neuquén, Buenos Aires y, en forma inminente, en la de Río Negro; hay proyectos en avanzado trámite ante las legislaturas de las de las provincias de La Rioja, Chaco, Chubut y Entre Ríos, al igual que en la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Si embargo, todos tienen un oriente: el proceso penal y para determinados delitos.

---

[45] Corte Sup., Fallos 328:3399.

[46] Art. 24, CN: "El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados".

[47] Art. 75, CN: "Corresponde al Congreso:1 Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social..., así como bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados".

[48] Art. 118, CN: "Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la Republica esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los limites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio".

[49] Art. 1, CN: "La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana, federal, según la establece la presente Constitución".

¿Y por el proceso civil como andamos? Este vendaval juradista no se observa en el ámbito civil, ya que el jurado no es patrimonio del proceso penal por los intereses en juego y muestra de ellos en la situación norteamericana, donde el juicio por jurados también está instalado en materia civil a partir de la Séptima Enmienda a la Constitución de Estados Unidos[50] para hechos provenientes de fuentes no contractuales, por lo general[51], al punto que recientemente un juez de Puerto Rico dio la venia para su implementación en un caso concreto de discriminación del empleo por edad que promovió un particular contra una empresa, reclamando el fuero federal[52].

II. LA CORDURA PROCESAL

Cuando hablamos de cordura, nos referimos a *prudencia, discernimiento, sensatez***.** Entonces pasaremos revista de algunos ejemplos de cordura procesal nacidos en un proceso, pero aceptados a la postre en el otro.

a) Principio de estatalidad u oficialidad penal recortado Este principio expresa la idea de persecución penal pública de los delitos a través del Estado, de oficio y sin consideración de la voluntad del ofendido. La idea del delito como virus contaminante de la paz social alienta que el Estado, en representación de todos los ciudadanos, no sólo tenga el derecho sino el deber de iniciar la persecución penal sin preguntarle siquiera a la víctima si está de acuerdo y es la regla general en los sistemas procesales continentales, donde el nacional y el santafecino no son una excepción, al igual que en el resto del país.

---

50 La Séptima Enmienda de los Estados Unidos codifica el derecho a un juicio por jurado en ciertos casos civiles, aunque la Corte Suprema de ese país no ha extendido esta enmienda a los Estados. Séptima enmienda: "En los juicios de derecho consuetudinario, en que el valor que se discuta exceda de veinte dólares, el derecho a juicio ante un jurado será garantizado, y ningún hecho que haya conocido un jurado será reexaminado en Corte alguna de los Estados Unidos, como no sea con arreglo a las normas del derecho consuetudinario".

51 "Un litigante que pide daños tiene derecho a un juicio por jurado en casos civiles...", *in re* "Chauffeurs, Teamsters, and Helpers Local N. 391 v. Terry", 494 U.S. 558 (1990).

52 Puerto Rico es el único distrito donde no se celebran juicios civiles por jurado a nivel estatal. Un juez del Tribunal Federal para el Distrito de Puerto Rico emitió una orden donde reconoce el derecho a juicio por jurado en casos civiles en los tribunales de Puerto Rico. Concluyó que la Enmienda VII de la Constitución de Estados Unidos se extiende a todos los Estados y a los "Commonwealth" y territorios de Estados Unidos, "pues éste es un derecho con raíces profundas en las tradiciones e historia de los Estados Unidos". Noticia del 26/6/2014 del diario el Vocero de Puerto Rico, según data de www.aldia.microjuris.com/2014/06/26/juez-gelpi-emite-orden-de-derecho-a-juicio-por-jurado-en-casos-civiles/.Si bien los casos en la práctica no abundan, como tampoco en el proceso penal, cierto es que la materia penal alimenta muchos más casos para la estadística; los postulados del jurado encajan perfectamente en el proceso civil, sobre todo para hechos como el contemplado en dicho país.

Además, los arts. 24 y 75, inc. 12, de la CN argentina no lo limitan al proceso penal, como sí lo hace el art. 118, el que, sin embargo, no deja de ser una preciada fuente constitucional para su expansión al proceso civil.

Esto, de cara al Código Penal, que en su art. 71 dispone con eficacia para todo el país: “Las acciones penales se iniciarán de oficio…”.

Mientras, el impulso y el tenor del proceso civil es patrimonio de las partes. Y quede claro que ni aun en el proceso civil fachista, nazi o marxista se previó la promoción oficiosa de la acción civil, quedando siempre en cabeza de los particulares.
Contrariamente, al juez instructor como el santafecino se lo facultaba a promover el proceso penal de oficio, sin impulso fiscal. Y va de suyo que en los sistemas acusatorios sólo el fiscal es quien promueve la acción penal pública, sin perjuicio de las facultades del querellante, quedando entonces ambos procesos, civil y penal, en plena paridad sobre el punto.

b) Legalidad procesal Ligado al principio de oficialidad está el de legalidad procesal (no penal), por el cual se impone al Estado perseguir todos los casos penales de los cuales se tenga noticia, sin poder hacer cesar la acción penal por acuerdo de partes, ni conveniencia social, etcétera. Esta suerte de inevitabilidad de la promoción de la acción penal y su irrefragabilidad e irretractabilidad fue leída monolíticamente hasta algunos pocos años, a partir del Código Penal, art. 71: “Las acciones *penales se iniciarán de oficio*…”. Se veía en la norma que se destaca en cursiva una espada sobre los representantes estatales con aquellos alcances, máxime cuando el Código Penal, en su art. 274, pena a todo funcionario público cuando “*dejare de promover la persecución* y represión de los delincuente”. Una vez iniciado el proceso, el fiscal no podía retroceder, parar.

Hoy los sistemas acusatorios aplican el principio de oportunidad procesal, que, sin renegar de los principios antes referidos, consagran, por ejemplo, como excepción que “cuando sea pertinente se aplicarán los criterios de oportunidad legalmente establecidos”. Y se dispone que el Ministerio Público podrá no promover o prescindir total o parcialmente de la acción penal” en una serie casos reglados y cuyo norte de ser acogido en la extinción de la acción penal[53], tal como sucede en materia civil.

c) Verdad consensual De todo lo expuesto antes surge claro que el proceso civil dispositivo es el campo de los acuerdos procesales, desistimientos, conciliaciones, mediaciones, etc. No porque busque la verdad formal, sino justamente porque el

53 Art. 10.II, CPP Santa Fe: “El Ministerio Público podrá no promover o prescindir total o parcialmente, de la acción penal en los siguientes casos...”.

impulso y el tenor del proceso es patrimonio de las partes.

Vimos antes, en el punto I.a, que la verdad que debe buscar todo proceso es la objetiva, entendida como correspondencia con la realidad y ajustada a las posibilidades de cada proceso. Y en este cuadrante procesal penal aparece, como alternativa válida para construirla, la verdad consensual, consenso y negocio jurídico-procesal[54].

El proceso penal moderno es pilar del Estado de derecho y debe buscar el equilibrio entre búsqueda de verdad, dignidad del acusado, con verdad consensual, no absoluta[55]. Modernamente se abrió en la doctrina procesal la brecha de la verdad consensual a partir de Habermas[56], para Taruffo, no se contrapone a la de *verdad correspondencia*, ya que está basada también en criterios de racionalidad de ese consenso, aun cuando se lo reconduzca a la dinámica de la comunicación social[57].

Entonces aparece como proyección al proceso una tercera noción de verdad que proviene de la teoría consensual de la verdad[58]. Se la llama también "teoría democrática de la verdad". Nuevamente vemos que, sobre el tópico, ambos procesos quedan en equivalencia.

a) El principio de máximo rendimiento En el *leading case* "Casal" de la Corte Sup.[59] antes referido se ha consagrando la revisión amplia de la casación penal; el margen de conocimiento de recurso extraordinario, y, por tanto, limitado a los supuestos legales que excluyen los supuestos de hecho, se ha expandido, imponiendo la vía pretoriana de que todo lo que puede revisar el superior casatorio conforme las reglas del máximo rendimiento del recurso debe hacerse y sólo queda vedado a lo que surja exclusivamente de la inmediación.

Es decir, se consagra el máximo aprovechamiento de la instancia en la que debe revisarse todo lo que se pueda respecto de los hechos[60].

---

54 Carbone, Carlos A.A., "Sistema acusatorio: método adversarial, consenso y oportunidad", ponencia presentada en el XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe, junio de 2011, en www.procesalsantafe2011.com.

55 Taruffo, Michele, "La prueba...", cit., p. 190.

56 Habermas, Jürgen, "Discorso e veritá", en "Agire comunicativo e logica deli scienze sociali", Bologna, II Mulino 1980, p. 319.Fundamentalmente haciendo énfasis en que el producto verdadero proviene del consenso racional, fruto de la discusión entre los participantes en paridad de situación para discurrir acerca del tema en debate. Esta visión,

57 Taruffo, Michele, "La prueba...", cit., p. 175.

58 Habermas, Jürgen, "Teorías de la verdad", en "Teorías de la acción comunicativa; complementos y estudios previos", Madrid, 1989.Esta verdad consensual en el proceso penal se construye a través del avance de la mediación penal u otro tipo de acuerdos entre víctima e imputado, fiscal y defensor, como sucede en el juicio abreviado, en menor medida con la *probation* contemplada en el art. 76 bis del CPen.

59 Corte Sup., 328:3399.

60 Acosta, Daniel, "El principio del máximo aprovechamiento de la instancia y su aplicación por los tribunales

Si bien es un signo de esquizofrenia que en la casación civil o en los recursos extraordinarios contra las sentencias civiles dispuestas en juicios orales la propia Corte Suprema y las locales mantengan aquellas limitaciones de modo igual a los textos rituales procesales penales antes referidos, como vimos en el punto I.e, aparecen los umbrales de ese principio de la mano de la doctrina procesal civil de Morello y Peyrano; [61].

e) La flagrancia en materia procesal civil No hace falta recordar la figura de la flagrancia en materia procesal penal a partir de la cual se disparan diversos actos y procedimientos cuando el autor del hecho es sorprendido cometiendo el delito o en momentos posteriores.

Así, los ritos penales permiten la aprehensión privada por parte de los particulares presentes. Modernamente posibilita investigación penal preparatoria acotada y eventuales acuerdos procesales.

Nuevamente Peyrano, echando mano del señero instituto, propone su acogimiento en sede civil para que, en caso de un juicio ordinario donde exclusivamente se debatan derechos patrimoniales, pueda uno de los litigantes solicitar la declaración de flagrancia, que sólo podrá obtener de darse ciertas situaciones objetivas y predeterminadas que demuestran que concurre una fortísima posibilidad de que le asistiría razón al requirente: a) existencia de jurisprudencia obligatoria que define la materia debatida; b) existencia de una causa de puro derecho (v.gr., debate acerca de cuál es un plazo de prescripción) respecto de la cual militan precedentes doctrinarios y jurisprudenciales que tornen predecible el resultado del litigio; c) el supuesto de la llamada pericial prevalente[62].

Nosotros expandimos esta suerte de flagrancia procesal a los supuestos de evidencia fáctica para peticionar y obtener con éxito la tutela anticipatoria o autosatisfactiva[63].

f) La prueba científica No es ninguna novedad que la prueba científica tuvo su puerto

---

superiores" en Peyrano (dir.); Barberio y García Solá (coords.), "Principios procesales", cit., t. I, p. 569.

61 Prontamente vieron los frutos, encontrando tal principio en las llamadas demandas especiales luego de la ejecución, por ejemplo, cuando venzan nuevas cuotas, aprovechamiento del testimonio tomado sin juramento previo como indicio, y en materia recursiva se postula el recurso indiferente, que propone darle eficacia al recurso planteado, sin que sea el previsto en la ley para el caso o que, siéndolo, haya omitido recaudos formales, etcéteraPeyrano, Jorge W., "El principio del máximo rendimiento procesal en sede civil", en Peyrano (dir.); Barberio y García Solá (coords.), "Principios procesales", cit., t. I, p. 445.

62 Peyrano Jorge W., " La flagrancia civil", columna de opinión en LL 2014.

63 Carbone, Carlos A., "La evidencia en la tutela anticipada y autosatisfactiva, entronización y estabilización del despacho interino", Supl. Doctrina Judicial Procesal2013 (agosto).

en materia penal. Desde las huellas dactilares, hallazgos de muestras de sangre y cotejo, intervenciones telefónicas y pericias de voces grabadas, prueba informática, etc., paso a paso se han eyectado con éxito y enjundia al proceso civil porque cada vez menos los operadores del sistema procesal civil quieren quedarse con la denostada y aplastante verdad formal[64].

Es tan gravitante que Morello refería claramente que estas pruebas fulminan del fenómeno de la oralidad. Y en esta franja venimos postulando que se otorgue carta de ciudadanía en el proceso civil a la eficacia de la prueba de grabaciones de conversaciones grabadas, tal cual sucede en el proceso penal, incluido el andamiaje de intervenciones de comunicaciones telefónicas o de cualquier tipo como de los mensajes de texto y correspondencia electrónica proyectados al proceso civil[65]; por suerte, la jurisprudencia nos viene siguiendo[66].

g) Plazo razonable y convencionalidad

Los principios constitucionales del derecho a obtener un pronunciamiento en un tiempo razonable y el control convencional no sólo de los actos de gobierno, sino de las sentencias, de la prisión preventiva, naves insignias del proceso penal, han adquirido recientemente carta de ciudadanía en el proceso civil.

El artículo 7 de la Convención Americana, en su punto 5, dice: “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales *y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable* o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso”. Basta citar como ejemplo lo dicho en “Mozzatti”, sosteniendo la Corte Sup. que la garantía constitucional de la defensa en juicio[67] incluye el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve a la situación de incertidumbre y de restricción de

---

64 Carbone, Carlos A., “La prueba científica en el proceso”, Ed. Juris, Rosario, 2013.

65 Carbone, Carlos A. “Grabaciones o filmaciones privadas e intervención judicial de las comunicaciones telefónicas en el proceso civil. Remando contra la corriente ante el tabú actual”, LL, Supl. Procesal 2005 (octubre), p. 62.

66 C. Nac. Civ., sala I, 17/5/2007, *in re* "Asociación de Beach Soccer Argentina v. Asociación del Fútbol Argentino s/prueba anticipada - Pericial informática - Registros informáticos obrantes en computadora", AP 35010968.

67 Los casos “Mattei” (1968), “Mozzatti” (1978) y “Amadeo de Roth” (2000), fallados por la Corte Sup., son los baluartes esgrimidos para consagrar este derecho inalienable a obtener un pronunciamiento judicial en plazo más breve posible.Corte Sup., Fallos 272:188.siguiendo varios precedentes –casos "Casiraghi" (Fallos 306:1705), "Bartra Rojas" (Fallos 305:913), "YPF" (Fallos 306:1688)–; temperamento luego reafirmado en el caso "Amadeo de Roth" (Fallos 323:982 –esp. voto de los jueces Petracchi y Boggiano–) y mantenido en la actualidad en el caso I. 159.XLIV, *in re* "Ibáñez" –del 11/8/2009–.

la libertad que comporta el enjuiciamiento penal[68]. El 19/10/2010, la Corte Sup.[69] conoció de un sumario que tuvo dieciocho años de duración y terminó con condena, por lo que declaró la prescripción de oficio, Hemos propuesto que estas ideas deben volcarse al proceso civil, por cuanto ha adquirido el plazo razonable el verdadero estatus como derecho humano[70] y no estamos solos[71].

Es que se tuvo por cierto que los artículos 8 y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos imponen el derecho a una respuesta eficaz de los jueces o tribunales competentes dentro un plazo razonable. [72]. En una clara muestra de la operatividad del control de convencionalidad que referimos, la Corte Sup. ha tomado el concepto de plazo razonable del art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, enfatizando que la duración indebidamente prolongada de una causa judicial viola ostensiblemente el derecho a ser juzgado en dicho plazo[73].

h) Dinamismo del derecho de defensa en juicio El art. 18, CN, establece que la defensa en juicio es inviolable. La Declaración de Derechos del Estado de Virginia de 1776 preveía que "el hombre tiene derecho a conocer la causa y naturaleza de la acusación y a confrontar con los acusadores y testigos, produciendo prueba a su favor". Este axioma, según la Corte Suprema de Justicia, se aplica no sólo al proceso penal, sino también al civil y a cualquier otro proceso, sea incluso el proceso administrativo,

---

68 Pensó la Corte Sup. que la única forma para no consentir un cuarto de siglo de proceso es la apertura del recurso extraordinario intentado, por más que se trate una cuestión procesal, ya que vulnera de manera simultánea, manifiesta y grave un principio institucional básico en medida en que excede el interés personal y afecta, además de la garantía de la defensa en juicio, la conciencia de la comunidad.

69 Corte Sup., "Recurso de hecho deducido por Carlos A. Oliva Gerli y Carlos J. Barbará en la causa Oliva Gerli, Carlos A. y otro s/infracción ley 22415 y art. 174, inc. 5, CPen.".

70 Carbone, Carlos A., "Plazo razonable en materia cautelar o anticipatoria y control de convencionalidad", Microjuris del 3/4/2013, mj-doc-6215-ar | mjd6215; "La duración irrazonable del proceso o de sus incidentes perjudica al actor", Eldial.com, DC1A 49 publicado el 22/4/2013.

71 Torres Traba, José M., "La tutela de urgencia y el plazo razonable", Supl. Doctrina Judicial Procesal 2012 (abril),p. 9.

72 Lo ha sostenido, entre otros casos, en "Cantos", sentencia del 28/11/2002, parágrafo 57, al afirmar que "Este tribunal observa al respecto que, en principio, los diez años transcurridos entre la presentación de la demanda del señor Cantos ante la Corte Suprema de Justicia y la expedición de la sentencia de esta última que puso fin al proceso interno, implican una violación de la norma sobre plazo razonable por parte del Estado", haciendo la salvedad de que no corresponde su aplicación cuando hay una responsabilidad del justiciable en la demora indebida, no siendo éste el caso C. Nac. Casación Penal, sala 2ª, 24/5/2012, *in re* "R., R. M. y otro", LL 2012-D-487, cita online: AR/JUR/21550/2012. Voto de la jueza Ana María Figueroa.

73 Corte Sup., 8/11/2011, M. 1181. XLIV; ROR, "Mezzadra, Jorge O. v. EN M. Justicia y DDHH s/daños y perjuicios".

militar[74]. Por eso la Conclusión nro. 1 del Congreso Nacional de Derecho Procesal de San Martín de los Andes, en 1999, es de una revolucionaria ensañanza: "El debido proceso es una preciosa garantía constitucional no sólo del demandado *sino también del actor* e involucra el derecho de éste a obtener una oportuna y efectiva respuesta jurisdiccional".

i) Prueba difícil

El instituto así sistematizado por Peyrano en materia civil, que postula menor rigor probatorio cuando las fuentes de pruebas se encuentran lejanas por el paso del tiempo o la propia índole del hecho controvertido, como la prueba del contenido de las cajas de seguridad[75], es reflotado por nosotros para el proceso penal a la luz de determinadas construcciones doctrinales y judiciales, aminorando el rigor probatorio en determinados hechos, como los delitos de abusos sexuales, que, por su índole oculta, no permiten aportar testigos, por ejemplo, y donde a veces sólo se cuenta con el testimonio de la víctima; de lo contrario, aplicando la poco feliz expresión forense, quedaría en un caso de *palabra contra palabra.*

III. Reformas relativas a los procesos de escasa complejidad,

Quizás estos desacoples se deban a la distinta relación que tienen ambos procesos con sus respectivos derechos de fondo: mientras el derecho civil se las arregla diariamente para operar en la estructura social mediante los pactos de las personas operando de diversas maneras con contratos como la compraventa, la locación, y actos jurídicos de todo tipo como el matrimonio, las inscripciones de nacimiento sin tocarle un pelo al proceso civil que solo recibirá a éste en caso de incumplimientos, el derecho penal no puede actuar sin el proceso penal como lo muestra la gráfica imagen de Beling: *el derecho penal no le toca ni un pelo al delincuente.* Es que el proceso penal es quien exclusivamente determina si un acto es delictivo o no y las consecuencias del mismo, lo que impide que los particulares puedan aplicar por sí mismo el derecho penal de fondo como sucede con el derecho civil.

Y en lo estrictamente procesal parece un punto común observar la crítica cuando se detemina legislativamente que cuando de juicio penal se trate, sea el mismo para

---

[74] Corte Sup., Fallos 312:779, "Ricomi"; Fallos 268:266, "Oto Wald".Pero más aún, no sólo se extiende al demandado sino al actor, que no tiene otra salida para cobrar su crédito o consagrar sus derechos que someterse al torturante procedimiento civil, donde a menudo el demandado no usa de remedios y recursos, sino abusa de ellos con el solo objetivo de que nunca llegue el proceso a sentencia.

[75] Peyrano, Jorge W., "Consideraciones sobre la materia de prueba difícil", Jurisprudencia Santafesina, nro. 45, p. 120.

todos ya sea para analizar la responsabilidad por cheque sin fondo como para la de un violador serial; para anlizar la de un hurto cometido en supermercado para analizar la de quien se lo somete por acusación de casos de corrupción empresarila o estatal, alarma que agudamente prendía Zaffaroni.

Nos referimos cuando no hay salidas consensuadas como el proceso abreviado, acuerdos procesales de todo tipo, ni instrucción abreviada por flagrancia, etc. Sino cuando el juicio oral público es inevitable.

Es interesante recordar diversos procedimientos que la ordenanza procesal penal en busca de la economía procesal:1. Proceso por orden penal; busca un plenario màs aligerado incluso que éste pueda ser suprimido para delitos *menos graves* cuando la aclaración de hechos en el plenario no sea necesaria (Arts. 407 y sgtes. 2. Procedimiento acelerado: se produce la vista oral pero se suprime el procedimiento intermedio, con notable simplificación del procedimiento preliminar y la preparación del juicio oral antes situacione de prueba evidente o clara y si la eventual privación de libertad no sea previsible que supere el año (Art. 417 y 418). 3. Proceso subjetivo de seguridad: no solo para personsas inimputables sino contra acusados incapaces de litigar para adoptar medidas de correcciòn y seguridad que preven la ausencia del imputado en el proceso.(Art. 413-416) 4. Proceso de seguriad objetivo: contra un acusado ausente en vista oral especial donde puede ordenarse el secuestro del patrimonio de éste (art. 276-295). [76]

En el costado procesal civil Taruffo critica que la ley pueda determinar de ante mano los casos para determinados moldes de procedimientos, vgr ordinario, sumario, sumarísimo, oral, por materias (familia, civil y comercial etc.) cuando en realidad en cada materia hay controversias de simples solución mediante un trámite simplicado y rápido pero sin embargo prevé solo el juicio ordinario u oral por ejemplo.

Lo contrario sucede en las Reglas de Procedimiento Civil inglesas de 1999 que preven solo tres tipos procedimiento, los *tracks,* distintos por su formalismo y estructuara pero el juez elige el más adecuado según pautas letales según la naturaleza y complejidad.

Este sistema contiene el principio de proporcionalidad entre la complejidad del caso y la complejidad del procedimiento según la índole de la pretensión, en un óptimo balance que es de esperar sea imitado entre nosotros. [77]

Esto es un gran avance puesto que determinados casos que la ley los ubica dentro del

---

[76] Schlüchter, Ellen “Derecho Procesal Penal” Ed Tiran lo Blanch, Valencia 1999 pags. 185 y sgtes.

[77] Taruffo, Michele y otros “Consideraciojes sobre la prueba” Madrid 2009 pag. 116 y 117

ordinario bien prodrían ventilarse por un procedimiento más ràpido por la sencillez de la cuestión: y otros que la ley prevé esos procedimientos más simples, podrína ser reconducidos hacia el procedimento ordinario por la complejidad el tema discutido.

Ambas anotaciones son una tarea pendiente que la mayoría de las reformas rituales penales no han visto, y ni que hablar de las escasas reformas integrales civiles.-

IV CONCLUSIÓN

Los casos de esquizofrenia procesal que relevamos deberán ser sanados, quizás no en tiempo cercano. Pero el surtido de los institutos etiquetados como cordura procesal nos alienta a seguir en el intento.