

Autoridades de la Universidad

Dr. Fernando Fragueiro
Rector

Dr. Ricardo Crespo
Director de Investigación

Dr. Víctor Herrero
Vicerrector de Asuntos Académicos

Esp. María Inés Montserrat
Directora de Estudios

Abog. Juan Pablo Magdaleno
Secretario General

Mag. Ivana Lobo
Cra. Ana Gervasoni
Consejeras

Autoridades de la Facultad de Derecho

Mag. Jorge Albertsen
Decano

Dra. Frida Armas
Dr. Andrés Sánchez Herrero
Mag. Valentina Aicega
Lic. Ángeles Rodríguez
Consejeros

Autoridades del Departamento de Derecho Judicial

Dr. Rodolfo Vigo
Director del Departamento de Derecho Judicial

Mag. María Gattinoni de Mujía
Directora Ejecutiva del Departamento de Derecho Judicial

Mag. María Rosa Dabadie
Coordinadora del Departamento de Derecho Judicial

Miembros del Consejo Académico y Consejo Editorial de la Colección Cuadernos de Derecho Judicial

María Gattinoni de Mujía
Domingo Sesín
Enrique V. del Carril
Rafael Nieto Navia
Néstor Sagüés
Rodolfo L. Vigo

Praxedis Zovak, María Laura
Cuaderno de Derecho Judicial N° 24: Aspecto subjetivo de la garantía de imparcialidad del juez constitucional en el procedimiento civil y comercial / María Laura Praxedis Zovak. - 1ª ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2016.
128 pp.; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-03-3116-2
I. Derecho. I. Título.
CDD 342

© María Laura Praxedis Zovak, 2016
© de esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2016
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información, sin el previo permiso por escrito del editor y el autor.

Printed in Argentina

All rights reserved
No part of this work may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying and recording or by any information storage or retrieval system, without permission in writing from the publisher and the author.

Tirada: 300 ejemplares

ISBN 978-987-03-3116-2

MAESTRÍA EN MAGISTRATURA Y DERECHO JUDICIAL

María Laura Praxedis Zovak

Dirección: Mag. Alejandra Ronsini

Director del Departamento de Derecho Judicial:

Dr. Rodolfo L. Vigo

Directora Ejecutiva de la Maestría en Magistratura y Derecho Judicial:

Dra. María Gattinoni de Mujía

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN DE DOGMÁTICA JURÍDICA
PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAGÍSTER
EN MAGISTRATURA Y DERECHO JUDICIAL

ASPECTO SUBJETIVO DE LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD
DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN EL PROCEDIMIENTO
CIVIL Y COMERCIAL

AUTOBIOGRAFÍA PROFESIONAL

Formación educativa y profesional

1998

Abogada. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba

2003

Especialista en Asesoramiento de la Empresa. Delegación Córdoba de la Universidad Notarial Argentina

2004

Posgrado en Administración de Negocios Internacionales. Facultad de Ciencias Económicas. Universidad Nacional de Río Cuarto. Córdoba.

2011

Magíster en Derecho y Magistratura Judicial. Facultad de Derecho. Universidad Austral.

Cargos profesionales

2000-2005

Asesora legal del Directorio de Córdoba Bursátil SA, Sociedad de Bolsa, provincia de Córdoba.

2007-2013

Secretaria letrada de la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y del Trabajo de Presidencia Roque Sáenz Peña, Chaco. Desde febrero 2010 a marzo 2011, con funciones en la sala Civil, Comercial y Laboral del Superior Tribunal de Justicia.

2013 a la actualidad

Juez Civil y Comercial N° 2 de Presidencia Roque Sáenz Peña, Chaco.

Publicaciones

2002

Monografía presentada en Delegación Córdoba de la Universidad Notarial Argentina: “Secreto industria: ¿Nueva categoría de propiedad industrial?”, publicada en la *Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba*, nro. 82, 2003-1.

2013

Resumen de tesina: “Aspecto subjetivo de la garantía de imparcialidad del juez constitucional en el proceso civil y comercial”, en VIGO, Rodolfo L. - GATTINONI DE MUJÍA, María (dirs.), *Tratado de derecho judicial*, t. I, “Teoría judicial”, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2013.

Otros

2015

Miembro suplente de la Comisión de Reforma del Código Procesal Civil y Comercial del Chaco.

PRÓLOGO

Para Francis Bacon, un *juez debe ser más sabio que ingenioso, más venerable que afable, más circunspecto que expeditivo; pero es, ante todo, la integridad aquello que debe primar en él: esta virtud es, en cierta forma parte de sus funciones; es la virtud propia de su estado*. En esencia, es acerca de esta compleja temática que discurre el trabajo de María Laura Praxedis Zovak, que tuve la satisfacción de evaluar como jurado en el marco de la Maestría en Magistratura y Derecho Judicial de la Universidad Austral.

El planteo —que en menos de cien páginas desarrolla la autora— configura una guía, una “carta” de orientación —con referencias antropológicas, metodológicas y normativas— sobre las virtudes de quien ejerce el oficio de juzgar, a partir del concepto de independencia e imparcialidad.

Se infiere de la tarea reconstructiva de Zovak que la afirmación de aquellas virtudes operativas requiere vencer al menos tres obstáculos que obstruyen su realización en la praxis judicial. El primer obstáculo proviene del fuero interior del juez que suele estar inhibido por un exceso del positivismo que todavía impregna nuestra cultura jurídica y que reduce su función a la mera aplicación de la ley. Zovak demuestra que esto ha sido históricamente más un problema que una solución, y sus consecuencias merecen una consideración política más que jurídica, ya que, en el fondo, se trata de una manera de responder en favor del legislador a la cuestión sobre la proporción y la entidad del poder que le cabe al juez.

El segundo obstáculo que intenta superar la autora se refiere a la evidencia de que la ética judicial suele reducirse a la dimensión disciplinaria, lo que implica una cierta limitación de la “personalidad” del juez, en la que se originan los principales interrogantes sobre muchas variables que inciden en sus decisiones, en ocasiones signadas por errores judiciales o escándalos mediático-políticos. El juez debe construir una identidad frente a sí mismo y frente a la institución judicial. Cada una privilegia un lenguaje particular, el de las virtudes en un caso, el de las reglas en el otro. Ética personal (teleológica), la primera, moral profesional (deontológica), la segunda.

Empero, no es suficiente reconocer la personalidad del juez y preservar su libertad frente a los embates de los poderes formales e informales, sin el reconocimiento de la especificidad de la tarea y del juicio judicial. Éste es el tercer obstáculo que la autora aborda desde distintos ángulos (específi-

camente en el capítulo IV). En este punto, es interesante el planteo sobre la posibilidad o no de un “juicio puro” libre de condicionamientos psicológicos y siempre sujeto a la hermenéutica aplicada por el intérprete.

La independencia y la imparcialidad, finalmente, son para la autora, las virtudes de la “distancia” entre la persona y la función del juez; la primera se da entre el juicio y sus influencias y en el desinterés por éstas en la relación con los poderes instituidos. Aunque, en realidad, aquélla nunca se dé en un marco de plena autonomía porque el juez siempre permanece sujeto a la ley. La segunda, aparece en la relación que éste mantiene con las partes como tercero *desinteresado* del conflicto y de la entidad de los intereses en juego. El único interés del juez está centrado en el debate sin utilizar su propio interés para justificar su decisión, como lo reclama el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

Resulta entonces auspicioso, que estemos frente a una obra que contribuye a promover la discusión sobre las calidades que definen el espacio público judicial, y la potencialidad y límites de los actores que allí intervienen, elementos estos que hacen de la relación judicial el ámbito en el que se expresan las virtudes del juez.

DR. CARLOS A. MAHIQUES

Juez de la Cámara Nacional
de Casación Penal

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
AUTOBIOGRAFÍA PROFESIONAL.....	V
PRÓLOGO	VII
INTRODUCCIÓN	3

CAPÍTULO PRIMERO

EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD EN LA FUNCIÓN JUDICIAL

1.1. Consideraciones generales.....	7
1.2. Naturaleza jurídica de la imparcialidad	11
1.3. Enfoques del rol del juez en el proceso: garantista y activista	13
1.4. Perfil del juez constitucional	18
1.5. Conclusión.....	25

CAPÍTULO SEGUNDO

RELACIÓN DE LA CONDICIÓN HUMANA DEL JUEZ CONSTITUCIONAL CON LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD

2.1. Incidencia de la personalidad del juez en la actividad judicial.....	27
2.2. Posturas pesimistas de que el hombre pueda ser imparcial.....	31
2.3. Relación con el perfil de juez constitucional	32
2.4. Aspecto humano y realización de la justicia	33
2.5. La idoneidad ética como fundamento de la condición de juez y su credibilidad.....	38

	Pág.
2.6. Virtudes del juez imparcial y su influencia en la subjetividad	39
2.7. Relación con los códigos de ética	44
2.8. Límites creados por el derecho al aspecto subjetivo	46
2.9. Conclusión	51

CAPÍTULO TERCERO

GARANTÍA DE LA IMPARCIALIDAD

3.1. Concepto	53
3.2. Orígenes históricos	53
3.3. Regulación legal	55
3.4. Relación con el debido proceso	61
3.5. Exámenes de control	62
3.5.1. Test subjetivo	63
3.5.2. Test objetivo	66
3.6. Comparación entre ambos test	70
3.7. Relación del <i>test</i> objetivo con la independencia y competencia	71
3.7.1. Independencia	71
3.7.2. Competencia	72
3.8. Conclusión	74

CAPÍTULO CUARTO

LA SENTENCIA DEL JUEZ IMPARCIAL

4.1. La decisión judicial y la justicia	77
4.2. Construcción de la decisión judicial	78
4.3. Elementos del deber de imparcialidad en el acto decisorio	79
4.4. Análisis de la subjetividad del juez en la interpretación y argumentación de la sentencia	80
4.5. Alcance del control de arbitrariedad	83

	Pág.
4.6. Otras manifestaciones de subjetividad	84
4.6.1. Facultades discrecionales del juez.....	84
4.6.2. Facultad de crear normas generales: jurisprudencia	85
4.7. Idoneidad ética del juez como motor del avance del derecho	88
4.8. Conclusión.....	90
CONCLUSIÓN FINAL.....	93
BIBLIOGRAFÍA.....	97

“El juez es el derecho hecho hombre; sólo de este hombre puedo esperar en la vida práctica la tutela que en abstracto me promete la ley; sólo si este hombre sabe pronunciar a mi favor la palabra de la justicia, podré comprender que el derecho no es una sombra vana. Por eso se sitúa en la iustitia no simplemente en el ius, el verdadero fundamentum regnorum (fundamento de los reinos); porque si el juez no está despierto, la voz del derecho queda desvaída y lejana, como las inaccesibles voces de los sueños.”

Pietro CALAMANDREI, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1956, p. 12.

INTRODUCCIÓN

En sistemas republicanos como el nuestro, el Estado tiene la atribución exclusiva y esencial de administrar justicia. Siendo que el gobierno está dividido en tres poderes, esa tarea recae en el Judicial.

Ahora bien, dicha prerrogativa le fue otorgada para custodiar la observancia de los derechos y garantías reconocidos por nuestra Constitución Nacional en función de que en ella radica la soberanía del pueblo. En efecto, el expresidente de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación, Dr. Antonio Bermejo, recordó que uno de los miembros informantes de la sesión del 20 de abril de 1853 dijo: “la Constitución es el pueblo, es la Nación Argentina hecha ley”⁽¹⁾.

Podría pensarse que ello es suficiente, pero conforme a nuestra Ley Suprema, sobre todo con la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos que lo hizo expreso, este atributo del Estado debe ser ejercido en condiciones de independencia, imparcialidad y competencia (sin olvidar que tiene un procedimiento determinado). Tan así es que en los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial (2002) se afirmó:

[l]a importancia que tiene para la protección de los derechos humanos una judicatura competente independiente e imparcial, adquiere mayor énfasis por el hecho de que la aplicación de todos los demás derechos depende en último término de la correcta administración de la justicia⁽²⁾.

De allí que nos preguntemos cuál es la razón que fundamenta la necesidad de estos presupuestos, en especial el de imparcialidad, siendo que los

(1) CSJN, “Ercolano, Agustín v. Lanteri de Renslaw, Julieta”, Fallos: 136:161.

(2) ANDRUET, Armando S. (h), *Códigos de ética judicial. Discusión, realización y perspectiva*. La Ley, Buenos Aires, 2008, pp. 274/275. En el informe anual de la Comisión Interamericana de 1984/1985 se consideró: “Un Poder Judicial independiente e imparcial por jueces idóneos es la mejor garantía para la adecuada administración de justicia, en definitiva, para la defensa de los derechos humanos. Un Poder Judicial respetable por su independencia e imparcialidad es una de las piedras angulares de la democracia, de suerte que toda iniciativa para respaldar y consolidar la democracia en el sistema interamericano debería tener muy en cuenta el mejoramiento de dicho poder como elemento relevante de ese espíritu democrático” (OTEIZA, Eduardo, “El debido proceso. Evolución de la garantía y autismo procesal”, *Debido proceso*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 15).

derechos y garantías de los ciudadanos surgen de forma expresa del texto constitucional y los tratados internacionales de derechos humanos; bastaría con aplicarlos al caso concreto sin necesidad de que se le exija a quien lo va a ser efectivo que reúna ciertas condiciones como garantía.

Pienso que la respuesta está en que actualmente los magistrados cuentan con una gran cuota de discrecionalidad en el cumplimiento de sus funciones.

Para confirmar esta idea deberemos analizar la naturaleza de la función judicial en su devenir histórico. Observaremos que cambió el perfil del juez ideal: del positivista que imperó en todo el siglo XIX, pasamos paulatinamente al constitucionalista, lo que conlleva la adecuación de la visión de lo que es el derecho y cómo debe ser aplicado por la persona investida de jurisdicción.

Tomando en cuenta lo anterior, pensamos que nuestro constituyente advirtió que la conducta del magistrado (signada por su condición humana) debía ser sometida a un control más férreo que la ética para que el justiciable no tenga duda sobre la ecuanimidad con que será tratada su problemática. Podemos recordar lo que ya afirmaba Mariano Moreno en una de las columnas de la *Gazeta*:

No basta de que exista un gobierno que satisfaga a todo el pueblo, por más honor que pueda representar para la Junta o para quien sea; es menester que el pueblo no se contente “con que sus jefes obren bien, *el debe aspirar a que nunca pueda obrar mal*, que sus pasiones tengan un dique más firme que el de su propia virtud; y que delineando el camino de sus operaciones o reglas *que no esté en sus manos trastornar*, se derive la bondad del gobierno, no de las personas que lo ejercen, *sino de una Constitución firme que obligue a los sucesores a ser igualmente buenos que los primeros, sin que en ningún caso deje a éstos la libertad de hacerse malos impunemente*”⁽³⁾.

Ahora bien, la pregunta que surge de inmediato es si la exigencia de imparcialidad cumple el objetivo de generar confianza en el justiciable.

La realidad demuestra que no, aunque los estudios no indican acabadamente las razones e incluso inducen a dudas. En efecto, desde el año 2005, Fores —Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella y la Fundación Libertad— realiza un estudio tendiente a determinar el índice de confianza en la justicia (ICJ). Éste concluyó que conductualmente un alto porcentaje de la ciudadanía está dispuesta a acudir a la justicia para dirimir sus conflictos, pero que la percepción de los encuestados, en términos de imparcialidad, es negativa (nada o poco confiable) en: marzo/2005: 84%; julio/2005: 89%, noviembre/2005: 82%; marzo/2006: 80%; julio/2006: 82%; noviembre/2006:

(3) LONGUI, Luis R., *Génesis del derecho constitucional e historia constitucional argentina. Interpretación y supremacía de la Constitución Nacional*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1946, p. 232.

83%; marzo/2007: 83%; julio/2007: 87%; noviembre/2007: 83%; julio/2008: 84%; noviembre/2008: 85%; marzo/2009: 87%; agosto/2009: 83%; noviembre/2009: 88%, marzo/2010: 80%⁽⁴⁾ y marzo 2011: 76%⁽⁵⁾.

La contradicción que demuestran los datos citados fue puesta de manifiesto por Roberto Omar Berizonce al decir:

Es notorio que en las modernas sociedades de fines de este siglo mientras se constata en las encuestas de opinión la ineficiencia del sistema judicial y el desprestigio de la magistratura, paradójicamente el ciudadano común recurre cada vez más ante el Poder Judicial en la búsqueda de soluciones no sólo para sus conflictos individuales sino también como gestor de los intereses públicos generales, a conciencia de que, en muchos casos, los otros “poderes políticos”, son incapaces de brindárselas, o las transfieren directa o implícitamente a los jueces. Complejas cuestiones sobre tutela del medio ambiente y de los consumidores en general, aspectos político-institucionales relativos a la validez de actos de los restantes poderes, son buenos ejemplos de la creciente “jurisdiccionalización de las disputas”⁽⁶⁾.

Y esto nos lleva al objeto de este trabajo que es analizar la faz subjetiva de la garantía de imparcialidad del juez constitucional en el proceso civil y comercial.

Creo que si bien el aspecto subjetivo es el más importante de la garantía, es el que menos se puede controlar, lo que incide en el índice de credibilidad en el sistema. En estas condiciones, el efectivo cumplimiento del principio queda librado a la vocación y los valores que tenga el juez que entienda en el caso concreto y el único control posible es desde la ética.

La realidad demuestra que la imparcialidad es un tópico, lo que determina la vaguedad del concepto. No caben dudas de que se trata de un presupuesto para que un juez competente pueda entender en un caso concreto, pero es también una exigencia del proceso, e incide, sobre todo, en el momento de la decisión final de la causa. Y es allí donde la subjetividad del juez constitucional adquiere mayor importancia, justamente cuando está solo. Si bien es cierto que existen instancias de apelación para someter a control lo decidido, ¿es esto suficiente?

Sin proponernos responder esa pregunta ahora, hay que tener en cuenta que el principio estudiado exige que el magistrado busque la verdad y con

(4) <http://www.foresjusticia.org.ar/investigacion-detalle.asp?IdSeccion=17&IdDocumento=68&idcategoria=22> (acceso el 10/5/2011).

(5) <http://www.foresjusticia.org.ar/investigacion-detalle.asp?IdSeccion=23&IdDocumento=301&idcategoria=22> (acceso el 10/5/2011).

(6) BERIZONCE, Roberto O., “Recientes tendencias en la posición del juez”, en BERIZONCE, Roberto O. (coord.), *El juez y la magistratura (tendencias en los albores del siglo XXI)*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 57.

esa base decida el caso por aplicación del derecho y no de sus propias convicciones e ideas. Entonces, la imparcialidad garantiza, en principio, que la solución no parezca motivada por influencias extrañas al derecho (lo que determina su relación con la independencia). Sin embargo, más allá de los casos en que las decisiones carecen de suficiente motivación, ya dije que existen temas librados a la discrecionalidad judicial, así como materias en la cual los precedentes han cambiado en función de razones pragmáticas, por ejemplo, utilitarias. De allí que sea tan importante que el juez esté despierto ya que debe saber interpretar la necesidad, así como los límites, y con ese fin hacer hablar al derecho.

Creemos que esta situación es la que ha llevado a que, por un lado, se esté afectando la credibilidad de los jueces, pero, por el otro, los derechos humanos hayan tenido una gran evolución, lo que no exime de tratar de apuntalar las deficiencias para fortalecer la imagen de la justicia.

Por los aspectos señalados, este trabajo examinará la problemática teniendo en cuenta que se puede detectar el aspecto subjetivo no sólo en el accionar del juez en el proceso, sino también en la argumentación de la sentencia.

Con los fines planteados estudiaremos los siguientes puntos:

1) Principio de la imparcialidad en la función judicial. Consideraciones generales. Naturaleza jurídica de la imparcialidad. Enfoques del rol del juez en el proceso: garantista y activista. Perfil del juez constitucional. Conclusión.

2) Relación de la condición humana del juez constitucional con la garantía de imparcialidad. Incidencia de la personalidad del juez en la actividad judicial. Posturas pesimistas de que el hombre pueda ser imparcial. Relación con el perfil de juez constitucional. Aspecto humano y realización de la justicia. La idoneidad ética como fundamento de la condición de juez y su credibilidad. Las virtudes del juez imparcial y su influencia en la subjetividad. Relación con los códigos de ética. Límites creados por el derecho al aspecto subjetivo. Conclusión.

3) Garantía de imparcialidad. Concepto. Orígenes históricos. Regulación legal. Relación con el debido proceso. Exámenes de control. *Test* subjetivo. *Test* objetivo. Comparación entre ambos *test*. Relación del *test* objetivo con la independencia y competencia. Independencia. Competencia. Conclusión.

4) La sentencia imparcial. La decisión judicial y la justicia. Construcción de la decisión judicial. Elementos del deber de imparcialidad en el acto decisorio. Análisis de la subjetividad del juez en la interpretación y argumentación de la sentencia. Alcance del control de arbitrariedad. Otras manifestaciones de subjetividad. Facultades discrecionales del juez. Facultad de crear normas generales: jurisprudencia. Idoneidad ética del juez como motor del avance del derecho. Conclusión.

CAPÍTULO PRIMERO

EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD EN LA FUNCIÓN JUDICIAL

1.1. Consideraciones generales

No es fácil definir la imparcialidad porque es un término frecuentemente utilizado, incluso en diversos contextos, lo que hace que se lo considere un tópico⁽⁷⁾.

El *Diccionario* de la Real Academia Española lo entiende como: “Falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”⁽⁸⁾. Ello implica que esta característica puede ser atribuible a otros sujetos que no son jueces, lo que no determina que tenga menos valor en relación con nuestro objeto de estudio ya que en el ámbito jurídico se lo entiende, aún etimológicamente, como la exigencia de que el: “...órgano jurisdiccional no se incline, antes de dictar el fallo definitivo, hacia una de las partes, convirtiendo dicha imparcialidad en parcialidad”⁽⁹⁾.

Estos conceptos se relacionan con la idea clásica de que la imparcialidad es una condición *sine qua non* que debe reunir un sujeto para personificar al órgano por medio del cual el Estado ejerce su poder jurisdiccional para el logro de una sentencia justa. Esto hace que se lo defina como una cualidad del sujeto y no del resultado del pleito, que se presume imparcial y, por tanto, justo, si el individuo reúne tal condición. Por ello, en la iconografía clásica de la justicia, la imparcialidad está representada por una mujer que tiene los ojos vendados ya que para dirimir los conflictos pondera objetivamente las pretensiones esgrimidas, esto es, sin hacer *acceptio personae*.

(7) Josep Agiló entiende que la independencia e imparcialidad son tópicos lo que “...les confiere el carácter de ser ampliamente aceptados y recurrentemente utilizados...” (“Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, *Isonomía*, nro. 6, abril 1997 en http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06_04.pdf [acceso el 9/5/2011]).

(8) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., www.rae.es (acceso el 10/5/2011).

(9) HERNÁNDEZ ROMO, Jorge y Miguel Á., “Introducción a la teoría general del proceso”, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/2/pr/pr7.pdf> (acceso 4/5/2010).

Para esta postura, la subjetividad del juez es la única distorsión para el logro de la justicia. Se cree que si el sujeto es aséptico, el derecho objetivo dará la solución sin distorsiones y ello determinará que sea justa. Es que los ciudadanos tienen derecho a ser juzgados solamente desde el derecho.

En la época actual, Joseph Aguiló entiende el principio de imparcialidad como un generador de deberes que trata de proteger dos cosas: “Por un lado, el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el derecho y sólo desde el derecho (la legalidad de la decisión). [...] Pero, por otro lado, tratan de proteger también la credibilidad de las decisiones y de las razones jurídicas (la credibilidad de la decisión)”⁽¹⁰⁾.

En función de lo expresado, para el (correcto) ejercicio del poder en juicio se prevén reglas, algunas relativas al sujeto que debe ejercerlo, otras relativas al propio modo de hacerlo⁽¹¹⁾. La razón es que el derecho se esfuerza, incluso, en salvar las apariencias; no sólo es necesario hacer justicia, sino que se debe demostrar de manera patente e irrefutable que se lo ha hecho⁽¹²⁾.

Éste es el sistema que siguen las Naciones Unidas. La observación general 32 sobre el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Comité de Derechos Humanos, 2007, Parte III, art. 21, establece:

El requisito de imparcialidad tiene dos aspectos. En primer lugar, los jueces no deben permitir que su fallo está influenciado por sesgos o prejuicios personales, ni tener ideas preconcebidas en cuanto al asunto sometido a estudio, ni actuar de manera que indebidamente promueva los intereses de una de las partes en detrimento de los de la otra. En segundo lugar, el tribunal también debe parecer imparcial a un observador razonable. Por ejemplo, normalmente no puede ser considerado imparcial un juicio afectado por la participación de un juez que, conforme a los estatutos internos, debería haber sido recusado”⁽¹³⁾.

En relación con las reglas relativas a la persona, el principio tiene un aspecto objetivo y otro subjetivo. Explica Isabel Trujillo:

[...] el primero tiene que ver con la objetividad del juicio y considera “imparcial” a quien juzga de manera objetiva, sin prejuicios o distorsiones; el segundo tiene que ver con el equilibrio cuando se confrontan intereses opuestos, poniendo el acento sobre un sentido colateral

(10) AGUILÓ REGLA, Josep, “Imparcialidad y concepciones del derecho”, en [http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas6\(2\)_3.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas6(2)_3.pdf), 30 (acceso el 8/3/2011).

(11) “La imparcialidad que se requiere en la función jurisdiccional ‘se refiere no sólo a la decisión en sí misma, sino también al proceso mediante el cual se toma esa decisión’ (conforme Principios de Bangalore). DESPOUY, Leandro, *Independencia de la justicia. Estándares internacionales*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 28.

(12) Cfr. TRUJILLO, Isabel, *Imparcialidad*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007, pp. 315/316.

(13) DESPOUY, Leandro, *Independencia...*, cit., p. 51.

de imparcialidad: la ausencia de favoritismo o de partidismo. Ambos significados conviven pacíficamente en el uso común del término imparcialidad, sin entrar en conflicto ni provocar equívocos. En todo caso, el primero de los significados es una extensión del segundo, y éste un intensificación del primero⁽¹⁴⁾.

El juez no sólo no debe sentir animadversión por uno de los justiciables, ni afecto por otro, ni tampoco preferencia por cierta solución⁽¹⁵⁾. Ello lleva a que también debe ser independiente de sus propios gustos, sentimientos, ideología y prejuicios⁽¹⁶⁾.

El hecho de que se establezca la forma en que debe ser ejercida la función ha llevado a que la doctrina llegue a concebir a la imparcialidad como “una meta-regla excluyente: la regla de seguir las reglas”⁽¹⁷⁾.

Ello llevaría a concluir que, para que una solución sea imparcial debe tener como único móvil la aplicación de normas, en la forma establecida por las normas. En consecuencia, la aplicación de criterios extralegales lleva a soluciones ilegítimas.

Sin responder ahora el planteo, recordemos que este fin se logra, dentro del proceso, mediante dos controles: la condición subjetiva del juzgador y el cumplimiento del adagio *audiatur et altera pars*⁽¹⁸⁾.

(14) TRUJILLO, Isabel, *Imparcialidad*, cit., p. 3.

(15) Cfr. BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho procesal*, t. II, 1ª ed., Cárdenas editor y distribuidor, México, 1969, p. 409. En otras palabras: “La imparcialidad debe ser en segundo lugar de carácter *objetivo*, es decir, referida a la causa en sí objeto del proceso. En ese sentido, el juez no debe tener una opinión definitiva antes del proceso ni por supuesto debe haber adelantado su opinión sobre el fondo del asunto. De lo contrario, si es el caso y el juez no se inhibe, las partes deben contar con el recurso de recusación” (AYALA CORAO, Carlos, “La independencia de la justicia y los procesos constituyentes en la región andina”, *Estudios Constitucionales*, año 6, nro. 001, Santiago, Chile, 2008, p. 350, en <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/html/820/82060117/82060117.html> [acceso el 11/5/2011]).

(16) “...la imparcialidad significa varias cosas diferentes a la falta de interés que comúnmente se menciona en orden a definir la cotidiana labor de un juez. Por ejemplo, implica ausencia de prejuicios de todo tipo (particularmente en lo que refiere a raza, nacionalidad, color, sexo y religión); independencia de cualquier opinión y, consecuentemente, tener oídos sordos ante sugerencia persuasión de parte interesada que pueda influir en su ánimo; no identificación con alguna ideología determinada; completa ajenidad frente a la posibilidad de dádiva o soborno; y a la influencia de la amistad, del odio, de un sentimiento caritativo, de la haraganería, de los deseos de lucimiento personal, de figuración periodística, etcétera”. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Proceso y debido proceso*, Revista Año LXXIV N° 91 L.L. 12/05/2010, 3.

(17) SCHEDLER, Andreas, “Argumentos y observaciones. De críticas internas y externas de la imparcialidad judicial”, *Isonomía*, nro. 22, abril 2005, p. 71, www.cervantesvirtual.com/.../argumentos-y-observaciones--de-criticas-internas-y-externas-a-la-imparcialidad-judicial-0, p. 7 (acceso el 11/5/2011).

(18) Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner *Justicia y verdad*, La Ley, Buenos Aires, 1978, pp. 281/282.

La primera regla implica que nadie puede ser juez en causa propia (*rule against bias*). Está contemplado procesalmente en el sistema de excusación-recusación.

Werner Goldschmidt explica: “La recusación en todas sus formas asegura, en cambio, la base misma de la justicia, y sus reglas generales pueden considerarse como ‘principios generales del derecho’, más exactamente como ramificaciones del principio general de imparcialidad...”⁽¹⁹⁾. En otras palabras, las conductas contempladas como causales de recusación o excusación son reglas inspiradas en el principio de imparcialidad que les sirve de justificación, pero que no pueden quedar reducidas a ellas⁽²⁰⁾.

En este sentido, dijo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) respecto de la recusación:

[...] es un instrumento procesal destinado a proteger el derecho a ser juzgado por un órgano imparcial y no un elemento constitutivo o definitorio de dicho derecho. En otras palabras, un juez que no pueda ser recusado no necesariamente es —o actuará de forma— parcial, del mismo modo que un juez que puede ser recusado no necesariamente es —o actuará de forma— parcial⁽²¹⁾.

Si bien las causales contemplan conductas y situaciones que la experiencia enseñó que afectaban los aspectos subjetivos y objetivos del concepto de imparcialidad, pueden existir otras no contempladas que exijan al juez que se deba excusar o inhibir⁽²²⁾.

La segunda regla determina que nadie puede ser condenado sin primero ser escuchado (*right to a hearing*)⁽²³⁾. Para ello, el juez debe dar audiencia a ambas partes porque mal podría dictar una sentencia imparcial si no conoce sus pretensiones.

Werner Goldschmidt señala con acierto: “El juez que no presta audiencia sino a una sola parte, se asemeja a un ciego: sólo por pura casualidad halla la buena senda”⁽²⁴⁾. Además, sólo así se asegura el carácter vinculatorio de la sentencia en relación con las partes.

(19) GOLDSCHMIDT, Werner *Justicia...*, cit., p. 281.

(20) Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep, “Imparcialidad...”, cit., nota al pie 32.

(21) “Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) c. Venezuela”, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf, consid. 64 (acceso el 11/5/2011).

(22) En este sentido se expidió nuestra CSJN en la causa “Llerena”, tema que será tratado en el capítulo tercero.

(23) Esto hace que se afirme que “imparcialidad no significa distancia, pues debe existir contacto del juez con las partes en virtud del principio de inmediación” (ARTAVIA BARRANTES, Sergio, “Recientes tendencias en la posición del juez. Informe nacional costarricense”, en BERIZONCE, Roberto O. [coord.], *El juez y la magistratura...*, cit., p. 261).

(24) GOLDSCHMIDT, Werner *Justicia...*, cit., p. 283.

Hay quienes creen que el proceso es, en sí mismo, la mejor garantía de una solución imparcial⁽²⁵⁾.

Sin embargo, conforme al concepto dado, interesa también que el resultado sea conforme a derecho.

Si bien es cierto que la argumentación del fallo deba convencer que la racionalidad aplicada es producto de una tarea de intelección justificada con los hechos probados de la causa⁽²⁶⁾ y la aplicación del derecho, y no de una convicción personal, en este capítulo determinaremos qué se entiende, en la actualidad, por juez obediente al derecho y en qué medida incide, o no, en la credibilidad de las decisiones.

1.2. Naturaleza jurídica de la imparcialidad

Partiendo de la idea de que el derecho natural “..expresa jurídicamente las estructuras originarias y básicas de la vida humana y de la vida social, que deben ser recogidas para que no se destruya la persona humana ni la convivencia social...”⁽²⁷⁾, y que el derecho romano dio un salto civilizador al poner en manos de un tercero imparcial la solución de las disputas acerca de los derechos y deberes de los ciudadanos⁽²⁸⁾, me enrolo a la idea de que la imparcialidad es una exigencia jurídica básica que por ser tal integra el derecho natural. Encuentra su fundamento en el principio de soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno⁽²⁹⁾.

Se expresa a través de un principio jurídico fundamental⁽³⁰⁾, ya que más allá de su reconocimiento en el orden positivo, rige la convivencia social por sí misma, por la propia realidad de las cosas⁽³¹⁾.

Para permitir el control de la actividad jurisdiccional este principio exige el deber de motivar las sentencias.

(25) Cfr. GÓMEZ MARTÍNEZ, Carlos, “Los valores del juez constitucional: La imparcialidad”, en <http://www.juecesdemocracia.es/actividades/jornadas/2005/ponencias/EticadelaimparcialidadCarlosGomez.pdf>, p. 10 (acceso el 8/3/2011).

(26) Cfr. GOZAÍNI, Osvaldo A., *El debido proceso. Derecho procesal constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 259.

(27) SANTIAGO, Alfonso (h), *En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho. Consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, p. 52.

(28) Cfr. VIGO, Rodolfo L., “Prólogo” al *Código de Ética Judicial*, en <http://www.poderjudicial-sfe.gov.ar/etica/prologo.htm> (acceso el 14/4/2011).

(29) Afirmó la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “...La magistratura se desempeña en el interés general y sus garantías explícitas tienen fundamento en ‘el principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno...’” (CSJN, “Trovato, Francisco Miguel Ángel s/enjuiciamiento causa V. P 308/96”, Fallos: 320:845, consid. 7º).

(30) Cfr. SANTIAGO, Alfonso (h), *En las fronteras ...*, cit., p. 52.

(31) Cfr. SANTIAGO, Alfonso (h), *En las fronteras ...*, cit., pp. 52-53.

Se ha sostenido que aun cuando es un concepto abstracto⁽³²⁾, en realidad constituye un rasgo distintivo del proceso judicial respecto del legislativo y administrativo. En virtud de ello, para que se convierta en realidad, con la limitación propia de las cosas humanas, depende de muchas circunstancias favorables, una de ellas, la independencia del juez⁽³³⁾.

Su carácter de principio hace que, comparativamente, posea mayor fuerza que cualquier precepto legal que la contradiga⁽³⁴⁾. Jerónimo González define al principio como: “...en toda investigación de tipo filosófico, el punto de partida o base discursiva que, si es fundamental para las demás verdades estudiadas, no tiene fundamento dialéctico o no lo necesita por su propia evidencia”⁽³⁵⁾. Ricardo Luis Lorenzetti, siguiendo a Guido Alpa, lo hace diciendo: “...un enunciado normativo amplio que permite solucionar un problema y orienta un comportamiento, resuelto en un esquema abstracto a través de un procedimiento de reducción a una unidad la multiplicidad de hechos que ofrece la vida real”⁽³⁶⁾. Su función más importante es que se transforma, como lo explica Rodolfo Luis Vigo, en: “...el plus de derecho desde donde se puede explicar, ordenar y justificar a las normas”⁽³⁷⁾. Esto es, tal como lo afirma Robert Alexy, se trata de mandatos de optimización⁽³⁸⁾, ya que establecen la dirección en que debe cumplirse una conducta en la mayor medida posible.

Ahora bien, si bien es cierto que conforme a su naturaleza la imparcialidad se justifica a sí misma, fue positivizada incorporándose en forma expresa al texto constitucional. Este hecho no le hace perder su carácter de principio, pero sí que sea una pauta reglada de estudio.

Se encuentra regulado como una de las “garantías de la jurisdicción”, esto es, el reaseguro que muestran los jueces hacia las demás garantías de los ciudadanos⁽³⁹⁾. Coincido con Osvaldo Alfredo Gozaíni en que desde la perspectiva del justiciable que confía en la justicia, esta parcela del debido proceso podría denominarse como “derecho al juez”⁽⁴⁰⁾, pero en este trabajo veremos que en realidad debe ser derecho a un “buen juez”.

(32) Cfr. CAPELLETTI, Mauro, *La responsabilidad de los jueces*, Communitas, Lima, 2009, pp. 54-55.

(33) Cfr. CAPELLETTI, Mauro, *La responsabilidad de los jueces*, cit., pp. 54-55.

(34) Cfr. VIGO, Rodolfo L., “La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)”, *LA LEY*, 2006, p. 10.

(35) *Estudios de derecho hipotecario y derecho civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1948, p. 289, citado por GOLDSCHMIDT, Werner *Justicia...*, cit., p. 280.

(36) LORENZETTI, Ricardo L., *Teoría de la decisión judicial, fundamentos de derecho*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 138.

(37) VIGO, Rodolfo L., *Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. X.

(38) ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa*, 1998-5, 143.

(39) Cfr. GOZAÍNI, Osvaldo A., *El debido proceso...*, cit., p. 237.

(40) Cfr. GOZAÍNI, Osvaldo A., *El debido proceso...*, cit., p. 237.

Conforme a su naturaleza, tenemos que la multiplicidad de conductas que pueden ser englobadas en el mandato de optimización encuentran su medida, tanto en el máximo como en el mínimo, relacionándolo con el ideal de justicia (el que se conoce racionalmente a través de la idoneidad ética) y la credibilidad de la conducta (confianza que inspira en el justiciable), partiendo de asumir que la persona obligada es un ser humano. En este sentido, no debemos olvidar que la justicia en sentido estricto, al decir de Radbruch:

...no es la contenida en el derecho positivo sino aquella que es “pauta axiológica del derecho positivo [...] valor absoluto, como la verdad, el bien o la belleza; un valor que descansa, por tanto, en él mismo, y no derivado de otro superior [...] idea del derecho anterior y superior a la ley”⁽⁴¹⁾.

1.3. Enfoques del rol del juez en el proceso: garantista y activista

Para hablar de estos enfoques debemos pasar el mostrador de un juzgado y meternos en el despacho de un juez para estudiar cómo desempeña su misión. Teniendo en cuenta los sistemas de gobierno imperantes, en las ideologías liberales de *laissez faire*, el juez es un mero espectador de ese proceso (versión privatista); en las totalitarias o inquisitivas, es un dictador; en las modernas, es un director (versión publicista)”⁽⁴²⁾.

Conforme a ello, dejando de lado el sistema totalitario (por no ajustarse a nuestra forma de gobierno), se pueden distinguir dos tipos de jueces que coinciden con los dos perfiles *supra* estudiados: el garantista y el intervencionista⁽⁴³⁾. El primero actúa como tercero para no desequilibrar las posiciones en el proceso⁽⁴⁴⁾, es decir, pone el acento en los medios⁽⁴⁵⁾, y el segundo se compenetra con la realidad y el contexto⁽⁴⁶⁾, esto es, pone el acento en el fin y adopta posiciones activas en el proceso.

Los garantistas exigen que el juez sea también “imparcial”, en otras palabras, que no sea parte. La idea se enmarca en el clásico juez neutral, de algún modo pasivo, condicionado por las peticiones de las partes y del impulso que éstas hagan. Exponente de esta corriente es el Dr. Adolfo Alvarado Velloso⁽⁴⁷⁾.

(41) VIGO, Rodolfo L., “La injusticia extrema...”, cit., p. 5.

(42) CHIAPPINI, Julio, *Derechos y deberes de los jueces y abogados*, Jurídica Panamericana, Santa Fe, 2003, p. 570.

(43) Cfr. LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 158.

(44) Cfr. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El debido proceso de la garantía constitucional*, Zeus, Rosario, 2003.

(45) Cfr. LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 158.

(46) Cfr. LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 158.

(47) Afirma este autor que la imparcialidad: “indica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en posición de parte (imparcialidad) ya que no puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin

Los que postulan esta idea sostienen que la decisión imparcial nacerá del justo medio de las dos posturas parciales contendientes⁽⁴⁸⁾, dado lo cual no es necesario que se arribe a la verdad real⁽⁴⁹⁾, basta la verdad formal. Ello implica que el magistrado debe juzgar según aquello que conste documentadamente en el proceso, porque *quod non est in actis, non est in mundo*⁽⁵⁰⁾.

Conforme a esta idea, el método de discusión del proceso es definido como:

...un medio de debate diagonal y argumentativo que se realiza entre dos sujetos naturalmente desiguales situados en posiciones antagónicas respecto de un mismo bien de la vida y que se igualan jurídicamente a los fines de la discusión a merced a la actuación del director del debate, que como tal luce y debe lucir siempre tres calidades esenciales: imparcialidad, imparcialidad e independencia, todo lo cual asegura la permanente bilateralidad de la audiencia⁽⁵¹⁾.

Por el otro lado, los activistas, postura a la que adhieren prestigiosos procesalistas del país⁽⁵²⁾, le exigen al juez un papel protagónico en el proceso, que se comprometa con el resultado. Ello implica que deba dejar la postura ajena al litigio y que no pueda conformarse con ser un simple observador.

La doctrina haya dicho que “...en el marco de las tendencias actuales, se observa la configuración del litigante como colaborador y no como dueño de la *litis* y a su vez la aparición de la tan mentada figura del juez director contrapuesta a la del espectador”⁽⁵³⁾. El Dr. Rodolfo Vigo marca que uno de

subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia)” (ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Proceso y debido proceso”, LA LEY, 12/5/2010, p. 3).

(48) “...si bien el deber de imparcialidad tendrá su última expresión en la sentencia, lo cierto es que para que ésta sea justa, es menester un debido proceso dirigido con prolija actitud imparcial. De la combinación de las conductas parciales de los dos contendientes deberá nacer, en el justo medio, la decisión imparcial, como síntesis de esas dos fuerzas equivalentes y opuestas” (ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “El juez...”, cit., p.18).

(49) “...no preocupa ni interesa al juez la búsqueda denodada y a todo trance de la *verdad real* sino que, mucho más modesta, pero realistamente, procura lograr el mantenimiento de la paz social fijando hechos para adecuar a ellos una norma jurídica, tutelando así el cumplimiento del mandato de la ley” (ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Proceso y...”, cit., p. 4).

(50) Cfr. GUZMÁN, Néstor L., “Del juez distante al juez protagonista”, *Revista de Derecho Procesal*, nro. 5, *Amparo. Habeas data. Habeas corpus. II*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 498.

(51) ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Proceso y...”, cit., p. 1.

(52) PEYRANO, Jorge W., “El perfil deseable del juez civil del siglo XXI”, *Cuadernillo de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Universidad Austral, La Ley, p. 9; BERIZONCE, Roberto O., “El activismo de los jueces”, LA LEY, 1990-E, 920; CARBONE, Carlos A., “Constitucionalidad del proceso y de los procesos urgentes para combatir la neurosis procesal”, *Cuadernillo de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Universidad Austral, La Ley, p. 10.

(53) GUZMÁN, Néstor L., “Del juez distante...”, cit., p. 503.

los desafíos de la justicia del siglo XXI es pasar del juez espectador al juez protagonista⁽⁵⁴⁾.

Néstor Pedro Sagüés define este perfil de juez como “Hércules” o súper juez⁽⁵⁵⁾.

La dicotomía entre una u otra postura se plantea en el momento de la sentencia, puesto que seguramente será más objetivo cuando más extraño sea subjetivamente a lo discutido, pero será más justo (también objetivamente) cuando más se acerque a la verdad de las pretensiones esgrimidas por las partes. Ángel Ossorio afirmó: “...la verdad es que en el mundo están las cosas aunque no se encuentren en los autos; y las realidades mundanas pesan más y tienen más importancia que la *resultancia* del diligenciado”⁽⁵⁶⁾.

Debemos resolver qué respuesta es la que necesita la sociedad para volver a creer en la justicia, un proceso que defienda al más débil y trate de descubrir la verdad o uno que garantice un adecuado y proporcional ejercicio de la facultad coercitiva del Estado limitándolo.

El Código Iberoamericano de Ética Judicial define al juez imparcial (en el art. 10) diciendo:

...aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos, manteniendo a lo largo de todo el proceso una equivalente distancia con las partes y con sus abogados y evita todo tipo de comportamiento que pueda reflejar favoritismo, predisposición o prejuicio⁽⁵⁷⁾.

Este concepto amalgama la búsqueda de la verdad con la equivalente distancia entre las partes, lo que induce a pensar que se enrola en una postura intermedia. Si bien es cierto que en esta definición nada dice sobre la aplicación del derecho, hay que tener en cuenta que el capítulo III del Código trata específicamente este aspecto bajo el principio de motivación.

Aplicado al proceso civil y comercial de carácter dispositivo, la búsqueda de la verdad real podría, en principio, resultar una actitud contradictoria al tipo de proceso, aspecto que genera la discusión entre los procesalistas.

Los garantistas parten de la “desconfianza” hacia el juez “protector”, y entiende que la garantía exige la total imparcialidad del juez:

(54) Cfr. VIGO, Rodolfo L., *Ética y responsabilidad judicial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 189.

(55) Cfr. SAGÜÉS, Néstor P., “‘Activismo’ versus ‘garantismo’ a propósito de la producción de pruebas y medidas precautorias de oficio en la acción de amparo ambiental”, *Cuadernillo de Derecho Procesal Constitucional*, Universidad Austral, La Ley, p. 2.

(56) OSSORIO, Ángel, *El alma de la toga*, Librería El Foro, Buenos Aires, 1997, p. 145.

(57) ANDRUET, Armando S. (h), ob. cit., p. 307.

...un juez encargado enfáticamente por la ley de asegurar la tutela de algo reclamado por alguien, o del alguien que reclama algo, con obligaciones procesales para actuar protagónicamente en dicho sentido, en esa gestión de auxilio en pro de una de las posiciones en debate, podría perder una significativa cuota de imparcialidad y volverse “parte”, o juez “*partial*”. De ahí la condena al “juez defensor” de una de las partes⁽⁵⁸⁾.

Por su parte: “el activismo insta a que el magistrado, además de aspirar siempre a desentrañar la verdad real o material, sea un activo promotor de los derechos humanos”⁽⁵⁹⁾. La jurisdicción se transforma en protectora de dichos derechos y, por tanto, responsable de que se hagan efectivos. Esto hace que el rol judicial esté obviamente muy potenciado⁽⁶⁰⁾. Esta visión exige que el juez deje de ser imparcial en función de los derechos que pretende preservar, lo que implica que por sus funciones pueda afectar la apariencia de imparcialidad desde el punto de vista objetivo.

Las dos posturas han sido objeto de críticas. Ricardo Luis Lorenzetti explica que el garantismo olvida que las partes no llegan en igualdad de condiciones al proceso y, sobre todo, que no hay neutralidad procesal; la solución debe ser justa. Sin embargo, el intervencionismo no probó, aún, ser la panacea del proceso dado que jurídicamente no es aceptable un resultado que se aparte de las reglas establecidas para conseguirlo. El avance de las facultades del juez siguiendo su propio criterio, no garantiza la justicia, sino que implica dar un enorme poder a una persona que lo puede ejercer sin ninguna información de cómo tomar las decisiones. El peligro es la posible proliferación de aventuras procesales⁽⁶¹⁾.

Raúl Tavolari Olivero realizó un informe sobre la situación Chile, país que hasta ese momento se apegaba a la letra de la ley⁽⁶²⁾ y planteó las situaciones paradigmáticas que determinaba citando el caso de las nulidades procesales. Explica:

Desde la vigencia del Código actual, que se rige hace menos de un siglo, se hunde, en sus antecedentes, discusión y elaboración en el siglo anterior, tenemos en Chile un recurso de casación en la forma, encaminado a obtener la nulidad de la sentencia y, a veces, del procedimiento que la originó, cuando en el pronunciamiento de aquélla o en el desarrollo de éste se hubiere incurrido en vicios de elevada consideración. No obstante, el texto dispone —y lo hacía siempre— que el tribunal des-

(58) SAGÜÉS, Néstor P., “‘Activismo’ versus ‘Garantismo’...”, cit., p. 4.

(59) Exposición del Dr. Sagüés en el Congreso de Derecho Constitucional comentado en La Gaceta, en http://www.lagaceta.com.ar/nota/341314/tucuman/debate_aun_si_juez_debe_buscar_justicia_o_imparcialidad.html (acceso el 11/5/2011).

(60) Cfr. SAGÜÉS, Néstor P., “‘Activismo’ versus ‘Garantismo’...”, cit., p. 2.

(61) Cfr. LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 159.

(62) Cfr. TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, “Recientes tendencias en la posición del juez. Informe nacional chileno”, en BERIZONCE, Roberto O. (coord.), *El juez y la magistratura...*, cit., p. 287.

estimaré el recurso si de los antecedentes no aparece que el recurrente no ha sufrido un perjuicio que sólo pueda repararse con la convalidación del fallo. Se trata, ni más ni menos, del viejo principio de la trascendencia que, hoy, afortunadamente ha sido incorporado al articulado del Código, además, a propósito del incidente de nulidad procesal. Pues bien, por décadas y hasta no hace más que un par de años, los tribunales han anulado actuaciones por apartamientos de las formas, sin reparar en la existencia o no del perjuicio⁽⁶³⁾.

Las encuestas públicas realizadas en el citado país revelan, en general, que los tribunales no gozan de gran respaldo. Las críticas apuntan, preferentemente, a la lentitud e ineficiencia de la gestión, básicamente la penal, antes que a cargos de corrupción⁽⁶⁴⁾. Tampoco los profesionales están satisfechos con la administración de justicia de los tribunales⁽⁶⁵⁾. Vemos así que Chile no encontró en la posición garantista a ultranza la solución a los problemas de justicia.

Oswaldo Alfredo Gozaíni afirmó que ambos sectores tienen en parte razón y una cuota excesiva de obsesión sobre reglas que no son tales⁽⁶⁶⁾. Pone de manifiesto que el diseño de los garantistas resulta justo y apropiado para el proceso penal, pero no se adapta al proceso civil, aun cuando hay doctrinarios que aseguran científicamente que existe una teoría unitaria del derecho procesal⁽⁶⁷⁾.

El Dr. Lorenzetti se inclina por una postura intermedia y no por una de las posiciones de modo exclusivo y generalizante o, lo que califica de peor, aplicar en un campo los principios del otro⁽⁶⁸⁾.

La regla general es el respeto de las reglas del proceso, y el rol del juez imparcial. Ello es ampliamente aplicable a los derechos disponibles por las partes, y es lo que dos personas racionales y razonables esperan de un juez. De este modo ajustarán su conducta a tales reglas, asumirán riesgos y establecerán posiciones procesales para luego arribar a soluciones transaccionales.

En el caso en que hay una disputa sobre derechos fundamentales, el juez no puede mantenerse al margen, sino que debe ser consciente de las insuficiencias del acceso a la justicia, e intervenir para una rápida y efectiva satisfacción...⁽⁶⁹⁾.

Augusto M. Morello habla del proceso que se viene afirmando que de aquel oculto, secreto y fraccionado, donde el juez era distante y pasivo, pasa-

(63) TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, ob. cit., p. 287.

(64) Cfr. TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, ob. cit., p. 287.

(65) Cfr. TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, ob. cit., p. 287.

(66) Cfr. GOZAÍNI, Oswaldo A., *El debido proceso...*, cit., p. 33.

(67) Cfr. GOZAÍNI, Oswaldo A., *El debido proceso...*, cit., p. 33.

(68) Cfr. LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., pp. 159/160.

(69) LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., pp. 159/160.

remos a otro donde el juez es activo, de un rol protagónico y que acompaña su función con una serie de principios. Se convertirá en pieza fundamental de una nueva cultura de litigación que acarreará un cambio copernicano en la mentalidad de los que hacen justicia porque se centrará en que los esfuerzos compartidos apunten a la colaboración, el diálogo, la eficacia, la utilidad, a resultados valiosos y a que el ritual se comprenda por el hombre común⁽⁷⁰⁾. Sin embargo adopta una posición intermedia ya que cuando habla del juez en prospectiva con la realidad, sostiene que el magistrado debe asumir una actitud mixta, un conservadorismo activo o una autolimitación transformadora⁽⁷¹⁾.

Creo que no es concebible que un juez que tiene que defender la Constitución y “afianzar la justicia” deje su misión en manos de las partes, pero tampoco puede significar que se desconozcan las garantías del proceso⁽⁷²⁾.

Cualquiera que sea el enfoque, lo real y cierto es que la actividad judicial nunca es inocua, siempre beneficiará a alguna de las partes, y en ese sentido, la subjetividad del magistrado tiene mucha importancia, dado que aun el garantista deberá inclinarse por una de las posturas planteadas al momento de decidir. El acto de juzgamiento implica entender la posición de las partes, pero muchas veces, cuando el grado de complejidad de la situación planteada así lo exige, ponerse en el lugar de las partes para comprenderlo. No es posible objetivar la situación de modo tal que se trascienda la dimensión humana que es la base de la situación.

Con acierto ha dicho la doctrina que el automatismo, la mecanización, son posiciones casi imposibles. El juez no puede separar los hechos de la persona cuya problemática analiza⁽⁷³⁾, menos aún cuando el texto legal no reconozca los derechos inherentes a su condición humana.

1.4. Perfil del juez constitucional

Establecido el rol del juez en el proceso, analizaré el perfil de juez al que se corresponde.

(70) Cfr. MORELLO, Augusto M., “Del proceso que se va, al que viene”, en *Acceso al derecho procesal civil*, t. II, 1ª ed., Librería Editora Platense, La Plata, 2007, p. 1539.

(71) Cfr. MORELLO, Augusto M., *La justicia, de frente a la realidad*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 99.

(72) “Aunque es indudable que el proceso constituye una lucha entre partes, no ha de perderse de vista que en definitiva persigue la aplicación del derecho, su actuación al caso concreto; en tal sentido se admitirá que esa lucha tiene que ser leal y guiada por la verdad, tanto en cuanto al fondo o al derecho pretendido como a la forma de llevarlo adelante” (MORELLO, Augusto M. - SOSA, Gualberto L. - BERIZONCE, Roberto O., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 657).

(73) Cfr. CIPRIANO, Néstor A., *El sentido de justicia y la vida*, Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 18.

Siguiendo las enseñanzas del Dr. Rodolfo Luis Vigo, distinguiremos dos perfiles que se relacionan con dos conceptos de derecho y de Estado: el Estado de derecho legal y el del Estado de derecho constitucional⁽⁷⁴⁾.

Partiendo sólo de la faceta “clásica”⁽⁷⁵⁾, nos centraremos en el concepto de derecho y el perfil de juez correspondiente, ya que profundizar en todas las diferencias⁽⁷⁶⁾ entre estos paradigmas excedería el marco de estudio de este trabajo.

En el Estado de derecho legal se entiende por derecho a: “lo contenido en la ley, más específicamente en los Códigos”⁽⁷⁷⁾. Para esta idea de derecho, los Códigos no pueden ser cuestionados porque la voluntad general canalizada por el Poder Legislativo es infalible (Rousseau) y absolutamente previsor⁽⁷⁸⁾. Ello implica que no existan lagunas en el derecho, razón por la cual todos los casos pueden ser resueltos a través de sus previsiones.

La importancia de la Constitución quedaba a reducida a ser: “...un programa político dirigido al legislador, que era quien tenía la responsabilidad de traducirlo en derecho según su soberano criterio de oportunidad y conveniencia; de ahí que lo importante de aquélla era su parte orgánica y no la dogmática de los preámbulos”⁽⁷⁹⁾.

La función del juez es ser boca de la ley. Su única tarea es desentrañar el único sentido posible de la norma y aplicarla dogmáticamente por medio de un silogismo deductivo al caso concreto. El incumplimiento de este mandato lo hace incurrir en el delito de prevaricato⁽⁸⁰⁾.

Los jueces no pueden interpretar la norma, ni armonizarlos con el contexto de aplicación. Se busca evitar que la discrecionalidad judicial se torne irrazonable o arbitraria⁽⁸¹⁾.

Pesa sobre los magistrados la prohibición de crear derecho y de negarse a fallar⁽⁸²⁾. Esto explica que “...el *iura novit curia* no fue más que una libertad de elección en la ley aplicable y pocas veces una apertura a cambiar los esquemas predispuestos”⁽⁸³⁾.

(74) Cfr. Rodolfo L. VIGO siguiendo a Luigi Ferrajoli en el “Prólogo” de SANTIAGO, Alfonso (h), *En las fronteras ...*, cit., p. 9.

(75) Ninguna de estas posturas es monocorde. Cfr. RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, *Teoría del derecho*, Ábaco, Buenos Aires, 2008, p. 88.

(76) Para profundizar el tema ver VIGO, Rodolfo L. “Prólogo”, en SANTIAGO, Alfonso (h), *En las fronteras ...*, cit.

(77) VIGO, Rodolfo L., “Prólogo”, cit., p. 10.

(78) Cfr. VIGO, Rodolfo L., “Prólogo”, cit., p. 10.

(79) Cfr. VIGO, Rodolfo L., “Prólogo”, cit., p. 10.

(80) Cfr. VIGO, Rodolfo L., “Prólogo”, cit., p. 10.

(81) Cfr. GOZAÍNI, Osvaldo A., *El debido proceso...*, cit., p. 23.

(82) Cfr. RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, ob. cit., p. 89.

(83) GOZAÍNI, Osvaldo A., *El debido proceso...*, cit., p. 32.

En este sentido, Osvaldo Alfredo Gozaíni recuerda que los sistemas continentales exacerbaban la importancia de los tribunales de Alzada para unificar y purificar la jurisprudencia⁽⁸⁴⁾.

Esta postura se relaciona con un sistema de desconfianza⁽⁸⁵⁾ en los jueces y determinó que el Poder Judicial fuera concebido como una administración de justicia.

En este marco, la noción de debido proceso reforzó dicha desconfianza. Los códigos limitaron absolutamente el rol del juez en el proceso. La función del juicio se redujo a ser el instrumento para que el magistrado pueda conocer las pretensiones de las partes.

Cabe aclarar que en el sistema europeo, del cual tomó nuestro país la codificación, la tarea de interpretación y armonización de la ley estaba en manos de los tribunales constitucionales. Esta característica no se adapta a nuestro sistema ya que aquí se siguió la idea norteamericana que concibe al Judicial como uno de los poderes del Estado.

Corolario de esta postura, el juez justo es aquel que aplica la ley porque esta última era la "...voluntad divina del pueblo, y por tanto, indiscutible, inmodificable y perenne..."⁽⁸⁶⁾. En este sentido, Radbruch (antes de la caída del nazismo y el proceso de Nüremberg), comentado por el Dr. Rodolfo Luis Vigo, decía que el deber profesional del juez es: "...preguntarse por lo que es jurídico, pero nunca si es también justo... todo juez atenido a la ley es, por eso y sólo por eso, también al mismo tiempo un juez justo"⁽⁸⁷⁾. Ése es el juez imparcial que promueve esta postura.

En relación con el concepto de persona, el reconocimiento de sus derechos y de deberes va a depender de aquello que diga el ordenamientos jurídico de las naciones, "...entre otras cosas porque sólo es posible un conocimiento 'científico' (en el sentido de fáctico o 'físico') del derecho, punto de partida insoslayable para determinar, sobre tales bases, qué sea lo justo o lo ético"⁽⁸⁸⁾.

Esto determinó que se diga que esta concepción no resguarda adecuadamente la condición personal del hombre, puesto que son sus atributos de

(84) Cfr. GOZAÍNI, Osvaldo A., *El debido proceso...*, cit., p. 32.

(85) Cfr. GOZAÍNI, Osvaldo A., *El debido proceso...*, cit., p. 23.

(86) GOZAÍNI, Osvaldo A., *El debido proceso...*, cit., p. 14.

(87) VIGO, Rodolfo L., "La injusticia extrema...", cit., p. 9. Luego de Nüremberg este autor renovó el concepto de derecho. Comenta el Dr. Vigo: "Frente a la polémica entre iuspositivismo e iusnaturalismo, crítica no sólo las insuficiencias de aquella corriente para explicarnos el derecho válido, sino también las proyecciones anestésicas en la comunidad de los juristas; por eso opta por el derecho natural en tanto derecho suprallegal y más allá de dónde se lo fundamenta..." (VIGO, Rodolfo L., "La injusticia extrema...", cit., p. 13).

(88) RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, ob. cit., p. 90.

persona y no lo expresado en la ley, la razón o fundamento de los derechos inherentes que los Estados “reconocen” a la persona (puesto que nos los crean)⁽⁸⁹⁾.

En el Estado de derecho constitucional, el “derecho no está sólo en la ley, sino en la Constitución y en los tratados que reconocen derechos humanos”⁽⁹⁰⁾. “Las fuentes del derecho están ‘desbordadas’ (Pérez Luño) y carecen de una nómina exhaustiva...”⁽⁹¹⁾, “La voluntad general legislativa debe ser controlada y es posible que los jueces la invaliden por razones jurídicas formales y sustanciales”⁽⁹²⁾. La razón es que “la Constitución es la norma jurídica más alta (*higher law*), con un fuerte contenido moral, que impregna a todo el derecho vigente y obliga a los jueces a velar para que no sea vulnerada formal o sustancialmente”⁽⁹³⁾. Ello conlleva a que el juez debe: “...procurar la justicia o la equidad por medio del derecho asumiendo las particularidades del caso y valorando las consecuencias de sus decisiones”⁽⁹⁴⁾, en tanto “el esfuerzo del jurista se canaliza a través de los argumentos o razones con las que respaldan sus reclamos, propuestas o decisiones”⁽⁹⁵⁾.

La justicia del caso no estará en la ley, sino en que aplique el derecho. Ello exige la reformulación de la idea de debido proceso y que en ese marco se valore: “la autoridad del juez en el proceso, la búsqueda de la justicia a través de la verdad, la entronización del principio de igualdad, la colaboración en la prueba, etc.”⁽⁹⁶⁾. Incluso, el poder controlar la constitucionalidad de las leyes⁽⁹⁷⁾.

En consecuencia, el proceso se transforma en un instrumento para la realización de la justicia, fin que exige que se deba confiar en el magistrado para alcanzarlo. Así cobra relevancia la subjetividad del juez.

Esta idea de debido proceso llevó a la incorporación de la garantía de la imparcialidad en los tratados de derechos humanos. Es que el proceso legal se pasó a estimar como un proceso constitucional: “...con el agregado de principios y presupuestos que conciliaban en el argumento de que sin garantías procesales efectivas y certeras, no había posibilidad alguna para desarrollar los derechos fundamentales”⁽⁹⁸⁾.

(89) Cfr. RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, ob. cit., p. 65.

(90) VIGO, Rodolfo L., “Prólogo”, cit., p. 13.

(91) VIGO, Rodolfo L., “Prólogo”, cit., p. 13.

(92) VIGO, Rodolfo L., “Prólogo”, cit., p. 13.

(93) VIGO, Rodolfo L., “Prólogo”, cit., p. 14.

(94) VIGO, Rodolfo L., “Prólogo”, cit., p. 13.

(95) VIGO, Rodolfo L., “Prólogo”, cit., p. 13.

(96) GOZAÍNI, Osvaldo A., *El debido proceso...*, cit., p. 33.

(97) Explica Osvaldo Alfredo Gozaíni: “En América priva la doctrina de *confianza en los jueces* con todo lo que ello implica y trasciende al sentido de poder controlar la constitucionalidad de las leyes” (GOZAÍNI, Osvaldo A., *El debido proceso...*, cit., p. 24).

(98) GOZAÍNI, Osvaldo A., *El debido proceso...*, cit., p. 25.

Es así que reaparece la importancia de la tarea del juez de primera instancia porque es el que tiene contacto directo con el tema planteado. Como bien lo explica Osvaldo Gozaíni, los tribunales constitucionales hacen una interpretación casi filosófica de las normas y piensan más en el bienestar general que en la solución pacífica del conflicto, en cambio el juez del control difuso debe resolver la cuestión propuesta y deducir las implicancias de la ley en los problemas en ciernes, la sentencia no trasciende⁽⁹⁹⁾.

La realidad judicial actual demuestra que la mayoría de los jueces y doctrinarios se inclinan por esta postura, aun cuando no sean conscientes del paradigma en que se enrolan. En este sentido, Julio César Cueto Rúa, cuando habla de las razones que usan los jueces para fundar sus sentencias, critica que las justificaciones de justicia generalmente no se las exprese en las sentencias⁽¹⁰⁰⁾. Sin embargo, concluye el capítulo afirmando que la ciencia del derecho argentino ha comenzado a moverse para adoptar una promisoría posición de avanzada en la cultura jurídica de nuestro tiempo⁽¹⁰¹⁾, ya que entiende que se avizora preocupación por una teoría de la experiencia judicial en la que se tiene en cuenta la justicia y los valores jurídicos.

Para aclarar las ideas expuestas y demostrar la diferencia en las posturas, recordaremos una “parábola” que es contada por el español Alejandro Nieto y que fue memorada por Kemelmajer de Carlucci⁽¹⁰²⁾:

En los primeros días del año I de nuestra era acudió al juez de Belén el propietario de un establo denunciando que éste había sido ocupado por una pareja de forasteros llamados José y María, quienes se habían instalado sin pagar renta y, al parecer, sin intención de abandonarlo con el pretexto de que se les había nacido un niño y no estaban en condiciones de reanudar el viaje; en consecuencia, el propietario solicitaba una decisión de desahucio y lanzamiento de los intrusos.

La situación era clara y el juez se disponía a pronunciar sentencia acogiendo la demanda con el apoyo de textos legales contundentes, cuando fue detenido por los ruegos de su esposa, también parturienta y de la misma tribu de los viajeros. Era explicable que el juez se identificase, a través de su esposa, con la situación de los intrusos, aunque tampoco resultaba sencillo dejar de aplicar una ley tan inequívoca, más aún tratándose de un vecino pudiente con que siempre se había relacionado bien sin olvidar el malestar que inevitablemente habría de provocarse entre las clases propietarias de Belén que terminarían acusándole de falta de celo y con el riesgo consecuente de no volver a elegirle.

(99) Cfr. GOZAÍN, Osvaldo A., *El debido proceso...*, cit., pp. 30/31.

(100) Cfr. CUETO RÚA, Julio César, *Una visión realista del derecho, los jueces y los abogados*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 153.

(101) Cfr. CUETO RÚA, Julio César, ob. cit., p. 154.

(102) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Ética de los jueces. Análisis pragmático*. Serie Ética Judicial 10, Editorial Color, México, 2006, p. 46.

El caso se complicó más al poco tiempo con la aparición de los Reyes Magos que también intercedieron a favor de los ocupantes y hasta puede que hicieran un espléndido regalo al juez para mover su tolerancia. Decididamente el asunto parecía perdido para el propietario; máxime cuando el magistrado no tenía problema alguno de conciencia, puesto que, independientemente de su obsequio y de la influencia conyugal, entendía que se decisión *era justa*, pues sería cruel ponerles en la calle en lo más crudo del invierno y podía justificarla razonando que los demandados no producían perjuicio alguno al actor. Pero sucedió que, en vísperas de pronunciar sentencia, llegó a sus oídos la noticia de la política anti-infantil de Herodes, que se extendía, no sólo a los niños, sino también a quienes los protegían. Vemos, entonces, a un juez en apuros porque si absolvía, se enemistaba con los propietarios de Belén (entre los que él mismo se encontraba) y, lo que es más grave, corría el riesgo de perder la carrera y hasta la vida por la cólera de Herodes; pero si ordenaba el desahucio padecerían sus sentimientos humanitarios, sería regañado por su mujer y tendría que devolver el regalo de los príncipes orientales. Planteadas así las cosas, ojeó entonces afanoso sus libros, que no le sacaron de dudas porque en ellos se deducía que la ley podía ser interpretada de diversas maneras y que había precedentes para todos los gustos.

En estas circunstancias concretas, nadie puede predecir lo que va a decidir nuestro atribulado juez. No sabemos si se dejará llevar por las presiones de su esposa o por las ventajas resultantes de su cálculo estratégico respecto de Herodes y de sus vecinos. Lo único que sabemos es que una vez decidido el pronunciamiento —que es rigurosamente personal y bajo su exclusiva responsabilidad— a la hora de redactar la sentencia silenciará rigurosamente las causas reales que han estado interfiriendo y, en su lugar, fundará el resultado —cualquiera que sea— con algún precedente que seguro ha de encontrar en la jurisprudencia del Tribunal de Jerusalén⁽¹⁰³⁾.

El juez típico del Estado de derecho legal aplica la ley contundente sin cuestionarse sobre la justicia de la norma, el juez constitucional, por el contrario, la analiza y determina qué es lo justo en el caso concreto. En estos términos, cualquiera de las dos soluciones estaría, en principio, justificada, sobre todo porque encontraría su motivación en la ley o algún precedente jurisprudencial, pero es en la subjetividad del juez donde radica la posibilidad de que tome una u otra postura y allí aparece el elemento imponderable: el sentimiento humanitario que anida en el fuero interno del magistrado y lo hace inclinarse por una u otra decisión, aun a riesgo de su propia carrera, incluso sus relaciones personales. Nótese que ese sentido humanitario implicaría reconocer los derechos inherentes al niño recién nacido anteriores a la ley y que no fueron reconocidos.

(103) NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 405.

Los costos serían la afectación de los beneficiados con la norma, los propietarios y lo establecido por Herodes. Lo preocupante es que se puede afectar la apariencia de imparcialidad, teniendo en cuenta que concomitantemente a los hechos surge la influencia de su mujer, como los regalos recibidos de los Reyes Magos.

Ahora bien, la pregunta es: ¿resultaría reprochable que el juez no se dejara llevar por esos sentimientos humanitarios? En este caso, la solución, ¿seguiría siendo justa? Sobre todo si tenemos en cuenta que se va a dejar indefenso a un niño y a merced de la persecución de Herodes.

Es necesario tener en cuenta que la postura positivista parte de la idea de que la ley es inmutable, de naturaleza divina, pero esto, ¿realmente es así? La realidad actual demuestra que muchas veces se legisla para resolver alguna situación concreta, cuando no producto de alguna presión externa (*lobbies*, etc.). Ricardo Luis Lorenzetti habla del desprestigio de la ley como fuente principal de creación del derecho por varias razones: 1) La creación “*snob*”, esto es, la “hiperespecialización” que tiene como consecuencia una “sobrecomunicación”, 2) “*lex mercatoria*” y “burocracia” internacional, es decir, leyes que surgen de costumbres y funcionarios de organismos internacionales, 3) el problema de los destinatarios y los “tecnolenguajes”, 4) los efectos derogatorios de la ley especial y 5) el Código como norma residual⁽¹⁰⁴⁾.

Por todo lo dicho, cuando hablamos de juez obediente al derecho (sentido que le daremos a la definición de Joseph Aguiló), analizaremos la corrección de la decisión no en relación con la aplicación de la ley escrita, sino cuando se conforme con las reglas, criterios, principios, valores (sobre todo la justicia) y reglas morales.

El juez Cançado Trindade se expidió en este sentido:

Siendo una sentencia judicial (*sententia*, derivada etimológicamente de “sentimiento”) algo más que una operación lógica enmarcada en parámetros jurídicos definidos, me veo en el deber de explicar la razón de mis inquietudes con la solución jurídica consignada en la presente sentencia de la Corte. Dicha sentencia, a pesar de los considerables esfuerzos de la Corte exigidos por las circunstancias del caso, aunque esté conforme al *derecho stricto sensu*, a mi juicio deja de consagrar la unidad propia de toda solución jurídica y de atender plenamente al imperativo de la realización de la *justicia* bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁽¹⁰⁵⁾.

(104) Cfr. LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., pp. 51-54.

(105) Caso “Blake c. Guatemala” (sentencia del 24/1/1998) Serie C (Resoluciones y sentencias), 36, del voto razonado del juez Cançado Trindade, en [http://luismezquita.com/Minugua%20\(E\)/Docs%20AGeneral/Derechos%20Humanos/CDROM/Jurisprudencia/OEA/Juris%20Cont%20Provisional/Blake/Blake%20Fondo%20\(24-1-98\).htm](http://luismezquita.com/Minugua%20(E)/Docs%20AGeneral/Derechos%20Humanos/CDROM/Jurisprudencia/OEA/Juris%20Cont%20Provisional/Blake/Blake%20Fondo%20(24-1-98).htm) (acceso el 10/5/2011).

1.5. Conclusión

Clásicamente se relaciona el concepto de imparcialidad con una cualidad del sujeto y una determinada forma de actuar en el proceso, pero no como una exigencia del resultado, ya que si se cumplían los dos primeros requisitos, este último adquiriría igual condición. Esta idea no ha perdido actualidad, pero se pone énfasis en la decisión y a partir del principio se exige que sea legal y creíble. Ello determina la importancia de la imparcialidad no sólo durante el proceso, sino también en el momento del acto de decisión del juez, justamente el de mayor soledad. La calidad de respuesta es un elemento clave para que no se vea afectada la imagen del Poder Judicial y se logre el fin de llevar paz a la sociedad.

Siendo la imparcialidad un principio, la multiplicidad de conductas que pueden ser englobadas en el mandato de optimización encuentran su medida, tanto en el máximo como en el mínimo, relacionándolo con el ideal de justicia (el que se conoce racionalmente a través de la idoneidad ética) y la credibilidad de la conducta (confianza que inspira en el justiciable), partiendo de asumir que la persona obligada es un ser humano.

Se estudió el rol del juez en el proceso diferenciando la postura garantista del activista. Concluí que no es concebible que un juez que tiene que defender la Constitución y “afianzar la justicia” deje su misión en manos de las partes, pero tampoco puede desconocer las garantías del proceso. De todos modos, se llegó a la idea de que cualquiera que sea el enfoque, lo cierto es que la actividad judicial nunca es inocua, siempre beneficiará a alguna de las partes, y, en ese sentido, la subjetividad del magistrado tiene mucha importancia, dado que aun el garantista deberá inclinarse por una de las posturas planteadas al momento de decidir.

Si bien se partió de la idea de que el juez debe aplicar el derecho, analizamos qué se entiende por juez obediente al derecho. Para esclarecer el punto se analizó el perfil del juez del Estado de derecho y del juez constitucional. Del examen se concluyó que cualquiera que sea la postura, las soluciones se pueden justificar. Esto hace que la solución pueda ser, en principio, legal. La verdadera diferencia está en la subjetividad del segundo, en el sentimiento humanitario que anida en su interior y que se racionaliza a partir de la ética. Es la llama que cuando deba decidir, hará que se incline por la solución que logre la justicia en el caso concreto, aun cuando signifique apartarse de la letra fría de la ley.

Se afirmó que la realidad judicial actual demuestra que la mayoría de los jueces y doctrinarios se inclinan por la postura del juez constitucional, aun cuando no sean conscientes del paradigma en que se enrolan.

Determiné que cuando hablamos de derecho, nos referimos a la corrección de la decisión cuando se conforme con las reglas, criterios, principios, valores (sobre todo la justicia) y reglas morales.

En suma, si bien es cierto que el concepto de imparcialidad enfatiza en los elementos objetivos, en su aplicación, el elemento subjetivo adquiere una gran importancia porque es el que puede llevar a buen puerto el ideal de justicia en el marco del juez constitucional relacionado con el procedimiento civil y comercial.

CAPÍTULO SEGUNDO

RELACIÓN DE LA CONDICIÓN HUMANA DEL JUEZ CONSTITUCIONAL CON LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD

2.1. Incidencia de la personalidad del juez en la actividad judicial

No cabe duda de que en el caso judicial confluyen tres humanidades: la humanidad de las partes, la humanidad del juez y la humanidad del abogado⁽¹⁰⁶⁾. Si bien la primera se manifiesta con la plenitud de sus vivencias, de su carácter de persona, las otras dos aúnan esta característica con el conocimiento técnico de la ciencia jurídica, en grado mayor, para resolver el caso⁽¹⁰⁷⁾.

De los tres sujetos, sólo el juez no puede manifestar un interés subjetivo en el proceso. El motivo es que se presume que quien accedió al cargo de magistrado mediante las correspondientes pruebas públicas, se transforma en forma inmediata en un tercero imparcial. Se cree que si el juez no es imparcial, no es juez porque no puede ejercer su función⁽¹⁰⁸⁾.

Más aún, se le exige el cumplimiento de un ritual solemne y que guarde silencio para lograr la credibilidad en la justicia.

Sin perjuicio de ello, no podemos desconocer que la persona elegida para cumplir la función jurisdiccional no es otra cosa que un ser humano que creció en un medio determinado y recibió, a lo largo de toda su vida, una formación no sólo intelectual, sino también cultural. Estudios sobre el tema afirmaron:

Hay en cada uno de nosotros un impulso o tendencia —la llamaremos o no filosofía— que da coherencia y dirección al pensamiento y la acción. El juez, como cualquier otro mortal, no puede escapar de esta tendencia. Durante toda su vida ha sido acosado por fuerzas que no reconoce ni puede definir, instintos heredados, creencias tradicionales, convicciones adquiridas y el resultado es una visión de la vida, una

(106) Cfr. CIPRIANO, Néstor A., ob. cit., p. 8.

(107) Cfr. CIPRIANO, Néstor A., ob. cit., p. 8.

(108) Cfr. GÓMEZ MARTÍNEZ, Carlos, “Los valores del juez...”, cit., p. 14.

concepción de las necesidades sociales, en suma, un sentido de lo que James llama “el empuje y la presión total del cosmos”, que, cuando las razones están correctamente equilibradas, debe determinar donde ha de recaer la elección. En ese panorama mental todo problema encuentra su ubicación. Podemos tratar de ver las cosas tan objetivamente como nos plazca. Sin embargo nunca las podemos ver con otros ojos que los nuestros⁽¹⁰⁹⁾.

En consecuencia, no puede sostenerse que se trata de individuos incontaminados, que viven fuera de la realidad social⁽¹¹⁰⁾ o que asumen su rol de manera extrapersonal⁽¹¹¹⁾, esto es, en forma totalmente aislada de su vida personal. Por el contrario, creo que no está libre de preconceptos⁽¹¹²⁾. Ello determina que cuando abordan el conflicto judicial se puede originar, conforme a la psicología, cuestiones de transferencia y contratransferencia que no se puede evitar⁽¹¹³⁾, tema que planteamos, pero cuyo análisis profundo escapa a nuestro objeto de estudio.

Conforme a lo dicho, debemos asumir (en principio) que su personalidad, experiencia, gustos, formación profesional, vida social, sentimientos, son improntas que inciden y afectan las variables de elección de las posibles soluciones de un caso.

Advertir esta realidad no es un signo propio de la modernidad. Pietro Calamandrei aconsejaba a los abogados:

Con tu romántica fe en la justicia, pierdes a los clientes. Fervor, argumentaciones elegantes, frases genéricas hermosas, conmovedoras o chistosas, y, de vez en cuando, un himno a la honestidad. Precisión,

(109) CARDOZO, Benjamín N., *La naturaleza de la función judicial*, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1955, pp. 3/4.

(110) “Negar esa realidad y pretenderlo aséptico, incontaminados, es —cuando menos— un desacierto y, en el peor de los casos, una tentativa de ocultar los condicionamientos sociales, económicos y culturales existentes en todo ser humano y, por añadidura, en todo estamento profesional” (NIÑO, Luis F., “Juez, institución e ideología”, en MESSUTI, Ana - SAMPEDRO ARRUBLA, Julio A. [comps.], *La administración de justicia. En los albores del tercer milenio*, Universidad, Buenos Aires, 2001, p. 224).

(111) Cfr. SUPERTI, Héctor C., “La garantía constitucional del juez imparcial en materia penal”, en ALVARADO VELLOSO, Adolfo - ZORZOLI, Oscar A. (dirs.) - CALVINHO, Gustavo - CIANCIA, Olga E. (subdirs.), *El debido proceso. Derecho procesal contemporáneo*, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 329.

(112) “...el juez —hombre o mujer— es un animal político en el sentido aristotélico del término, un individuo con ideas propias o tomadas a préstamo; con un saber teórico, que —como vimos— está obligado a renovar incesantemente, y con un bagaje técnico, una intuición y unos sentimientos personalísimos. No está libre de atavismos ni de preconceptos, aunque lo deseable y exigible sea que pueda reconocerlos y neutralizarlos en su labor. Mas, indudablemente, le alcanzan y lo invaden conocimientos y vivencias propios del entorno social y del momento histórico en que le toca vivir” (NIÑO, Luis F., ob. cit., p. 224).

(113) Cfr. SUPERTI, Héctor C., ob. cit., p. 330.

doctrina, elocuencia, literatura, moralidad. *Verba generalia*: todo termina ahí. Pero tu adversario, que no tiene esas debilidades, como otro arte. En lugar de estudiar el pleito, sabe que es menester estudiar a los hombres que han de resolverlo; en lugar de buscar la solución de los códigos, que sólo contienen fórmulas abstractas, hay que buscarla en los juzgadores y analizarlos con amor uno a uno en su vida, en sus dolores, en sus esperanzas; examinarlos a contraluz, a fin de descubrir en cada uno de ellos la puerta secreta; amistades, ambiciones, enfermedades, hasta manías: la inocente tarjetita del hombre político, el recuerdo del amigo de infancia, la charla en el café, el partido de naipes, la sala de recepciones de la señora, una entrada para el teatro, a veces el consejo autorizado en un alto prelado, y así sucesivamente. El pleito entonces está ganado, sin necesidad de perderse la noche hojeando los repertorios de jurisprudencia⁽¹¹⁴⁾.

No creo que la solución esté en analizar la realidad de los juzgadores como lo propone Calamandrei, sobre todo porque se podría vulnerar su intimidad, pero sí es importante admitir la existencia del elemento subjetivo porque es el que deberá ser influido por la ética para que el cumplimiento de la función que les fue encomendada se realice de manera imparcial⁽¹¹⁵⁾.

En efecto, el ser humano forma su personalidad a lo largo de su vida. No es un animal que sólo se rige por instinto, sino que es capaz analizar racio-

(114) CALAMANDREI, Pietro, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1956, pp. 28/29. En igual sentido se dijo: "...el juez no es una categoría zoológica sino un hombre como los demás, investido de la alta potestad de juzgar a sus semejantes. Si el juez es corto de alcances, deberemos machacar en los argumentos para ver de metérselos en la cabeza. Si es discreto y agudo debemos limitarnos a las indispensables insinuaciones, pues de otro modo se enojará pensando que se le toma por un hombre de poco seso y corta ilustración, con lo cual se prevendrá contra nosotros. Si las ideas políticas del juez no son conocidas, debemos procurar que no se nos escape nada que pueda herirlas. Otro tanto hay que hacer en relación con sus hábitos y orientaciones sociales. Chocar con la idiosincrasia del juez es un peligro para el abogado... y para el pleito" (OSSORIO, Ángel, ob. cit., p. 125).

(115) Aun cuando no es materia de tratamiento, dejamos planteada otra postura tolerante con el elemento subjetivo: "Ha comenzado a emerger una concepción más moderna del rol de los jueces, que es más tolerante con los elementos de la subjetividad. Los que sostienen esta nueva versión argumentan que una completa separación o neutralización de todas las percepciones subjetivas del juez haría del proceso de dictar sentencia algo meramente mecánico e inhumano. Semejante neutralización sería, además, virtualmente imposible de obtener. El desafío reside en integrar los dos roles. El argumento a favor de la representación en la administración de la justicia se apoya en este paradigma: la integración de un mayor número de perspectivas favorece una mayor apertura y compulsa otras maneras de ver las cosas. Con esto se desmontan, a su vez, los estereotipos que, en cambio, no se verían confrontados mientras no sea cuestionada la imagen dominante de la objetividad (A. Wayne Mackay, 1995, p. 4)" (DE ZAN, Julio, *La ética, los derechos y la justicia*, Argenjús Argentina, Fores, Konrad Adenover Stiftung [Programa Estado de Derecho para Sudáfrica] Marstergal, Uruguay, 2004, p. 111).

nalmente las situaciones y actuar en consecuencia. Juez imparcial será aquel que logra el "...control sobre las pasiones o inclinaciones, un dominio sobre los sentimientos y afectos y, al mismo tiempo, la exclusión de prejuicios que podrían viciar el juicio"⁽¹¹⁶⁾.

Si bien no se puede pretender que los hombres dejen de lado su propia escala de valores, sus preferencias y creencias, lo exigible es que sean espiritualmente libres de ellas para cumplir su misión de manera imparcial⁽¹¹⁷⁾. Ello no significa que puedan innovar a su gusto y placer⁽¹¹⁸⁾. Tampoco puede imponer su moral, o hacerla prevalecer sobre el derecho.

La pasión que debe tener y mostrar el juez no debe llevar a que predomine en él lo afectivo con evidente exceso, puesto que esto puede dar a lugar a la obcecación o la unilateralidad⁽¹¹⁹⁾.

No debemos olvidar que

Quando hablamos de imparcialidad como objetividad de juicio —lo que denominaremos concepción epistemológica de la imparcialidad o "imparcialidad-objetividad"—, nos referiremos a la actitud de quien "presta la misma atención a todos los datos y razones que están en juego"; se trata de una especie de justicia en relación con todos los factores relevantes para el conocimiento. Cuando hablamos de la imparcialidad como actitud ante la confrontación de intereses opuestos (dimensión intersubjetiva porque, en general, los intereses pertenecen a distintos sujetos) y que denominaremos "imparcialidad-justicia", nos

(116) TRUJILLO, Isabel, *Imparcialidad*, cit., p. 380.

(117) "Si nadie puede pretender que, como hombres que son, abduquen de sus creencias y valoraciones subjetivas o de sus preferencias políticas o religiosas, es exigible —en cambio— que no se desempeñen inducidos por adhesiones incompatibles con la imparcialidad, la objetividad y la asepsia que son presupuestos esenciales para la autonomía de la jurisdicción institucional. Simpatías, compromisos, amiguismos, partidismos y todo lo que puede asemejarse conspiran como límites perversos a su dignidad, a su función, a su eficacia de la jurisdicción constitucional y, por qué al no decirlo, deterioran gravemente la imagen social que la jurisdicción constitucional necesita ofrecer a las gentes para la credibilidad pública" (BIDART CAMPOS, Germán, "La jurisdicción constitucional: el entorno político", *Contribuciones*, 2/94, Publicación del Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano).

(118) "El juez, ni aun cuando es libre, es completamente libre. Él no puede innovar a gusto y placer. No es un caballero errante que va de un lado a otro a voluntad, en procura de su propio ideal de belleza o bondad. Él debe sacar su inspiración de principios consagrados. No puede ceder a sentimientos espasmódicos, a una benevolencia vaga y sin reglas. Debe ejercitar una discreción informada por la tradición, metodizada por la analogía, disciplinada por un sistema y subordinada a 'la necesidad primordial del orden en la vida social'. Harto amplio es el campo de discrecionalidad que queda en toda conciencia particular" (CARDOZO, Benjamín N., ob. cit., p. 113).

(119) Cfr. COLMO, Alfredo, *La justicia (obra póstuma)*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1957, p. 145.

referiremos a una actitud de equidistancia e igual consideración de las partes⁽¹²⁰⁾.

2.2. Posturas pesimistas de que el hombre pueda ser imparcial

La existencia del citado elemento subjetivo determinó que existan posturas pesimistas acerca de la posibilidad de que el juez pueda controlar esta influencia al momento de dictar sentencia. La razón: "...está ligada a la imposibilidad de renunciar a la parcialidad propia de la condición humana..."⁽¹²¹⁾. Ya Hamilton en *El Federalista* hacía referencia a la naturaleza humana, aunque imbuido en un enfoque protestante:

Y si descontamos lo que corresponde a la perversidad natural del género humano, han de ser menos aún los que unas a los conocimientos requeridos la integridad que debe exigirse⁽¹²²⁾.

Relacionado con ello, se hizo referencia a que "la imparcialidad 'pura' si fuera posible, resultaría tan difícil y utópica como lo es la justicia absoluta"⁽¹²³⁾. Incluso Néstor P. Sagüés, prestigioso constitucionalista del país, evidenció que la imparcialidad perfecta solamente podría darse a nivel de justicia divina. Sostiene que en términos terrenales: "en la medida en que el juez se parcializa, en esa misma proporción pierde su condición de 'juez', asumiendo la de 'parte'"⁽¹²⁴⁾. Este autor postula la idea de que "...la imparcialidad de un Poder Judicial no es un regalo del cielo, sino algo que se obtiene mediante procedimientos específicos..."⁽¹²⁵⁾.

Conforme a este enfoque, si no se adopta una posición garantista, el aspecto subjetivo de la imparcialidad estaría librado a la libre elección del juez. La persona elegida deberá tener la fortaleza suficiente para defender su in-

(120) TRUJILLO, Isabel, *Imparcialidad*, cit., p. 3.

(121) TRUJILLO, Isabel, *Imparcialidad*, cit., p. 13.

(122) HAMILTON, A. - MADISON, J. - JAY, J., "Departamento judicial", *El Federalista*, LXXVIII (Hamilton), Fondo de la Cultura Económica, México, 1994, p. 335.

(123) TRUJILLO, Isabel, *Imparcialidad*, cit., p. 13

(124) SAGÜÉS, Néstor P., *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, pp. 129/130.

(125) SAGÜÉS, Néstor P., *El tercer poder...*, cit., p. 130. Este autor agrega: "Incluso, cabe preguntarse primero si la clase política de un Estado quiere o no tener una judicatura imparcial. La respuesta, en muchos lugares, por debajo de declaraciones teóricas y proclamas hipócritas, es tristemente negativa. Si resulta lealmente positiva, cabe anticipar que esa imparcialidad es más fácil de lograr en un país donde prevalecen las lealtades institucionales sobre las personales, que en otro donde pasa lo inverso (en esta última situación, el favoritismo y el amiguismo pueden tumbar cualquier iniciativa seria de imparcialidad)" (SAGÜÉS, Néstor P., *El tercer poder...*, cit., p. 130). Esta postura llevaría a que la solución de la imparcialidad se traslade a la forma de elección de los jueces, lo que escapa a nuestro objeto de estudio.

dependencia en aras de cumplir su función conforme a los principios que la rigen.

2.3. Relación con el perfil de juez constitucional

La realidad actual demuestra que se judicializan los más variados problemas y que el derecho ofrece una pluralidad de respuestas que se asignan a la elección discrecional del juez⁽¹²⁶⁾. Para el aserto de esta afirmación basta analizar la jurisprudencia contradictoria de nuestros tribunales, los cambios jurisprudenciales y la forma en que vota la mayoría y minoría.

Esto hace que la percepción natural de la actitud imparcial se encuentre cada vez más encriptada, oculta, dado lo cual se requiere un mayor esfuerzo de discernimiento, erudición y labor para descubrirla⁽¹²⁷⁾.

Desde una posición pesimista, deberíamos concluir que la garantía está confiada a la casualidad porque en ningún momento se podría asegurar que el juez tome el camino correcto, sobre todo porque el aspecto subjetivo no puede ser regulado mediante una ley.

De allí que si el juez constitucional no es ético, no puede ser un buen juez, mucho menos uno imparcial.

En efecto, el juez constitucional, si carece de ética, convierte el ejercicio de la *iurisdictio* en una posible situación impredecible, con el desgaste jurisdiccional que conlleva tener que recurrir a varias instancias para lograr un fallo se ajuste a derecho. Resalta el Dr. Rodolfo Luis Vigo: "Si el juez conoce mucho derecho pero carece de idoneidad ética, será aún más peligroso, dado que tendrá a su disposición más alternativas jurídicas"⁽¹²⁸⁾. Más aún, dicho autor sostuvo que una de las prevenciones que se debería tomar frente a los riesgos que implica el constitucionalismo y neoconstitucionalismo es fortalecer la ética profesional en la función pública como "el compromiso íntimo de los jueces para que en estos tiempos de crisis de autoridad procuren ganar la confianza ciudadana no haciendo nada de aquello que la puede perturbar o suprimir"⁽¹²⁹⁾.

Esto llevó a que el Dr. Armando D. Andruet (h) sostenga:

Se puede afirmar sin riesgo a la equivocación que quien cuente con mayor cantidad de instrumentos epistemológicos y morales para el discernimiento jurisdiccional, corre sin duda con mayores probabilidades

(126) Cfr. VIGO, Rodolfo L., *Ética y responsabilidad...*, cit., p. 106.

(127) Cfr. ANDRUET, Armando S. (h), ob. cit., p. 16.

(128) VIGO, Rodolfo L., "Por qué un código de ética judicial (temores y prevenciones)", LA LEY, 2007-B, p. 1355.

(129) VIGO, Rodolfo L., "Constitucionalización y neoconstitucionalismo; riesgos y prevenciones", en *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, p. 444.

en el acierto de la definición y en la demostración de la misma imparcialidad con que el procedimiento de definición ha sido llevado a cabo⁽¹³⁰⁾.

2.4. Aspecto humano y realización de la justicia

El problema es que las áreas personales a las que nos referimos tienen la característica de ser inmunes a la fuerza vinculante de las leyes, justamente por pertenecer al ámbito de intimidad, lo que hace que tampoco el sistema de selección de jueces las tome en cuenta en forma particularizada⁽¹³¹⁾.

Sumado a ello, la doctrina reconoce ciertos peligros a la fortaleza espiritual requerida. Uno de ellos es la soledad⁽¹³²⁾, que tiene su máxima expresión en el momento de dictar sentencia.

Chiappini reconoce tres tipos de corrupción que pueden afectar al juez: La venalidad directa (delitos contra la administración pública), la corrupción ideológica y la ignorancia (atentando contra el deber de la ciencia)⁽¹³³⁾. Enfatiza que el segundo acarrea la pérdida de imparcialidad⁽¹³⁴⁾.

Kemelmajer de Carlucci sostiene que las tentaciones del juez son: ser corrompido por las partes, el Estado o por hacerse eco de las ideas recibidas⁽¹³⁵⁾.

(130) ANDRUET, Armando S. (h), ob. cit., p. 17

(131) Distinto es el caso de la elección de los jueces en los EE.UU. En el *CRS Report for Congress 33* se expresa: "In recent decades, Senate debate on virtually every Supreme Court nomination has focused to some extent on the nominee's judicial philosophy, ideology, constitutional values, or known positions on specific legal controversies. Many highly controversial decisions of the Court in recent decades have been closely decided, by 5-4 votes, appearing to underscore a longstanding philosophical or ideological divide in the Court between its more 'liberal' and 'conservative' members. A new appointee to the Court, Senators recognize, could have a potentially decisive impact on the Court's ideological 'balance' and on whether past rulings of the Court will be upheld, modified, or overturned in the future..." (Danis Steven Rutkus Specialist in American National Government, Government And Finance Division, *Supreme Court Appointment Process: Roles of the President, Judiciary Committee, and Senate*, Order Code RL 31989, updated July 6, 2005).

(132) "El drama del juez es la soledad; porque él, que para juzgar debe estar libre de afectos humanos y colocado en un peldaño más alto que el de sus semejantes, difícilmente encuentra la dulce amistad, que exige espíritus colocados al mismo nivel, y si la ve que se le aproxima, tiene el deber de esquivarla con desconfianza, antes de tener que darse cuenta de que sólo lo movía la esperanza de sus favores o de oír que se la censuran como traición a su imparcialidad" (CALAMANDREI, Pietro, ob. cit., p. 355).

(133) Cfr. CHIAPPINI, Julio, ob. cit., p. 200.

(134) "Importa que el juez falle no en base al proceso (postulaciones, hechos, pruebas, normas aplicables) sino por adhesión a posiciones ideológicas por lo general políticas, pero a veces también moralistas o pseudoreligiosas. Se desvanece aquí, nuevamente, el principio recto, el de imparcialidad. Lo cual es curioso: para un juez resulta más facilitado ser imparcial que ser objetivo" (CHIAPPINI, Julio, ob. cit., p. 203).

(135) "Parangonando la situación del magistrado con las tres tentaciones de Jesús, un autor francés, André Damien, dice que la independencia del juez está so-

Todo lo dicho nos lleva a la relevancia de este aspecto. Ya Pietro Calamandrei expuso la situación psicológica del juez al momento de decidir de la siguiente manera:

Si la embriología pudiera extender sus estudios al campo psicológico, descubriría que el alma del juez está compuesta de la de dos abogados en embrión, apretados el uno contra el otro, cara a cara, como los dos gemelos bíblicos dispuestos a combatir ya en el claustro materno. La imparcialidad, virtud suprema del juez, es la resultante psicológica de dos parcialidades que se acometen. No se asombren los defensores si el juez, aún el más concienzudo, no parece escuchar con mucha atención sus discursos forenses; eso ocurre porque él, antes de pronunciar su sentencia, habrá de escuchar largamente la apretada disputa de los dos contradictores que se agitan en el fondo de su conciencia⁽¹³⁶⁾.

Sin embargo, conforme lo explica Francisco J. Ezquiaga Ganuzas, la institución le impone determinadas reglas de juego para garantía del justiciable, a saber:

A) *Elementos "institucionales"*: a) la decisión debe ser fundada en normas jurídicas procedentes de alguna fuente autorizada, b) estar motivada, c) no puede crear normas jurídicas, d) se presume el conocimiento de la ley por parte del juez, e) el juez no puede rechazar la aplicación de la ley, f) no está obligado por los precedentes jurisprudenciales⁽¹³⁷⁾.

B) *Elementos culturales e ideológicos*: Una concepción de "política jurídica" que le indica cómo debe llevar a cabo su labor. La contra es que cada juez tiene una ideología personal que se proyectará en su actividad, así como diferente coeficiente intelectual, actitud epistemológica y conciencia jurídica material que le dará una particular visión de lo socialmente deseable, justo, equitativo⁽¹³⁸⁾.

metida a tres tentaciones: la primera es que el juez sea corrompido por una de las partes; la segunda, el servilismo del juez respecto al poder del Estado que lo nombró o que gestiona su carrera judicial; la tercera, el servilismo a las ideas recibidas, a las ideas de su tiempo, a lo que d'Aguesseau llamaba "la prevención" (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, ob. cit., p. 48).

(136) CALAMANDREI, Pietro, ob. cit., pp. 54/55.

(137) Cfr. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco J., "Función legislativa y función judicial: La sujeción del juez a la ley", en <http://www2.scjn.gob.mx/investigaciones-jurisprudenciales/seminarios/2o-seminario-jurisprudencia/material-complementario/06esquiaga-ganuzas-funcion-legislativa-y-funcion-judicial.pdf>, pp. 27 (acceso el 11/V/2011). Sobre estos puntos volveremos en el capítulo cuarto.

(138) Cfr. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco J., "Juicios de valor en la decisión judicial", *Cuadernillo de razonamiento judicial aplicado a la correcta estructuración de la sentencia. Plano axiológico*, La Ley, pp. 58-59. Este autor agrega como tercer aspecto el elemento psicosociales haciendo referencia tanto al origen social del magistrado, como a diversos factores psicológicos, prejuicios, aspecto que es analizado en forma particular en todo este capítulo, razón por la cual no se lo agrega.

Sin perjuicio de que en el capítulo cuarto profundicemos sobre el tema, lo cierto es que ninguna de estas garantías logra neutralizar la subjetividad del juez del Estado de derecho constitucional por la discrecionalidad que le abre a su desempeño la relevancia de los derechos humanos.

Nos preguntamos, ¿dónde va a encontrar su brújula?

Sin analizar todas las teorías éticas disponibles⁽¹³⁹⁾, vemos que Ángel Ossorio, enrolado, en principio, en una posición subjetiva⁽¹⁴⁰⁾, explica que la solución de un pleito surge a partir de una sensación, la cual es reflejo de aquello que el jurista lleva en su alma y va a ser esa sensación el vehículo de la justicia⁽¹⁴¹⁾. Es que para este autor: “La Abogacía no se cimienta en la lucidez del ingenio, sino en la rectitud de la conciencia”⁽¹⁴²⁾.

Sin embargo luego afirma: “...las decisiones de un hombre prudente no se forman por generación espontánea, sino como fruto de un considerado respeto a opiniones, conveniencias y estímulos del exterior...”⁽¹⁴³⁾, lo que lleva a una posición intersubjetiva⁽¹⁴⁴⁾.

Alfredo Colmo habla del sentimiento de justicia⁽¹⁴⁵⁾ y señala:

...es vocación, que supone un adecuado sentimiento del derecho y una cabal noción sentida de la función; porque es vocación resulta amor, amor por la función misma y por la finalidad que en ella se persigue, de realizar el bien público por sobre todas las circunstancias de los prejuicios, los intereses y los afectos; porque es amor se resuelve en respeto venerando, en laboriosa dedicación y en un todo profundo culto⁽¹⁴⁶⁾.

Agrega este autor: “el sentimiento de justicia es el color y la misma poesía de la función judicial”⁽¹⁴⁷⁾.

(139) Para profundizar el tema ver VIGO, Rodolfo L., *Ética y responsabilidad...*, cit., pp. 21-26.

(140) Esta posición remite “...al individuo y a su irracionalidad como fuente de la ética, de manera que estrictamente él no conoce el bien sino que lo ‘crea’, y lo hace no cognitivamente sino desde factores emocionales o irracionales” (VIGO, Rodolfo L., *Ética y responsabilidad...*, cit., p. 22).

(141) “...El legislador, el jurisconsulto y aun el abogado, deben tener un sistema, una orientación del pensamiento; pero cuando se presenta el pleito en concreto, su inclinación hacia uno u otro lado debe ser hija de la sensación. Claro que esta sensación es un simple reflejo de todo el cuerpo doctrinal que el jurista lleva en su alma. Por donde la sensación es aquí el vehículo de la justicia...” (OSSORIO, Ángel, ob. cit., p. 39).

(142) OSSORIO, Ángel, ob. cit., p. 42.

(143) OSSORIO, Ángel, ob. cit., p. 27.

(144) “Ubicamos dentro de esta denominación a esas posturas que confían en el ámbito social o intersubjetivo como fuente raigal y total de la ética, es decir, el ‘bien’ se discierne colectivamente o junto a los otros...” (VIGO, Rodolfo L., *Ética y responsabilidad...*, cit., p. 22).

(145) COLMO, Alfredo, ob. cit., pp. 143/149.

(146) COLMO, Alfredo, ob. cit., p. 144.

(147) COLMO, Alfredo, ob. cit., p. 144.

Desde un punto de vista más objetivo⁽¹⁴⁸⁾, vemos que Benjamín Cardozo, con cita a Geny, dice que para encontrar la justicia hay que interrogar a la razón y la conciencia para descubrir en nuestra naturaleza recóndita sus bases⁽¹⁴⁹⁾.

El Dr. Rodolfo Luis Vigo adhiere al objetivismo ético y sostiene que “Hay una cierta eticidad indisponible que responde a la universal naturaleza humana, o hay ciertos bienes universales que son captados en las más elementales y primarias experiencias humanas...”⁽¹⁵⁰⁾.

Resulta innegable que en muchas ocasiones los jueces, cuando analizan los elementos de prueba de una causa para dictar sentencia, sienten en su fuero interno ese fuego que los autores denominan sentimiento de justicia. Incluso es deseable que eso pase porque, movido por ese espíritu, el juez podrá entender las complicadas situaciones humanas de otros. Pietro Calamandrei decía que la “Justicia quiere decir comprensión; pero el camino más directo para comprender a los hombres es el de acercarse a ellos con el sentimiento”⁽¹⁵¹⁾ y éste surgirá, muchas veces, de la empatía.

Ahora bien, el camino que va a tomar ese sentimiento debe ser guiado por la ética para que no se confunda con los prejuicios, intereses propios del juez, etc. Ética entendida desde un punto de vista objetivo, esto es, como la capacidad humana de poder conocer racionalmente el bien (virtudes).

En este sentido Benjamín Cardozo recuerda que hay un abismo entre el uso del sentimiento individual de justicia como sustituto del derecho, a su uso como uno de los *test* o piedras de toque en el establecimiento o la extensión del derecho⁽¹⁵²⁾.

Es por ello que entiendo que es la ética judicial la que debe guiar el sentimiento del juez. Si el juez carece de idoneidad ética difícilmente podríamos decir que realmente es un juez. Ya Aristóteles sostenía que la virtud más importante que debe tener la persona que se dedique al derecho es la justicia⁽¹⁵³⁾. En consecuencia, el hombre justo es aquel que tiende a la citada virtud. Esta idea estaba presente en la clásica definición de Ulpiano que considera esencial de la justicia el *honeste vivere*, expresión que mantiene su vigencia⁽¹⁵⁴⁾.

(148) Esta postura “...admite la posibilidad de ciertos bienes que el hombre no crea sino que puede conocer...”. Apela “...no sólo a reconocer en la razón un uso práctico ordenando o valorando conductas, sino también —para decirlo sin ambages— a un cierto fundamento metafísico o antropológico...” (VIGO, Rodolfo L., *Ética y responsabilidad...*, cit., pp. 24-25).

(149) Cfr. CARDOZO, Benjamín N., ob. cit., pp. 56/57.

(150) VIGO, Rodolfo L., *Ética y responsabilidad...*, cit., p. 25.

(151) CALAMANDREI, Pietro, ob. cit., p. 359.

(152) Cfr. CARDOZO, Benjamín N., ob. cit., p. 112.

(153) Cabe aclarar que no es el fin de este trabajo definir lo que es justicia, sino demostrar su relación con el ámbito subjetivo.

(154) Cfr. Discurso pronunciado por el Excmo. Señor Presidente del Tribunal Supremo en el solemne acto de apertura de Tribunales que, bajo la Presidencia de

Decía Pietro Calamandrei: “Para encontrar la justicia es necesario serle fiel: como todas las divinidades, se manifiesta solamente a quien cree en ella”⁽¹⁵⁵⁾.

El vivir honestamente no se refiere a la función estrictamente, sino también a su vida personal⁽¹⁵⁶⁾, razón por la cual lo ideal es que sea una virtud integral de la persona⁽¹⁵⁷⁾.

Se afirmó: “..el juez no tiene como misión maximizar el respeto general por los derechos, sino respetar él mismo los derechos sometidos a su consideración...”⁽¹⁵⁸⁾.

Con acierto dijo Armando S. Andruet (h) que una mala persona no puede evidenciar socialmente sino un juicio del mismo calibre, y por tanto, será un no-buen juez. Así como se exige coincidencia entre el “ser” y el “parecer”, la sociedad reclama que el binomio se cumpla no sólo en la vida pública, sino también en la privada con trascendencia pública. Lo iguala a lo que ocurre con el sacerdocio. En este caso, también el ámbito de reserva o privacidad propaga sus efectos de manera inevitable a lo público⁽¹⁵⁹⁾.

Si no es una virtud integral, debe transformarse en un hábito. Ello exige que el juez debe practicarla con frecuencia para que se fortalezca como regla de conducta⁽¹⁶⁰⁾. Sólo de esta manera “...podrá derivar racionalmente desde todo el derecho vigente... la solución justa para los casos jurídicos puestos bajo su competencia...”⁽¹⁶¹⁾.

Cabe destacar que la mayoría de los autores sostiene que el valor justicia, al igual que la imparcialidad, es realizable en forma relativa por los

su Majestad el Rey, tuvo lugar el 18 de septiembre de 2006, “Reflexiones sobre ética Judicial”, *Cuadernillo de Ética Judicial*, Universidad Austral, La Ley, XXVII.

(155) CALAMANDREI, Pietro, ob. cit., p. 4.

(156) Sobre el punto volveremos al tratar los códigos de ética porque no hay consenso en este aspecto.

(157) “Si se comprende la justicia como virtud integral, la concepción que de ella se tenga en la vida personal no puede ser indiferente a aquella sostenida en la vida pública” (MONZÓN, José María, “Ética y violencia en los comportamientos humanos”, en *Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 411). “Es oportuno además que en todos los actos de su vida, desde luego en los profesionales, pero probablemente también en los otros, en los personales, el juez cultive su propia libertad de criterio, renueve su lealtad a la ley y expresa constantemente hacia afuera su imparcialidad” (Discurso pronunciado por el Excmo. Señor Presidente del Tribunal Supremo..., cit.).

(158) AROCENA, Gustavo A., *Ensayo sobre la función judicial*, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2006, p. 126

(159) Cfr. ANDRUET, Armando S. (h), ob. cit., p. 21.

(160) “Si se considera la justicia como hábito, resalta aún más su influencia en las decisiones judiciales. El hábito de realizar actos justos se fortalece en la medida en que aumenta la frecuencia, pero si disminuye la frecuencia de los mismos por actos contrarios, va a ser más natural la realización de actos injustos” (MONZÓN, José María, ob. cit., p. 411).

(161) VIGO, Rodolfo L., *Ética y responsabilidad...*, cit., p. 29.

hombres, pero que “esa relatividad —que deviene inexorable de la propia *humanidad de los jueces*— no debe llegar a un límite tal que desnaturalice la función de administrar justicia: superado ese límite su actividad deja de ser jurisdiccional”⁽¹⁶²⁾.

2.5. La idoneidad ética como fundamento de la condición de juez y su credibilidad

No podemos presuponer que los jueces, por su condición humana, no son personas capaces de realizar actos inmorales.

De nada sirve preocuparnos por establecer qué significa la imparcialidad, ni cuáles son sus límites, o cómo debe interpretar el derecho en relación con el perfil del juez constitucional, si es que no se cuenta con jueces íntegros y probos⁽¹⁶³⁾. Ya demostramos la importancia que tienen la conciencia y el sentimiento de justicia para que pueda dictar fallos justos, por lo que no podemos decir que basta la capacidad técnica del juez.

El Código de Ética de la Provincia de Córdoba, principio 1.4, afirma con acierto:

El ciudadano que opte por el ejercicio de la magistratura debe asumir que, junto a las prerrogativas que la Constitución le otorga y asegura en su función, la sociedad espera de él un comportamiento ejemplar. Cuando el magistrado omita tal extremo y la magistratura sirva para sus propios o ajenos proyectos, se impone el severo examen de conciencia y reflexión sobre la misma continuidad en el Poder Judicial⁽¹⁶⁴⁾.

El Dr. Rodolfo Luis Vigo afirmó que el hombre es constitutivamente ético e inexorablemente, en forma cotidiana, pone en práctica cierta moral⁽¹⁶⁵⁾.

Julio César Cueto Rúa afirmó: “un buen juez puede hacer justicia aun con leyes inapropiadas; un mal juez puede cometer una injusticia con una ley aceptable”⁽¹⁶⁶⁾. En igual sentido el Dr. Rodolfo Luis Vigo afirmó que no se puede sostener que la tarea del magistrado es hoy objetiva y aséptica y que, por tanto, una “mala persona” puede ser “buen juez”⁽¹⁶⁷⁾.

(162) ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El juez...*, cit., p. 12.

(163) “De nada valdrían todas estas previsiones constitucionales y demás garantías, si la Corte no contara con ministros íntegros y probos, independientes y conscientes de su misión institucional, que hagan valer en cada caso las legítimas atribuciones del Poder Judicial y reafirmen su adecuada participación en el gobierno del Estado” (SANTIAGO, Alfonso, *La Corte Suprema y el control político, Función política y posibles modelos institucionales*, Ábaco, Buenos Aires, 1999, p. 123).

(164) ANDRUET, Armando S. (h), ob. cit., p. 254.

(165) Cfr. VIGO, Rodolfo L., “Ética de la magistratura judicial”, en *La función judicial*, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 59

(166) CUETO RÚA, Julio César, “Perfil del juez ideal”, LA LEY, 1999-C, p. 1208.

(167) Cfr. VIGO, Rodolfo L., “La ética en la interpretación judicial”, en CIANCIARDO, Juan (coord.), *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo. Una aproximación disciplinaria*, 1ª ed., Ábaco, Buenos Aires, 2006, p. 345.

Es por ello que resulta exigible que el juez elegido tenga idoneidad ética entendida como “el goce de cierta honorabilidad o confianza pública”⁽¹⁶⁸⁾.

Esto marca que es este aspecto el que servirá para fortalecer la fiabilidad o confianza en los jueces. Y ello es necesario ya que la función debe responder a las exigencias de justicia que la sociedad plantea y que corresponden al nivel de conciencia moral en que se encuentra⁽¹⁶⁹⁾, y cuyo análisis se le plantea a través de los hechos sometidos a su conocimiento en el caso concreto.

Por todo lo dicho no sólo en este punto, sino en los anteriores, creo que si bien es cierto que el derecho y ética no se confunden, se deben fusionar en la persona del juez. Es que no es posible lograr el ideal de justicia meramente desde el derecho, menos aún, cuando se debe operar con principios y valores morales que se encuentran constitucionalizados y una juridicidad indisponible, a la que remite la fórmula de Radbruch “la injusticia extrema no es derecho”⁽¹⁷⁰⁾, para juzgar la validez integral de las normas legales o constitucionales.

El sustento de la imparcialidad estará en la honradez, moral y ética del juez, es por ello que en realidad no se puede hablar de que un juez puede ser totalmente aséptico. Sería como otorgarle una naturaleza casi divina que no tiene. Negar la humanidad del juez implica cerrar los ojos a la realidad y quedarnos en la apariencia, sobre todo cuando se le exige que realice justicia y control de legalidad.

Creo que no se puede confiar en la justicia si no se confía en los hombres, y para ello deben tener un comportamiento ético. En lo que concierne al juez, la ética judicial “...tiene por propósito de señalarle exigencias que lo dirigirán a alcanzar esa plenitud o perfección como juez, alejándolo tanto de la ‘maldad’ judicial como de la ‘mediocridad’ judicial”⁽¹⁷¹⁾. En otras palabras, apunta a lograr que sea el “mejor” o “excelente”⁽¹⁷²⁾ juez. Ése es el llamado de la ciudadanía que no podemos desoír si queremos lograr la credibilidad en el sistema de justicia.

2.6. Virtudes del juez imparcial y su influencia en la subjetividad

El debate actual tiende a requerir que los jueces no sólo estén formados técnicamente, sino que también reúnan un mínimo de virtudes⁽¹⁷³⁾. Con

(168) VIGO, Rodolfo L., “La responsabilidad ética de los magistrados judiciales”, en *La responsabilidad judicial y sus dimensiones. Otras dimensiones*, t. II, Ábaco, Buenos Aires, p. 447.

(169) Cfr. MONZÓN, José María, ob. cit., p. 414.

(170) VIGO, Rodolfo L., “La responsabilidad ética...”, cit., p. 445.

(171) VIGO, Rodolfo L., “La responsabilidad ética...”, cit., p. 448.

(172) Cfr. VIGO, Rodolfo L., “La responsabilidad ética...”, cit., p. 448.

(173) Cfr. MONZÓN, José María, ob. cit., p. 415.

acuerdo se dijo: "...el juez por excelencia (*aretè*) es el que aúna la virtud moral con el virtuosismo técnico..."⁽¹⁷⁴⁾.

No debemos olvidar que al momento de la elección se evalúan las siguientes idoneidades, a saber: 1) físico-psicológica (incluye edad, cierto estado físico y también psicológico, 2) científico técnico (requiere conocer el derecho y contar con título habilitante, como también saber operarlo para cumplir adecuadamente la función judicial), 3) gerencial (el juez debe poder administrar un tiempo, recursos materiales, organizar el trabajo de los colaboradores, etc.) y ética (goce de cierta honorabilidad o confianza pública)⁽¹⁷⁵⁾. Al asumir el cargo el juez no sólo se obliga a cumplir adecuadamente la tarea encomendada, sino también a mantener los presupuestos que lo hicieron ser elegido.

Sócrates entendía que el buen juez debía tener cuatro cualidades: escuchar cortésmente, responder sabiamente, ponderar prudentemente y decidir imparcialmente⁽¹⁷⁶⁾.

El Dr. Rodolfo Luis Vigo señala las siguientes exigencias: 1) conciencia funcional, 2) independencia, 3) imparcialidad, 4) capacitación permanente, 5) prudencia, 6) justicia, 7) diligencia, 8) decoro, 9) honestidad, 10) secreto profesional, 11) afabilidad, 12) responsabilidad institucional, 13) fortaleza, 14) austeridad republicana⁽¹⁷⁷⁾.

Todos estos aspectos buscan convertir al juez en el mejor juez posible para esa sociedad en ese tiempo y en ese lugar⁽¹⁷⁸⁾. Es que el juez tiene una responsabilidad que está por encima de la que puede requerir el ejercicio de las funciones comunes⁽¹⁷⁹⁾.

Creo que escuchar cortésmente implica necesariamente que demuestre sensibilidad, humanidad, capacidad de comprensión y profesionalidad⁽¹⁸⁰⁾. Incluso ser afable en sus explicaciones y aclaraciones tanto a los demás miembros del Poder Judicial, como a los auxiliares de justicia y los justiciables⁽¹⁸¹⁾.

En el punto específico de la imparcialidad necesita un particular coraje para defender su independencia. No debe ser pusilánime, genuflexo, ni contar con ninguna de las aptitudes burocráticas que existen⁽¹⁸²⁾.

(174) CHIAPPINI, Julio, ob. cit., p. 570.

(175) Cfr. VIGO, Rodolfo L., "La responsabilidad ética...", cit., p. 447.

(176) Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, ob. cit., p. 38.

(177) VIGO, Rodolfo L., *Ética y responsabilidad...*, cit., pp. 35-40.

(178) Cfr. VIGO, Rodolfo L., *Ética y responsabilidad...*, cit., p. 15.

(179) Cfr. TSCórdoba, "Carranza Raúl E. c. Provincia de Córdoba y otra", LLC, 1998-448.

(180) Discurso pronunciado por el Excmo. Señor Presidente del Tribunal Supremo..., cit.

(181) Cfr. VIGO, Rodolfo L., *Ética y responsabilidad...*, cit., p. 39.

(182) Cfr. HERRENDORF, Daniel E., *El poder de los jueces*, 3ª ed. actual., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 104-105.

Debe rechazar cualquier trato discriminatorio en el proceso que lleve a la afectación de las garantías procesales, sobre todo el contradictorio. Debe optar por vías que no eviten el debate o la contraposición franca de argumentos y puntos de vista⁽¹⁸³⁾. Se ha dicho con acierto que esta técnica puede llevar a descubrir la verdad. Si el juez llega rápido a la conclusión, puede luego tener dificultad para mantener su postura y en función de ello tener que despreciar soluciones que pudieran ser acertadas⁽¹⁸⁴⁾.

La corrección en la motivación de las decisiones tiene mucha importancia como garantía de no arbitrariedad. Para ponderar prudentemente debe estar capacitado, pero también tener un sentido de austeridad y mesura, y no olvidarse de que la realidad que está puesta a su consideración muchas veces no alcanza sólo en el caso concreto, sino que puede afectar a la sociedad toda. También debe dejar de lado cualquier prejuicio de sexo, cultura, ideología, raza o religión, respetando siempre la dignidad de toda persona.

Es necesario que conozca acabadamente la realidad social y con interés cívico sepa evaluar con prudencia la trascendencia de sus decisiones, sin que esto signifique ser pusilánime ante la defensa de los derechos de los ciudadanos, sobre todo los humanos. También es imprescindible que se comprometa con la situación humana que existe detrás del caso: si no es posible una audiencia, es muy buena técnica observar las fotos acompañadas (ya sea de los daños físicos o materiales) en el momento de sentenciar. Se debe hacer no con la pretensión de pensar que hubiera sentido o hecho si estaba en esa situación (no creo que es el sentido que se le debe dar a empatía), sino ver la realidad que vive el que tiene el problema para darle una respuesta adecuada. Seguramente la respuesta conforme a derecho surgirá en forma clara. Incluso el rechazo de la demanda tendrá fundamentos sólidos. Es más difícil que una juez ético se equivoque cuando tomó contacto con las personas que tienen el problema, a que lo haga cuando lo resolvió solamente tomando en cuenta el relato que le pudo haber hecho un secretario o leyendo los escritos postulatorios y valorando pruebas de manera fría y aséptica. Para lograrlo, no debe dejarse vencer por la fatiga y la acumulación de trabajo. Debe estudiar exhaustivamente el expediente y el marco legal para dar una respuesta justa en el marco del derecho, pero nunca a partir de una posición meramente personal.

Esta forma de actuar incluso frenaría la solución fácil de seguir órdenes (en el sentido de avalarse en precedentes para no mirar el caso concreto), o caer en la presión social o de los medios de comunicación.

Tampoco debe olvidarse de los tiempos en los que vive. En ese sentido, no cabe duda e que, tal como lo recuerda Augusto M. Morello, los años finales de la década instalaron al juez como operador de la renovación del signi-

(183) Cfr. GÓMEZ MARTÍNEZ, Carlos, "Los valores del juez...", cit., p. 20.

(184) Cfr. GÓMEZ MARTÍNEZ, Carlos, "Los valores del juez...", cit., p. 20.

ficado filosófico, técnico y político del noble oficio de juzgar⁽¹⁸⁵⁾. Incluso el Dr. Rodolfo L. Vigo enseña que el siglo XXI es el del Poder Judicial.

Son los hechos y no la ley los que determinan el caso y su solución. Leon Duguit, citado por Ángel Ossorio, señala que “El derecho es mucho menos la obra del legislador que el producto constante y espontáneo de los hechos”⁽¹⁸⁶⁾. En efecto, afirma el citado autor: “Un literato ha dicho que el derecho es como una mujer casquivana que se va detrás de cualquier hombre que haga sonar espuelas”⁽¹⁸⁷⁾.

Fruto de las grandes transformaciones que existen en el mundo, la complejidad de la vida social exige una intervención útil de los jueces que supere las limitadas posibilidades de los legisladores⁽¹⁸⁸⁾.

Con justeza se alegó que las leyes “están hechas para satisfacer las exigencias fugitivas de la hora”⁽¹⁸⁹⁾, y el juez, al igual que los legisladores, sacan de la realidad, en combinación con su propia experiencia y el sentido de justicia, el camino que se debe seguir en cada caso.

En efecto, si bien los textos contemplan determinadas situaciones, muchas veces queda sin vida fruto de la realidad de los hechos. Mediante una exégesis sabia y sutil que surja de la idea de justicia, se le puede dar un sentido y un alcance que ni el mismo legislador lo pudo haber soñado cuando lo redactaba⁽¹⁹⁰⁾.

En este sentido, Benjamín Cardozo, con cita a Geny, señala que además de indagar en la conciencia se debe apelar “...a los fenómenos sociales para establecer las leyes de su armonía y los principios de orden que ellos exigen. Y de nuevo: ‘la justicia y la utilidad general, tales serán los dos objetivos que van a dirigir nuestro curso’”⁽¹⁹¹⁾.

Más aún, el citado autor también enseña que “..la lógica, la historia, la costumbre, la utilidad y los *standards* de recta conducta aceptados, son las fuerzas que, singularmente o en combinación, moldean el progreso del derecho”⁽¹⁹²⁾. El predominio de uno u otro dependerá de la importancia o valor de los intereses sociales que serán promovidos o menospreciados en cada caso⁽¹⁹³⁾.

(185) Cfr. MORELLO, Augusto M., *La justicia...*, cit., p. 97.

(186) OSSORIO, Ángel, ob. cit., p. 34.

(187) OSSORIO, Ángel, ob. cit., p. 31.

(188) Cfr. DE LÁZZARI, Eduardo N., “Qué características debe contener un sistema procesal civil para ser compatible con el derecho al debido proceso”, en *Debi-*

(189) CARDOZO, Benjamín N., ob. cit., p. 64.

(190) Cfr. OSSORIO, Ángel, ob. cit., p. 34.

(191) CARDOZO, Benjamín N., ob. cit., p. 57.

(192) CARDOZO, Benjamín N., ob. cit., p. 89.

(193) Cfr. CARDOZO, Benjamín N., ob. cit., p. 89.

Resulta necesario que los jueces asuman el compromiso con la realidad y los tiempos en los que se dictan los fallos. En ese sentido, Osvaldo Alfredo Gozaíni avaló la necesidad de: "...que el juez aplique el derecho, pero que al imponer el orden y la legalidad no se desprenda del tiempo que transita, con sus adaptaciones y angustias que lo inciden, porque 'hacer justicia' es dar a cada uno lo suyo sabiendo y conociendo la realidad que se comprende"⁽¹⁹⁴⁾. Lo señalado no es algo nuevo, ya Pietro Calamandrei afirmaba: "No basta que los magistrados conozcan a la perfección las leyes escritas; sería necesario que conocieran perfectamente también la sociedad en que esas leyes tienen que vivir"⁽¹⁹⁵⁾.

Y en este sentido la historia ha demostrado la importancia de esta visión. En efecto, a la luz del interés público surgieron institutos de suma importancia para la defensa oportuna de los derechos, como es el caso de la acción de amparo (fallos "Siri"⁽¹⁹⁶⁾ y "Kot"⁽¹⁹⁷⁾) y actualmente el reconocimiento, dentro del amparo, a las acciones de clase o de incidencia colectiva (fallo "Halabi"⁽¹⁹⁸⁾). Augusto M. Morello rescató esta característica al referirse a la interpretación jurisprudencial constitucional como una dínamo potente para la evolución del derecho⁽¹⁹⁹⁾.

Todo eso ha llevado a que se afirme que, en el acto de sentenciar el juez positiva algo más que la interpretación de una norma, fija una preeminencia de valores. Por ello, el derecho expresado por los jueces cumple una función ideológica, preservando o criticando el sistema que los autoriza a actuar, interactuando con la opinión pública y con el poder político.

El peligro es que quien tenga ese poder ejerza una labor directa de orientación política sobre determinados temas⁽²⁰⁰⁾, lo que marca nuevamente la importancia de que sea un buen juez.

Fuera del juzgado se espera de un juez actitudes y modalidades coherentes con el patrón de ejemplaridad que las leyes imponen a todos los miembros de la sociedad⁽²⁰¹⁾, aspecto que marca la importancia del decoro y la integridad como factor coadyuvante en la construcción de la credibilidad en la justicia.

(194) GOZAÍNI, Osvaldo A., *El debido proceso...*, cit., p. 254.

(195) CALAMANDREI, Pietro, ob. cit., p. 183.

(196) CSJN, "Siri Ángel", Fallos: 239:459 (27/12/1957).

(197) CSJN, "Samuel Kot SRL", Fallos: 241:291 (5/9/1958).

(198) CSJN, "Halabi, Ernesto v. Estado Nacional", SJA 22/4/2009 (24/2/2009).

(199) Cfr. MORELLO, Augusto M., *La justicia...*, cit., p. 99.

(200) Cfr. MONZÓN, José María, ob. cit., p. 417.

(201) Cfr. MONZÓN, José María, ob. cit., p. 412.

2.7. Relación con los códigos de ética

Si el juez debe tener las virtudes citadas, cobra importancia la exigencia de códigos de ética. Los mismos no buscan determinar una escala de valores, sino guiar a los jueces en su comportamiento, incluso los de su vida privada, si tiene trascendencia pública.

Si la ética tiene una función legitimadora, los códigos son los instrumentos utilizados a dicho fin⁽²⁰²⁾.

Recordemos que cuando surge la idea de la realización de los Códigos de Ética, como bien lo señala el Dr. Armando S. Andruet (h), fue marcada la oposición de los jueces, ya que se tenía el equivocado prejuicio de que "...resultan redundantes en una judicatura natural y espontáneamente Ética"⁽²⁰³⁾. Sin embargo, la realidad social demuestra que el compromiso ético de los jueces se encuentra en crisis. Por ello, su reconocimiento en los códigos de ética ha transformado la expectativa de igualdad de los justiciables, en una expresión escrita del compromiso exigido a los jueces con los valores que inspiraron nuestra Constitución Nacional, los tratados internacionales firmados por la Argentina y la transparencia del sistema, todo con el fin último de recuperar la fe en las instituciones republicanas.

Además, resulta productivo tener un catálogo de conductas que sea razonablemente aceptado. Sirven de instrumento para medir lo ético que hay en las propias acciones, de allí que se afirme que la reflexión ética tiene algo de comparación, de subsunción de cada acto en un supuesto general⁽²⁰⁴⁾.

Justamente porque es una garantía referida a la credibilidad en su investidura, los códigos de ética proponen determinados comportamientos para evitar toda apariencia de incorrección. En los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial (2002), Valor 2, encontramos un catálogo de conductas exigibles⁽²⁰⁵⁾. Lo mismo aparece en el capítulo II de la Parte I del Código Iberoamericano de Ética judicial (2006)⁽²⁰⁶⁾.

En nuestro país diversas provincias han dictado sendos códigos de ética. Las provincias de Corrientes⁽²⁰⁷⁾, Formosa⁽²⁰⁸⁾ y Santiago del Estero⁽²⁰⁹⁾

(202) Es por ello que se ha dicho: "...las iniciativas de elaboración de Códigos de Ética Judicial tienen una cierta finalidad legitimadora de los Jueces —no de la Justicia, sino de los Jueces— ante estados de opinión ciudadana francamente negativos" (Discurso pronunciado por el Excmo. Señor Presidente del Tribunal Supremo..., cit., XVII).

(203) ANDRUET, Armando S. (h), ob. cit., p. 3.

(204) Cfr. Discurso pronunciado por el Excmo. Señor Presidente del Tribunal Supremo..., cit., XXIII.

(205) Ver capítulo tercero, punto 3.3.

(206) Ver capítulo tercero, punto 3.3.

(207) Acuerdo extraordinario 13 del 6/10/1998. ANDRUET, Armando S. (h), ob. cit., pp. 225-233.

(208) ANDRUET, Armando S. (h), ob. cit., pp. 134-240.

(209) ANDRUET, Armando S. (h), ob. cit., pp. 240-243.

lo hicieron en el año 1998, Santa Fe en el año 2002⁽²¹⁰⁾ y Córdoba en el año 2003⁽²¹¹⁾. Ellas también contienen exigencias relativas a la imparcialidad.

En lo que no hay consenso es en la regulación de los aspectos privados. En el *Codice Etico dei Magistrati Ordinari* (1994) - Italia, no hay normas que se refieran a la vida privada de los integrantes de la justicia, así como tampoco se prevén medidas disciplinarias en caso de violación⁽²¹²⁾. El Código de Chile, *Principios de Ética Judicial* (2003), tampoco contiene preceptos especiales acerca de cómo deben comportarse los miembros de la justicia en su vida privada, salvo en el séptimo principio que en forma general se refiere a la conducta extra profesional⁽²¹³⁾. En cambio, hay códigos como el de Guatemala, *Normas Éticas del Organismo Judicial*, que regulan tanto la conducta de los integrantes de la justicia dentro del marco de su función, como también el comportamiento y forma de conducirse de los jueces fuera de su actividad funcional que, potencialmente, pudiera entrar en conflicto con la imparcialidad que se espera de ellos. Este Código no impide que los jueces intervengan en política⁽²¹⁴⁾.

No cabe duda de que los códigos resultan la vía adecuada para clarificar situaciones que pueden ser objeto de diferentes interpretaciones y causar descrédito en la mirada social. Lo expresado no significa que en todas las sociedades se tenga igual criterio. Prueba de ello es que si se analiza la jurisprudencia del país, encontramos que iguales situaciones merecieron diferentes soluciones. En efecto, se resolvió que no era causal de excusación admisible poseer una denuncia ante el Consejo de la Magistratura⁽²¹⁵⁾, en tanto en otro fallo la admitió, con el fundamento de que resultaba razonable admitir el escrúpulo respetable del juez que se excusa frente a circunstancias que puedan dar lugar a que se dude de la imparcialidad de sus decisiones⁽²¹⁶⁾.

Sin embargo, establecen las exigencias que en un momento histórico y lugar determinado configuran el modelo de excelencia del juez, lo que sirve para concientizar al magistrado que lo mejor y peor de su personalidad guarda relación directa con el resultado de su actividad judicial.

(210) Acta del CSJN 10 del 20/3/2002. ANDRUET, Armando S. (h), ob. cit., pp. 243-251.

(211) Acuerdo 693, serie "A", del 27/11/2003. Complementada por resolución 89/2004, por la cual el Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Córdoba adhirió en su totalidad al mismo. Modificado por acuerdo reglamentario 827, serie "A", del 5/6/2006. ANDRUET, Armando S. (h), ob. cit., pp. 104 y 251-260.

(212) Cfr. ROOS, Stefanie R. - WOISCHNIK, Jan, *Códigos de ética judicial. Un estudio de derecho comparado con recomendaciones para los países latinoamericanos*, Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2005, punto 2.2.2.2. a.

(213) Cfr. ROOS, Stefanie R. - WOISCHNIK, Jan, *Códigos...*, cit., punto 2.3.2.2.

(214) Cfr. ROOS, Stefanie R. - WOISCHNIK, Jan, *Códigos...*, cit., punto 2.3.2.1.

(215) CNCiv., sala B, "C. M. E. c. M., M. B.", JA, 2001-I-608.

(216) CNCiv., sala L, "Arizmendi S.A. c. Arizmendi, Fernando", LA LEY, 2001-C, p. 304.

2.8. Límites creados por el derecho al aspecto subjetivo

El derecho reguló, a partir de la experiencia, las situaciones que normalmente condicionan al juzgador y así surgieron las causales de recusación y excusación. En efecto, hay prácticamente consenso en que

Las pasiones que pueden estorbar el juicio imparcial y que inmediatamente aparecen en escena son: el deseo de favorecerse a sí mismo (la pasión del amor propio) y el deseo de favorecer a otro de manera injustificada, en particular, a quien se considera ligado por vínculos de amistad o parentesco (la pasión del amor a la familia o a los amigos, que no es sino una manifestación extensiva del amor propio)⁽²¹⁷⁾.

Si uno tiene en cuenta la dimensión total de lo que se pretende regular, se evidencia que hay situaciones que escapan a lo expresamente contemplado. El problema es que el único que puede decidir que se encuentra en dicho estado es el propio juez⁽²¹⁸⁾, posibilidad que genera problemas, tanto para el caso que lo alegue como que lo niegue.

Hay autores que sostienen⁽²¹⁹⁾ que la solución estaría en que alegada la causal, aun sin fundamentos objetivos, se la admita, pero esta postura no es seguida por la jurisprudencia dominante en el país⁽²²⁰⁾.

Cuando el juez afirma estar alcanzado por un estado subjetivo que le impide ser imparcial, la jurisprudencia exige que la funde en hechos objeti-

(217) TRUJILLO, Isabel, *Imparcialidad*, cit., p. 30

(218) Cfr. SUPERTI, Héctor C., ob. cit., p. 331.

(219) “En este sentido debe entenderse que de ninguna manera en aras de una justa distribución del trabajo debe sacrificarse la imparcialidad de los jueces, lo que significa que ante la más mínima manifestación del juzgador de que no se encuentra en condiciones subjetivas de intervenir en el litigio desde una órbita de neutralidad, debe ser separado de la causa, sin perjuicio que en paralelo se instrumenten mecanismos que, también de manera inmediata, compensen el menor trabajo funcional que significa no entender en el juicio donde se ha excusado” (SUPERTI, Héctor C., ob. cit., p. 333).

(220) “Si bien es ponderable la actitud de los magistrados que, ante la reiteración de las manifestaciones que intentan arrojar un manto de sospecha sobre su imparcialidad y buen juicio, denuncian violencia moral y razones de delicadeza, como un modo más de asegurar que la denuncia es infundada, cabe señalar que la integridad de espíritu, la elevada conciencia de su misión y el sentido de la responsabilidad que es dable exigirles, pueden colocarlos por encima de tales insinuaciones y, en la defensa de su propio decoro y estimación y del deber de cumplir con la función encomendada, conducirlos a no aceptar las sospechas de la alegada, no probada y desestimada parcialidad” (CSJN, “Industrias Mecánicas del Estado c. Borgward Argentina SA y otros s/incumplimiento de contrato”, Fallos: 319:758). En otro fallo se agregó: “Máxime, cuando —por un lado— la causal invocada para excusarse es portadora de un alto grado de subjetividad que exige un criterio de extrema rigurosidad para su admisión y cuando, por el otro, los querellantes no habían formulado objeción alguna a la intervención del Dr. Quinteros durante el lapso en que dicho magistrado tuvo a su cargo el procedimiento” (CSJN, “Carrillo, Fausto A. y otros”, SJN 14/1/2009).

vos para evitar que por excesiva susceptibilidad se afecte la garantía del juez natural.

El problema es que muchas veces esto puede chocar con la intimidad del propio magistrado o con la intimidad de ciertas personas⁽²²¹⁾. En la práctica, siendo éste el caso, muchas veces el juez no dice nada y tramita el expediente sin el estado subjetivo requerido⁽²²²⁾. La única forma de detectar esta situación es por medio del análisis de la motivación de la sentencia o de sus dichos en el proceso, con las limitaciones que conlleva⁽²²³⁾.

Por todo lo dicho, hay autores que sostienen que las causales de recusación y excusación deberían ser reemplazadas por el concepto genérico de

(221) Cfr. SUPERTI, Héctor C., ob. cit., p. 333.

(222) Ejemplo de ello es lo resuelto mediante resolución 461/2005 del Consejo de la Magistratura de fecha 27/10/2005, expediente 398/2004, caratulado "Liga Argentina por los derechos humanos y otros c. Dr. Alfredo Bisordi (Casación Penal)", donde se determinó que el magistrado había incurrido en falta disciplinaria prevista en el art. 14, ap. a), inc. c), de la ley 24.937 (t.o. 816/1999), "trato incorrecto a abogados, peritos, auxiliares de la Justicia o litigantes", puesto que aun cuando decidió no excusarse por no considerarse incurso en las causales prescriptas por las normas de rito, las constancias de la causa revelaron que sí lo estaba. Se relata en el fallo que el Dr. Alfredo Bisordi no sólo no habría rechazado la recusación sino que en la posición de no apartarse de la causa, habría realizado juicios y afirmaciones tales como "[c]onsiderando 6 : 'que la denuncia formulada, entre otros contra el [Dr. Bisordi], por la delincuente Graciela Beatriz Daleo en su momento beneficiada por el indulto del presidente Menem, mientras se hallaba sufriendo prisión preventiva por su intervención, como miembro de la asociación ilícita 'Montoneros', en los secuestros de los hermanos Born y del ingeniero Metz", en párrafos posteriores también habría expresado "la denuncia de la que se trata constituye una verdadera payasada jurídica" (fs. 10). Analizó el Consejo: "del descargo formulado por el Dr. Bisordi se desprende que su ánimo en el proceso en que decidió no excusarse no era el adecuado, debido a que sin hesitación alguna, tenía una opinión formada que se hizo palmaria en el exabrupto finalmente proferido. En este sentido, enseñaba Eduardo Couture que todos los derechos desfallecen, aun aquellos estampados en las leyes más sabias si el día en que el juez debe apreciar la prueba o realizar el acto de valoración jurídica que significa escoger la norma aplicable, no se halla a la altura de su misión ('Estudios de derecho procesal civil', t. I, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 95). El Dr. Bisordi tuvo la oportunidad legal de excusarse en la causa, e incluso expresar en esa inhibición sus ideas sobre el pasado reciente, sin necesidad de calificar u ofender, pero lo que resulta ciertamente inadmisibles es que quien tiene embargado su ánimo o conlleva prejuicios hacia alguna de las partes, pretenda seguir en un proceso de alta sensibilidad en la opinión pública, y de enorme envergadura axiológica, por cuanto resulta evidente que no tenía la imparcialidad para desempeñarse como juez en ese asunto". Dentro de los considerandos, el Consejo puso el acento en el deber de preservar la opinión pública acerca de su conducta: "Para instruir y decidir en una causa, el juez debe ser extraño a todos los intereses que en ella se hallen comprometidos y no estar ligado a las partes por relaciones personales particulares, tal circunstancia se erige en una garantía elemental de su imparcialidad, como también en una condición de su prestigio frente a las partes y la opinión pública" (<http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00008/00003903.Pdf> [acceso el 13/5/2011]).

(223) Volveremos sobre este punto en el capítulo III.

violencia moral⁽²²⁴⁾. El límite estaría en la conciencia ética responsable del magistrado para evitar abusos en las excusaciones⁽²²⁵⁾.

Distinto es el caso del juez que niega la causal. El problema es la prueba de su existencia; exigiría acudir a la psicología, la lógica y la experiencia para poder inferir el verdadero estado de ánimo del juez⁽²²⁶⁾, con las dificultades que esto implica.

Más allá de la discusión, lo exigible es que si el juez piensa que va a ser parcial, debe abstenerse de intervenir en el asunto.

Ahora bien, conforme a la jurisprudencia, se le exige que pueda reconocer la diferencia entre sus convicciones y el derecho y las neutralice⁽²²⁷⁾. Por ello se dice que el juez debe adoptar "... una actitud prudencial basada en la persuasión, el análisis enfocado en problemas, y la búsqueda de la pacificación antes que la imposición de una verdad determinada o su verdad"⁽²²⁸⁾.

Antes que dar una solución aparentemente legal, el juez debería abstenerse de resolver debido a que su propia moral no puede estar sobre el derecho⁽²²⁹⁾, sería como aplicar un criterio extrajurídico⁽²³⁰⁾.

En este sentido, la Dra. Argibay (disidencia parcial), en "Mazzeo, Julio y otros"⁽²³¹⁾, no obstante exponer su pensamiento, falló conforme a derecho teniendo en cuenta las circunstancias del caso y dijo:

(224) Cfr. SUPERTI, Héctor C., ob. cit., p. 333

(225) Cfr. VIGO, Rodolfo L., *Ética y responsabilidad...*, cit., p. 37.

(226) Cfr. SUPERTI, Héctor C., ob. cit., p. 332.

(227) "...el juez —hombre o mujer— es un animal político en el sentido aristotélico del término, un individuo con ideas propias o tomadas a préstamo; con un saber teórico, que —como vimos— está obligado a renovar incesantemente, y con un bagaje técnico, una intuición y unos sentimientos personalísimos. No está libre de atavismos ni de preconceptos, aunque lo deseable y exigible sea que pueda reconocerlos y neutralizarlos en su labor. Más, indudablemente, le alcanzan y lo invaden conocimientos y vivencias propios del entorno social y del momento histórico en que le toca vivir" (NIÑO, Luis F., ob. cit., p. 224).

(228) LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 25.

(229) "Así, si es el propio juez el que piensa que va a ser parcial, siendo conocedor de que a pesar de ello podría dar una resolución aparentemente legal, la mejor solución, tanto desde el punto de vista ético como desde el jurídico, es la abstención (...) Acabo de decir que esta sería la decisión correcta desde un punto de vista ético y jurídico. En ambos casos se plantean problemas. Desde la moralidad del juez, quizá la mejor solución pudiera ser utilizar el derecho para dar una resolución que estuviera de conformidad con sus creencias. Ahora bien, creo que está por encima el derecho. La misión del juez es actuar de conformidad con él. Su moral no puede estar por encima de la del derecho, cuando actúa como juez" (DE ASI ROIG, Rafael, "Imparcialidad, igualdad y obediencia en la actividad judicial", *Revista Doxa*, en http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/cuaderno15/volII/doxa15_23.pdf, pp. 926/927 [acceso el 11/5/2011]).

(230) Sobre este tema volveremos en el capítulo cuarto.

(231) SJA 12/9/2007, JA, 2007-III-573.

Quiero dejar en claro desde ya que, a mi juicio, los indultos a personas procesadas son inconstitucionales porque implican una injerencia del Poder Ejecutivo en la jurisdicción exclusiva del Poder Judicial, lo cual atenta contra la división de poderes que sustenta nuestro sistema republicano de gobierno. Es verdad que, haciendo pie en el (actual) art. 99 inc. 5 C.N., una parte de la doctrina ha considerado factible realizar esta extensión; pero entiendo que tal interpretación amplía indebidamente la “magnanimidad” del presidente de la Nación ya que la norma se refiere a indultar o conmutar penas, es decir, que permite un perdón discrecional. Nada hay que perdonar mientras no existe una condena que imponga pena, pues hasta entonces subsiste el principio de inocencia también consagrado por la Carta Magna.

Sin embargo, mi opinión personal sobre la validez de estos indultos resulta una mera declaración de principios porque en la presente causa no puede dictarse un pronunciamiento judicial sobre ese punto sin decidir el agravio de la defensa fundado en la afectación de la cosa juzgada.

En efecto, en este mismo proceso y en el mes de diciembre de 1990, esta Corte Suprema resolvió convalidar este indulto: la mayoría, por razones formales que fundaron el rechazo del recurso y los jueces Oyhanarte y Petracchi, en voto concurrente pero entrando al fondo del asunto, aprobando la constitucionalidad del decreto en cuestión (Fallos: 313:1392). De manera que, en este caso, la discusión quedó cerrada hace 17 años.

Distinto es el caso cuando la moral social reclama un nuevo análisis de las normas a partir del derecho. Ejemplo de esta situación son las circunstancias que llevaron a la admisión del divorcio vincular en nuestro país⁽²³²⁾.

También está el tema de la objeción de conciencia. En el caso “Portillo”⁽²³³⁾ se valoró el planteo de objeción de conciencia de un ciudadano y se admitió parcialmente la acción. Si bien la solución no es extensible a los jueces en el marco de su función, es un antecedente a tener en cuenta por su condición humana. Al respecto, hay “...propuestas doctrinarias (Gómez Pérez) de facilitar la abstención judicial de atender un caso en el que el magistrado deba aplicar una ley que violenta sus convicciones más íntimas e importantes”⁽²³⁴⁾.

Los problemas señalados surgen porque cada vez es más difícil hablar de una ética única y universal. La evolución de las sociedades es cada vez más tolerante con su naturaleza plural. Incluso lo afirmado ha conducido, en no pocas ocasiones “...a su propia negación, reduciendo el ámbito del deber ser a la esfera estrictamente individual de la conciencia de cada uno y dando lu-

(232) CSJN, “Sejean, Juan Bautista v. Ana María Zaks de Sejean”, Fallos: 308:2268.

(233) CSJN, Fallos: 312:496.

(234) VIGO, Rodolfo L., *Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 34.

gar en ocasiones a aquel relativismo moral”⁽²³⁵⁾. Si bien es un análisis desde el punto de vista social, no debe ser la visión legitimadora para que el juez aplique su verdad, ni incluso juzgue a otros a partir de lo que hubiera hecho en una determinada situación⁽²³⁶⁾. No debe olvidar que trata con conductas humanas y no puede prescindir de ellas, como tampoco puede prescindir de uno mismo⁽²³⁷⁾.

Lo importante es que el juzgador sepa que existen valoraciones diferentes a la suya y que hay un “metavalor” que es el pluralismo de valores⁽²³⁸⁾. Debe formar parte de su *animus* el proyecto existencial que la sociedad escogió para sí⁽²³⁹⁾.

Así surge un nuevo enfoque de lo que se debe entender por concepto extrajurídico (teniendo en cuenta la definición que dábamos en el primer capítulo).

La ley tiene un “...valor pedagógico o ilustrador sobrecrecido; de modo que los ciudadanos identifican lo lícito con lo correcto y lo permitido como deseable...”⁽²⁴⁰⁾, pero también es importante la figura del juez porque “...mediante el control de legalidad, tiene la responsabilidad última de cuidar y defender el orden constitucional de valores...”⁽²⁴¹⁾ ante una sociedad que se mantiene pluralista.

Y es allí donde creo que debe posicionarse el juez; saber que en la pluralidad tiene la misión de mantener el timón marcado por la Constitución, pero sin olvidarse de los tiempos en los que se vive.

En efecto, afirmó Marshall en su célebre frase: es una Constitución lo que se está interpretando. Es en este instrumento donde radica la soberanía del pueblo y el juez juró cumplir su función defendiéndola.

(235) Discurso pronunciado por el Excmo. Señor Presidente del Tribunal Supremo..., cit., XXXII.

(236) “...Pero el juez, antes de decidirse, necesita una fuerza de carácter de que puede carecer el abogado; debe tener valor para ejercer la función de juzgar, que es casi divina, aunque sienta dentro de sí todas las debilidades y acaso las bajezas del hombre; debe saber imponer silencio a una voz inquieta que le pregunta qué hubiera hecho su propia fragilidad humana si se hubiese encontrado en las mismas condiciones en que se encontró ese a quien tiene que juzgar; debe estar tan seguro de su deber, que olvide, cada vez que pronuncia una sentencia, la amonestación eterna que le viene de la Montaña: No juzguéis” (CALAMANDREI, Pietro, ob. cit., pp. 53, 54).

(237) Cfr. HERRENDORF, Daniel E., ob. cit., p. 105.

(238) Cfr. LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 25.

(239) Cfr. HERRENDORF, Daniel E., ob. cit., p. 105.

(240) Discurso pronunciado por el Excmo. Señor Presidente del Tribunal Supremo..., cit., XXXI.

(241) Discurso pronunciado por el Excmo. Señor Presidente del Tribunal Supremo..., cit., XXXIV.

2.9. Conclusión

1. En este capítulo determinamos que la personalidad del juez no puede escindirse de la actividad judicial. Partiendo de esta premisa, existen posturas pesimistas respecto de la posibilidad de que un juez pueda ser imparcial, salvo que se adopte una posición garantista.

2. La realidad demuestra que el juez del Estado de derecho constitucional cuenta con una gran cuota de discrecionalidad para la realización de su tarea, sobre todo por la relevancia que adquirieron los derechos humanos. En este marco, para que el juez pueda ser un instrumento de la realización de la justicia, debe tener idoneidad ética. Ética entendida como la capacidad humana de poder conocer racionalmente el bien. Es que una mala persona no puede ser un buen juez. No cabe duda de que lo mejor y peor de su personalidad guarda relación directa con el resultado de su actividad judicial. Si está comprometido con su tarea, se logrará el avance del derecho, si no lo está, quedará afectada la imagen del Poder Judicial.

3. Los códigos de ética juegan un rol preponderante. Sirven de guía de comportamiento, sobre todo en estos tiempos de crisis de legitimidad del poder.

4. También el derecho ha buscado establecer límites a la subjetividad. Es el caso de las causales de recusación y excusación, así como la prohibición de que dicte el fallo a partir de su propia moral. Casos discutidos son los que se plantean a partir de la existencia de un reclamo social que obliga a un nuevo análisis de las normas desde el derecho, o la posibilidad de que se admita el planteo de un juez de no atender un caso en el que deba aplicar una norma jurídica que violenta sus convicciones íntimas.

CAPÍTULO TERCERO

GARANTÍA DE LA IMPARCIALIDAD

3.1. Concepto

Luigi Ferrajoli⁽²⁴²⁾ explica que las garantías no son otra cosa que las técnicas provistas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre la normatividad y efectividad y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han dicho que

(...) Las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.1.), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia⁽²⁴³⁾.

Hemos dicho en el capítulo primero que si bien la imparcialidad es un principio, fue positivizada como una de las “garantías de la jurisdicción”. Teniendo en cuenta el marco del Estado de derecho constitucional y luego de las conclusiones del capítulo segundo, esta parcela del debido proceso marca el derecho del ciudadano a que cuente con un “buen juez”, un juez que posea idoneidad ética.

3.2. Orígenes históricos

Relata Antonio Boggiano que la garantía de la imparcialidad del juez está en el movimiento reformador liberal del siglo XVIII. Recuerda que en la Declaración de Derechos de Virginia, antecedente norteamericano directo de nuestra Constitución Nacional, se establecía la necesidad de un “juicio rápido por un jurado imparcial”. El fundamento radicaba en la legítima necesidad

(242) FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2001, p. 25

(243) O.C. 8/87, párr. 25

de los americanos de apartar a los jueces ingleses que pudieran ser sospechados de imparcialidad en un caso concreto⁽²⁴⁴⁾.

En nuestra Constitución Nacional no aparece en forma expresa hasta la reforma del año 1994, en la cual se incorporan los tratados sobre derechos humanos en el art. 75, inc. 22. Entonces, si bien el constituyente del año 1854 garantizó el principio de independencia (art. 110, CN, ex art. 96), no hizo lo propio con el de imparcialidad.

En el *El Federalista*, instrumento que fue escrito para divulgar, entre los Estados partes que iban a firmar la Constitución de los Estados Unidos, los principios y fines que se habían tomado en cuenta en su redacción, Hamilton, hablando del Departamento Judicial, explica que para asegurar una administración imparcial de las leyes se debe garantizar la inamovilidad del cargo mientras dure la buena conducta de los jueces. Textualmente expresó:

La regla que hace de la buena conducta la condición para que la magistratura judicial continúe en sus puestos, representa con seguridad uno de los más valiosos progresos modernos en la práctica gubernamental. En una monarquía, crea una excelente barrera contra el despotismo del príncipe; en una república no es menos eficaz contra las usurpaciones y opresiones de la entidad representativa. Y es el mejor instrumento que puede discurrir ningún gobierno para asegurarse la administración serena, recta e imparcial de las leyes⁽²⁴⁵⁾.

Dado que innegablemente los redactores de la Constitución Nacional del 53 siguieron de cerca el modelo norteamericano⁽²⁴⁶⁾, no cabe duda de que lo dicho en *El Federalista* puede servir de pauta interpretativa para deducir las motivaciones de nuestros constituyentes.

Aun cuando la Carta Magna estaba vigente, la Corte Suprema recién se instaló el 15/1/1963. Bartolomé Mitre, al momento de elegir a sus miembros, hizo referencia a la imparcialidad, pero en su relación con la independencia

(244) Cfr. BOGGIANO, Antonio, "Derecho penal internacional", en *El derecho de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 765

(245) HAMILTON, A. - MADISON, J. - JAY, J., ob. cit., p. 330.

(246) "En mayo (1ª edición) Alberdi se oponía a las *constituciones importadas*, y su ideal era un código que contuviese el *gobnar es poblar*, sin separarse demasiado de la realidad política argentina, a lo menos tal como la entendía. Pero la premura lo obligó a dejar de lado el texto 'derivado de la ley que preside el desarrollo de la civilización y del tratado litoral de 1831' imaginado, y que hubiese exigido un estudio detenido. En la angustia optó por tomar la constitución de los Estados Unidos como *base y punto de partida*, agregarle capítulos del régimen chileno para reforzar las atribuciones del presidente, algunas reminiscencias de citas de Pellegrino Rossi leídas en Lastarria y media docena de artículos que traducían el *gobnar es poblar* tal como creyó verlo en la flamante constitución del Estado de California dictada en 1850" (ROSA, José María, *Historia argentina*, t. 6, Brasil, 1970, p. 106).

de ese poder respecto de los otros para el logro de la protección de los derechos de los ciudadanos:

Como Presidente de la Nación busqué a los hombres que en la Corte Suprema fueran un contralor imparcial e insospechado de las demás de los otros poderes del Estado, y que viniendo de la oposición dieran a sus conciudadanos la mayor seguridad amplia protección de sus derechos y la garantía de una total y absoluta independencia del Poder Judicial⁽²⁴⁷⁾.

Más aún, como lo recuerda el Dr. Vázquez en los autos “Sesma, Laura J. y otro y su acumulado”, en esta oportunidad Mitre designó a los Dres. Salvador M. del Carril y José B. Gorostiaga, destacados constituyentes de la Constitución Nacional de 1853. Si no hubieran sido independientes, deberían haberse excusado, o ser recusados, sin embargo, la historia rescata la jurisprudencia sentada en sus fallos como una interpretación auténtica del texto constitucional y de las leyes que contribuyeron a plasmar⁽²⁴⁸⁾.

Se puede afirmar que sus orígenes están estrictamente vinculados a la independencia judicial. Además, teniendo en cuenta la influencia del positivismo, tal como lo recuerda Jiménez Asensio: “la imparcialidad no se consideraba (...) un grave problema institucional, pues el modelo se garantizaba plenamente mediante la inserción de una serie de causas tasadas en el ordenamiento jurídico a partir de las cuales si el juez incurría en alguna de ellas podría ser tachado de parcial”⁽²⁴⁹⁾.

3.3. Regulación legal

En el año 1994 se incorporaron en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, diversos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional que contemplan expresamente el principio estudiado:

Art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamado Pacto de San José de Costa Rica: “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, establecido con anterioridad por la ley, en sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o cualquier otro carácter”⁽²⁵⁰⁾.

(247) CARRIÓ, Alejandro - GARAY, Alberto F. (colab.), *La Corte Suprema y su independencia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, pp. 25, *in fine*, y 26.

(248) Cfr. voto Dr. Adolfo R. Vázquez, CSJN, “Sesma, Laura J. y otro y su acumulado”, Fallos: 326:2612.

(249) JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Aranzadi, Madrid, 2002, p. 42.

(250) BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. III, nueva ed. ampl.y actual., 1ª reimpr., Buenos Aires, 2002, p. 119.

Art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “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 de un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil (...)”⁽²⁵¹⁾.

Art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”⁽²⁵²⁾.

Art. XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: “(...) Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes (...)”⁽²⁵³⁾.

En el marco internacional son numerosas las declaraciones, resoluciones que se dictaron relativas al tema:

Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura⁽²⁵⁴⁾ (...) 2. Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo⁽²⁵⁵⁾.

Resolución del Consejo de Derechos Humanos 8/6⁽²⁵⁶⁾: “Convencido de que la existencia de un Poder Judicial independiente e imparcial, la independencia de los abogados y la integridad del sistema judicial son requisitos indispensables para proteger los derechos humanos y garantizar que no haya discriminación en la administración de justicia”⁽²⁵⁷⁾.

Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2004/32⁽²⁵⁸⁾: “Reitera que, a tenor de lo dispuesto en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, toda persona tiene derechos, en plena igualdad, a ser oída equitativa y públicamente, con todas las garantías, por un

(251) BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental...*, cit., p. 165.

(252) BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental...*, cit., p. 109.

(253) BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental...*, cit., p. 104.

(254) Adoptados por el VII Congreso de la Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32, del 29 de noviembre de 1985, y 40/146, del 13 de diciembre de 1985.

(255) DESPOUY, Leandro, *Independencia...*, cit., p. 59.

(256) Adoptada sin votación el 18 de junio de 2008.

(257) DESPOUY, Leandro, *Independencia...*, cit., p. 81.

(258) Adoptada sin votación el 19 de abril de 2004.

juzgado o tribunal competente, independiente e imparcial debidamente establecido por la ley, que resolverá sobre sus derechos y obligaciones y sobre cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella, y a que se presume su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”⁽²⁵⁹⁾.

Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2003/39⁽²⁶⁰⁾:
“1. Reitera que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”⁽²⁶¹⁾.

Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial: “Considerando que la importancia que tiene para la protección de los derechos humanos una judicatura competente, independiente e imparcial, adquiere mayor énfasis por el hecho de que la aplicación de todos los demás derechos depende en último término de la correcta administración de justicia. Considerando que una judicatura competente, independiente e imparcial es igualmente esencial si los tribunales han de desempeñar su papel de defensores del constitucionalismo y del principio de legalidad. Considerando que la confianza pública en el sistema judicial y en la autoridad moral y la integridad del Poder Judicial es de extrema importancia en una sociedad democrática moderna (...) Valor 2: Imparcialidad. Principio. La imparcialidad es esencial para el desempeño correcto de las funciones jurisdiccionales. La imparcialidad se refiere no sólo a la decisión en sí misma, sino también al proceso mediante el cual se toma la decisión. Aplicación. 2.1. Un juez deberá desempeñar sus tareas judiciales sin favoritismo, predisposición o prejuicio. 2.2. Un juez garantizará que su conducta, tanto fuera como dentro de los tribunales, mantiene y aumenta la confianza del público, de la abogacía y de los litigantes en la imparcialidad del juez y de la judicatura. 2.3. Un juez deberá, dentro de lo razonable, comportarse de forma que minimice las ocasiones en las cuales pueda ser necesario que el juez sea descalificado para conocer de, o decidir sobre asuntos. 2.4. Cuando un proceso está sometido o pueda estar sometido a un juez, el juez no realizará intencionalmente ningún comentario que pueda esperarse razonablemente que afecte al resultado del proceso. El juez tampoco hará ningún comentario en público o de cualquier otra forma, que pueda afectar al juicio justo de una persona o asunto. 2.5. Un juez se descalificará de participar en cualquier proceso en el que no pueda decidir el asunto en cuestión de forma imparcial o en el que pueda parecer a un observador razonable que el juez es incapaz de decidir el asunto imparcialmente. Los citados procesos incluirán, sin ánimo de exhaustividad, situaciones en la que: 2.5.1. El juez tenga realmente predisposición o prejuicios para con una parte o posea

(259) DESPOUY, Leandro, *Independencia...*, cit., p. 84.

(260) Adoptada por 31 votos contra 1, con 21 abstenciones el 23 de abril de 2003.

(261) DESPOUY, Leandro, *Independencia...*, cit., p. 85.

conocimientos personales sobre los hechos probatorios controvertidos relativos al proceso. 2.5.2. El juez haya actuado previamente como abogado o como testigo material en el asunto controvertido. 2.5.3. El juez, o algún miembro de su familia, tenga un interés económico en el resultado del asunto sujeto a controversia. Lo anterior teniendo en cuenta que no será necesaria la descalificación de un juez si no puede constituirse otro tribunal para conocer del caso o cuando por circunstancias urgentes, la no-participación del juez puede producir una denegación de justicia grave”⁽²⁶²⁾.

Declaración Provisoria sobre la Independencia de la Justicia (“Declaración de Singhvi”)⁽²⁶³⁾: “8. Los jueces actuarán siempre de forma tal que preserven la dignidad y responsabilidad de sus funciones así como la imparcialidad y la independencia de la magistratura. No obstante, los jueces gozarán de libertad de pensamiento, opinión, palabra, expresión, asociación profesional, reunión y movimiento”⁽²⁶⁴⁾. “37. El juez deberá velar por el desarrollo imparcial del proceso e investigar cabalmente toda denuncia de violación de los derechos de una parte o de un testigo, incluidas las denuncias de malos tratos”⁽²⁶⁵⁾.

Estatuto Universal del Juez⁽²⁶⁶⁾: “Art. 5º. – Imparcialidad y deber de reserva. El juez debe ser y aparecer imparcial en el ejercicio de su actividad jurisdiccional. Debe cumplir sus deberes con moderación y dignidad respecto de su función y de cualquier persona afectada”⁽²⁶⁷⁾.

Estatuto del Juez Iberoamericano⁽²⁶⁸⁾: “Imparcialidad. Art. 7º. – Principio de imparcialidad. La imparcialidad del juez es condición indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional. Art. 8. – Imparcialidad objetiva. La imparcialidad del juez ha de ser real, efectiva y evidente para la ciudadanía. Art. 9. – Abstención y recusación. Los jueces tienen la obligación de separarse de la tramitación y conocimiento de asuntos en los que tengan alguna relación previa con el objeto del proceso, partes o interesados en el mismo, en los términos previstos en la ley. Las abstenciones sin fundamento y las recusaciones infundadas aceptadas por el juez deben ser sancionadas de conformidad con lo que disponga la ley. Art. 10. – Incompatibilidades. El ejercicio de la función jurisdiccional es incompatible con otras actividades, a excepción de aquellas admitidas por la ley”⁽²⁶⁹⁾.

(262) DESPOUY, Leandro, *Independencia...*, cit., pp. 89/91.

(263) Elaborada por L. M. Singhvi, experto de la Naciones Unidas, 1989.

(264) DESPOUY, Leandro, *Independencia...*, cit., p. 98.

(265) DESPOUY, Leandro, *Independencia...*, cit., p. 102.

(266) Aprobado por la Asociación Internacional de Jueces el 17 de noviembre de 1999.

(267) DESPOUY, Leandro, *Independencia...*, cit., p. 113.

(268) La VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, celebrada en Santa Cruz de Tenerife, Canarias, España, el 23, 24 y 25 de mayo de 2001.

(269) DESPOUY, Leandro, *Independencia...*, cit., p. 128.

Declaración de Principios Mínimos sobre la Independencia de los Poderes Judiciales y de los Jueces en América Latina (Declaración de Campeche)⁽²⁷⁰⁾: “Art. 15. – En el ejercicio de su función jurisdiccional, los jueces tienen el deber de procurar que la justicia se imparta en condiciones de eficiencia, calidad, accesibilidad y transparencia, con respecto a la dignidad de la persona que acude en demanda del servicio, afirmando en todo momento la independencia e imparcialidad en su actuación”⁽²⁷¹⁾.

Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial⁽²⁷²⁾. Determina que la imparcialidad tiene su fundamento en: “...el derecho de los justiciables a ser tratados por igual y, por tanto, a no ser discriminados en lo que respecta al desarrollo de la función jurisdiccional” (art. 9º). Define al juez imparcial como: “...aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos, manteniendo a lo largo de todo el proceso una equivalente distancia con las partes y con sus abogados, y evita todo tipo de comportamiento que pueda reflejar favoritismo, predisposición o perjuicio” (art. 10). También se agrega: “El juez está obligado a abstenerse de intervenir en aquellas causas en las que se vea comprometida su imparcialidad o en las que un observador razonable pueda entender que hay motivo para pensar así” (art. 11). “El juez debe procurar evitar las situaciones que directa o indirectamente justifiquen apartarse de la causa” (art. 12). “El juez debe evitar toda apariencia de trato preferencial o especial con los abogados y con los justiciables, proveniente de su propia conducta o de la de los otros integrantes de la oficina judicial” (art. 13). “Al juez y a los otros miembros de la oficina judicial les está prohibido recibir regalos o beneficios de toda índole que resulten injustificados desde la perspectiva de un observador razonable” (art. 14). “El juez debe procurar no mantener reuniones con una de las partes o sus abogados (en su despacho o, con mayor razón, fuera del mismo) que las contrapartes y sus abogados puedan razonablemente considerar injustificadas” (fs. 15). “El juez debe respetar el derecho de las partes a afirmar y contradecir, en el marco del debido proceso” (art. 16). “La imparcialidad de juicio obliga al juez a generar hábitos rigurosos de honestidad intelectual y de autocrítica” (art. 17)⁽²⁷³⁾.

Reglas de Brasilia⁽²⁷⁴⁾: “3. Seguridad jurídica y calidad de los jueces. La seguridad jurídica no solo resulta de la existencia de normas previamente establecidas y públicamente conocidas, sino que es esencial que

(270) Aprobada por la 57ª Asamblea General Ordinaria de la Federación Latinoamericana de Magistrados reunida del 6 al 10 de abril de 2008 en México.

(271) En http://www.flamagistrados.org/media/downloads/Declaracion_Campeche_ES.pdf (acceso el 11/5/2011).

(272) Aprobado por la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana de Santo Domingo, 21 de junio de 2006.

(273) ANDRUET, Armando S. (h), ob. cit., pp. 306/307.

(274) Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, ciudad de Brasilia, capital de la República Federal del Brasil, 4, 5 y 6 de marzo de 2008.

exista certeza de que serán adecuadamente tenidas en cuenta por los jueces y tribunales que han de resolver los casos conflictivos. Por ello conviene insistir en que, si bien el fin último para el juez es hacer justicia, es claro que su decisión ha de ser determinada y justificada a partir del derecho vigente, tal como prescribe el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial (art. 35). Por tal razón conviene insistir en la selección y formación de los jueces, atendiendo a su fortaleza ética y a su competencia técnica, así como propender a su formación continua y dotarles los mecanismos necesarios para optimizar su información”⁽²⁷⁵⁾. “3.3. La seguridad jurídica requiere jueces imparciales, cuyas creencias y preferencias estrictamente personales —legítimas en el plano individual— no deben interferir en el ejercicio de su función. Ha de asegurarse la imparcialidad real, efectiva y evidente de los jueces”⁽²⁷⁶⁾.

Se pueden observar dos aspectos: uno, la relación con la ética que marcábamos en el capítulo anterior y dos, que el sistema interamericano se preocupa por reforzar las garantías del proceso penal. Sin embargo, el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Terrorismo y Derechos Humanos⁽²⁷⁷⁾ estableció: “Las normas y principios consagrados en las protecciones mencionadas, son relevantes no sólo para los procesos penales, sino también, *mutatis mutandi*, para otros procedimientos a través de los cuales se determinen los derechos y obligaciones de carácter civil, laboral, fiscal y de otra índole”⁽²⁷⁸⁾.

Si bien es cierto que se contempla expresamente el principio, se lo incluye en el marco del derecho del individuo a la tutela judicial efectiva⁽²⁷⁹⁾, con el cual está indisolublemente unido. Esto es, como garantía anterior al conflicto en el marco de los derechos humanos. Pienso que la razón fue que en el Estado de derecho legal existía la imposibilidad de resguardar adecuadamente la condición personal del hombre en relación con sus atributos de persona, circunstancia que exigía un cambio.

En este marco, hay autores que diferencian lo que se debe entender por actitud imparcial según el tema sea la defensa de un derecho humano o no⁽²⁸⁰⁾. Lo cierto es que la incorporación al texto constitucional se hizo sin hacer distinciones.

(275) DESPOUY, Leandro, *Independencia...*, cit., p. 146.

(276) DESPOUY, Leandro, *Independencia...*, cit., p. 147.

(277) OEA/Ser. L/V/II.116, Doc. 5 rev., del 22/10/2002.

(278) A igual conclusión llegó la Corte IDH, caso del “Tribunal Constitucional”, sentencia del 31/1/2000, serie C, nro. 7, párrs. 69 y 70.

(279) Tomando en cuenta que el derecho a ser “oído” es el antecedente necesario a acudir a los tribunales a estos fines.

(280) El Dr. Ricardo Luis Lorenzetti afirmó que si en una disputa entre cuestiones disponibles por las partes, el juez interviene, pierde su condición de imparcial, pero si en la tutela de derechos fundamentales no lo hace, se acerca a la ficción formal con descuido de la tutela judicial efectiva. Cfr. LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 160.

3.4. Relación con el debido proceso

La imparcialidad tiene relación con la garantía de debido proceso y de la defensa en juicio establecida en el art. 18, CN⁽²⁸¹⁾. Enseña la doctrina que no se trata de considerar que los jueces sean parte del debido proceso, sino que si ellos son imparciales no se verá afectado el principio fundamental⁽²⁸²⁾. El Código Iberoamericano de Ética Judicial marca esta relación en el art. 9º ya citado⁽²⁸³⁾.

Se afirmó que para el perfil de juez del Estado constitucional el proceso se transforma en un instrumento para la realización de la justicia, fin que exige que se deba confiar en el magistrado para alcanzarlo, razón por la cual cobra relevancia la subjetividad del juez.

Teniendo en cuenta la garantía, analizaremos los controles a los que se somete su cumplimiento y si éstos son eficientes para determinar si el juez que entendió en el caso y dictó el pronunciamiento tenía el estado subjetivo requerido.

Hay que tener en cuenta que si bien en los fallos de nuestra CSJN, la base del análisis es la jurisprudencia emanada de la CIDH, la razón es que conforme a la sentencia dictada en los autos "Almonacid Arellano y otros vs. Chile"⁽²⁸⁴⁾, lo dicho por la CIDH tiene el carácter de interpretación última de la Convención, lo que es de aplicación en el derecho interno (aun cuando el Estado no haya sido parte del pronunciamiento) al realizar el control de convencionalidad. Cabe aclarar que se incluye casos de la Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (TEDH) por la influencia que puede tener, o tuvo, en el dictado de los fallos de la CIDH.

Es por esa razón que los exámenes analizados son los que la CIDH realiza al controlar si los Estados parte de la Convención Americana dan cumplimiento a la garantía en sus jurisdicciones.

(281) CSJN, "Llerena, Horacio L. s/abuso de armas y lesiones arts. 104 y 89 CPen.", AP 35001644, dictamen del procurador general de la Nación, p. 7.

(282) GOZAÍNI, Osvaldo A., *El debido proceso...*, cit., p. 233.

(283) ANDRUET, Armando S. (h), ob. cit., pp. 306/307.

(284) "La Corte es consciente de 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 mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas 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" (párr. 124) en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf (acceso el 11/5/2011).

3.5. Exámenes de control

La jurisprudencia interpretó las normas estudiadas definiendo los controles que deben realizarse para determinar si el tribunal es o no imparcial en el caso concreto, no siendo un examen que se pueda realizar *in abstracto*.

Así, la CIDH, siguiendo la postura del TEDH, distingue dos tipos de *test*: uno subjetivo y otro objetivo propiamente dicho.

[...] la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad⁽²⁸⁵⁾.

En efecto, el TEDH en “Piersack contra Bélgica” dijo:

Si la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidades, su existencia puede ser apreciada, especialmente conforme el art. 6.1 del Convenio, de diversas maneras. Se puede distinguir así entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto⁽²⁸⁶⁾.

Más aún, la Corte Europea de Derechos Humanos dictó una resolución sobre ética judicial el 23 de junio de 2008 donde definió la imparcialidad como:

Article II: “Judges shall exercise their function impartially and ensure the appearance of impartiality. They shall take care to avoid conflicts of interest as well as situations that may be reasonably perceived as giving rise to a conflict of interest”⁽²⁸⁷⁾.

Desde el punto de vista subjetivo se trata de apreciar la convicción personal del juez, lo que pensaba en dicha ocasión. Se busca excluir a aquel que internamente haya tomado partido previamente, o vaya a basar su decisión en prejuicios indebidamente adquiridos⁽²⁸⁸⁾. En otras palabras, se indaga sobre

(285) “Apitz...”, consid. 56.

(286) Cfr. http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/jurisprudencia/14/04/2009, p. 12 (acceso el 4/5/2010).

(287) “Los jueces deben ejercitar su función de manera imparcial y asegurar la apariencia de imparcialidad. Deben tener cuidado de asegurar la apariencia de imparcialidad de evitar los conflictos de intereses así como las situaciones que puedan razonablemente ser percibidas como creadoras de un conflicto de intereses” (la traducción es propia) en http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1F0376F2-01FE-4971-9C54-EBC7D0DD2B77/0/Resolution_on_Judicial_Ethics.pdf. (acceso el 4/5/2010).

(288) Cfr. ALBANESE, Susana, *Garantías judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 88.

lo que el juez piensa en su fuero interno. En cambio, la perspectiva objetiva se dirige a determinar si el juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima sobre la objetividad con que tratará el caso⁽²⁸⁹⁾, esto es, se centra en la confianza que inspira el tribunal a las partes. Esta última prueba se fundamenta en “la racionalidad y la apariencia de imparcialidad”⁽²⁹⁰⁾.

Estos *test* difieren de los aspectos subjetivos y objetivos del concepto que desarrollamos en el capítulo primero, ya que los dos quedan incluidos en el *test* subjetivo. Se agrega el objetivo que refiere específicamente al aspecto institucional y busca determinar si hay datos objetivos que permitan determinar si el juez no es ajeno a la causa. Se daría el caso si, por ejemplo, tomó contacto anterior con el *thema decidendi*.

3.5.1. Test subjetivo

Por regla general se presume la imparcialidad del tribunal, dado lo cual la falta de dicho estado debe ser probado, asumiendo, el que lo alega, la carga de acreditarlo⁽²⁹¹⁾. Esto hace que este *test* no guarde estricta relación con las causales de recusación. Amén de ello, prácticamente no se verifican casos en la jurisprudencia en los que se haya determinado una infracción de este tipo, puesto que antes de llegar a un pronunciamiento sobre el fondo, el Estado demandado y la parte lesionada arribaron a una solución amistosa que lo dirime. Así, en los autos “Boeckmans v. Bélgica”, el presidente de un tribunal de apelación, antes de dictar sentencia, describió el sistema de defensa del imputado como: “falta de verosimilitud”, “escandaloso”, “mendaz”, “desgraciado” y “desagradable”, y le advirtió al imputado que de persistir en esta actitud, la condena podía ser revisada y aumentada, sin embargo, arribaron a una solución de común acuerdo⁽²⁹²⁾.

Una de las pocas sentencias en que se determinó la vulneración al *test* subjetivo⁽²⁹³⁾ fue en los autos: “Michalakis Kyprianou vs. Chipre” (sentencia del 27 de enero de 2004)⁽²⁹⁴⁾. En este caso un abogado, Michalakis Kyprianou, fue condenado por “desacato a la Corte” a cinco días de cárcel y a una multa de 130 euros como consecuencia de una discusión con los jueces del

(289) Cfr. ALBANESE, Susana, ob. cit., p. 88.

(290) ALBANESE, Susana, ob. cit., p. 95.

(291) Caso “Le Compte, Van Leuven y de Meyere c. Bélgica”, 23/6/1981, ap. 58.

(292) Cfr. GARCÍA, Luis M., “La noción de Tribunal imparcial en los instrumentos internacionales de derechos humanos. El caso ‘Zenzerovich’: una oportunidad perdida”, LA LEY, 1999-F, p. 242.

(293) Aun cuando cabe destacar que este antecedente en realidad centra la sanción en la violación al derecho de debido proceso.

(294) “Kyprianou v. Cyprus”, [GC] nro. 73797/01, ECHR, 2005. <http://translate.google.com/translate?hl=es&sl=en&u=http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/hof.nsf/d0cd2c2c444d8d94c12567c2002de990/753b15ba74dcf519c12570d5005130a0%3FOPenDocument&ei=SwLLTZryBcf30gGq7MXgCA&sa=X&oi=translate&ct=result&resnum=1&ved=0CB8Q7gEwAA&prev=/search%3Fq%3DKyprianou%2Bv.%2BCypru%2Bcmiskp%26hl%3Des%26prmd%3Ddivs> (acceso el 11/5/2011).

tribunal. El motivo fue que cuando estaba realizando un interrogatorio, los jueces lo interrumpieron y le cuestionaron la forma en que lo hacía, lo que el abogado consideró una ofensa. En su decisión, el Tribunal Europeo consideró que en el caso concreto no hubo un debido balance entre la protección de la autoridad del Poder Judicial y la protección del derecho a la libertad de expresión teniendo en cuenta la sanción penal impuesta. El tribunal realizó esta consideración tomando en cuenta que la ley permitía se impusieran sanciones menos restrictivas. Concluyó que la pena aplicada fue desproporcionadamente severa y que ésta podía generar un efecto inhibitorio en la labor del abogado como defensor. En el mismo orden de ideas, señaló que en el caso la imposición de una pena de prisión también afectaba el derecho a un debido proceso, por lo cual consideró que se había violado igualmente el art. 6.1 del Convenio Europeo⁽²⁹⁵⁾.

Ahora bien, ¿qué analiza el *test*? Se explicó que “el examen se centra, en general, en la revisión del modo en que se condujo el caso y de su atmósfera”⁽²⁹⁶⁾.

La TEDH consideró que no estaba afectado de parcialidad el juicio en el que un juez que presidía la audiencia, en ausencia del jurado, indicó que el caso resultaba indefendible y que no era afecto a discutir casos sin esperanza por largas horas a expensas públicas. Se valoró para decidir en este sentido que el juez que había pronunciado dichas palabras no decidía sobre la culpabilidad o inocencia de una persona⁽²⁹⁷⁾. Entonces, “parecería que la exteriorización de expresiones prejuiciosas por un juez, no serán *per se* decisivas para determinar una violación del principio del juez imparcial, salvo que se puede demostrar que esto resultó en un perjuicio real para el acusado”⁽²⁹⁸⁾.

En el caso “Gregory vs. Reino Unido”, el tribunal halló una nota que revelaba que uno de los jurados tenía prejuicios racistas. A consecuencia de ello, el juez había convocado a todo el jurado y le dio instrucciones sobre sus deberes haciéndoles saber que debían decidir conforme a las pruebas sin dejarse influenciar por cualquier otro factor. Les recomendó que debieran desembarazarse de “todo prejuicio, cualquiera que fuera su forma”. El TEDH advirtió que aunque la garantía del proceso equitativo podría en algunas situaciones obligar a licenciar a los jurados, esta medida no era la única que forzosamente se debía seguir y que el complemento de instrucciones al jurado, cuidadosamente formulado, podían ser suficientes como recaudo para

(295) Cfr. Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2006, Organización de los Estados Americanos, vol. III, Informe de la relatoría para la libertad de expresión, 3/3/2007, en: <http://www.cidh.org/annualrep/2006sp/LE%20ANUAL%202006%20ESP%206%20de%20marzo%202007.pdf> (acceso el 11/5/2011).

(296) GARCÍA, Luis M., ob. cit., p. 242.

(297) Informe CEDH, caso “4991/71 vs. Reino Unido”, 45 Coll 1.

(298) GARCÍA, Luis M., ob. cit., p. 243.

preservar un juicio justo ante un tribunal imparcial. Con ese fundamento no halló violación al art. 6.1⁽²⁹⁹⁾.

Distinta solución dio la CIDH ante un caso similar: “Andrews vs. Estados Unidos”. Allí encontraron una inscripción racista anotada al dorso de una servilleta en poder de uno de los miembros del jurado, la cual fue entregada al oficial de justicia que los había acompañado al comedor. La nota decía “cuelguen a los negros”⁽³⁰⁰⁾ y junto a esta inscripción había un dibujo que parecía representar una horca con un hombre ejecutado. Además, algunos de los jurados eran mormones y era conocida la doctrina religiosa racista de su fe religiosa⁽³⁰¹⁾. El alguacil había entregado la servilleta al juez que dirigía el debate. El juez de primera instancia había interrogado a éste sobre su origen, pero no a los miembros del jurado. El oficial declaró que en su opinión uno de los miembros del jurado podría haber escrito la nota⁽³⁰²⁾. Sin embargo, el juez aceptó la explicación de un jurado que manifestó que la nota había sido “encontrada”, siendo su única respuesta solicitar al jurado que ignore “...las comunicaciones de necios”⁽³⁰³⁾. El señor Andrews fue condenado a muerte. Cuando la CIDH analizó el caso, dijo:

La evidencia indica que el señor Andrews no fue escuchado con imparcialidad porque se manifestó una cierta “predisposición racial” entre algunos de los miembros del jurado y porque al omitir el juez de primera instancia el interrogatorio de los miembros del jurado se inficionó el juicio, dando como resultado la condena, la sentencia a muerte y la ejecución del acusado. Los antecedentes que tiene en poder la Comisión reflejan evidencia de que hubo “predisposición racial”⁽³⁰⁴⁾.

Además concluyó que

[e]l señor Andrews no fue oído en forma imparcial porque hay evidencia de que hubo “predisposición racial” durante el juicio y porque el Tribunal de primera instancia omitió realizar una audiencia probatoria de

(299) Cfr. GARCÍA, Luis M., ob. cit., p. 244.

(300) Informe 57/96, caso 11.139, 6/12/1996, <http://www.cidh.org/annualrep/97span/EstadosUnidos11.139.htm>, consid. 24 (acceso el 11/5/2011).

(301) Informe 57/96, cit., consid. 28.

(302) Informe 57/96, cit., consid. 25.

(303) Informe 57/9, cit., consid. 26.

(304) Informe 57/96, cit., consid. 165. Hay que agregar que “...la Comisión informa que en el Condado Davis del Estado de Utah (lugar donde Andrews fue juzgado y condenado a la pena de muerte), el 73,9% de sus residentes son mormones. En este Informe, la Comisión cita el caso Narrainen c. Noruega, Com. Para Elim. la Disc. Racial de la ONU, Comunicación 3/1991, un ciudadano noruego de ascendencia tamil, acusado de un delito de drogas denunció que su juicio no había sido justo e imparcial; sostuvo que consideraciones raciales habían influido de manera importante en la decisión contra él y señaló que uno de los miembros del jurado había manifestado que las personas como el acusado, que viven del aporte de los contribuyentes, deberían ser regresados a su lugar de origen y, asimismo, que se habían hecho comentarios desdorosos sobre el color de su piel” (ALBANESE, Susana, ob. cit., p. 96, nota al pie).

los miembros del jurado para determinar si la servilleta fue encontrada por miembros del jurado, según lo indicado por uno de sus miembros, o si los propios miembros la escribieron y trazaron las palabras de contenido racista en la servilleta. Si la nota no se originó en los miembros del jurado y fue “encontrada” por el miembro del jurado en cuestión, el juez de primera instancia podría haber preguntado a los miembros del jurado, en una audiencia probatoria, si la nota con las palabras y el dibujo de contenido racial ejercería alguna influencia sobre ellos o menoscabaría su discernimiento, impidiéndoles juzgar el caso en forma imparcial. Si el Tribunal hubiera realizado la audiencia, hubiera tenido la posibilidad de remediar, en caso de que se hubiera demostrado la necesidad de hacerlo, una situación que contraponía las obligaciones consagradas en la Declaración Americana ⁽³⁰⁵⁾.

Conforme a lo analizado, concluimos que el examen se realiza en forma posterior al dictado de la sentencia. Se busca determinar la falta de estado subjetivo requerido en el juez para poder dictarla. En caso de que se haya dado esta situación, mientras que el TEDH exige se que se haya generado un perjuicio al justiciable para descalificar la decisión, la CIDH no lo requiere, ya que la anula por la violación de la falta de presupuesto (ser oído por juez imparcial).

3.5.2. Test *objetivo*

Desde este análisis, interesa que el juez no parezca denotar parcialidad. No es suficiente que el juez haga justicia, es necesario que, además, parezca razonablemente que hace justicia. La máxima judicial inglesa expresa: “justice must not only be done: it must also be seen to be done” ⁽³⁰⁶⁾. Se afirmó que “el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a —y movido por— el derecho” ⁽³⁰⁷⁾. Ello implica que debe evitar todo tipo de comportamiento que pueda reflejar favoritismo, predisposición o perjuicio.

En efecto, el magistrado, cuando asume el cargo, debe ser consciente de que así como obtiene ciertos beneficios y ventajas, asume también las cargas y desventajas, lo que implica que su accionar deja de ser de interés privado para ser público. Exige el Código Iberoamericano de Ética Judicial que

...no sólo debe preocuparse por “ser” según la dignidad propia del poder conferido, sino también por “parecer” de manera de no suscitar legítimas dudas en la sociedad acerca del modo en que se cumple el servicio judicial... ⁽³⁰⁸⁾.

(305) Informe 57/96, cit., consid. 171.

(306) “No sólo debe hacerse justicia, sino también debe parecer que se hace” (traducción propia).

(307) “Apitz”, cit., consid. 56, *in fine*.

(308) ANDRUET, Armando S. (h), ob. cit., p. 220.

Lo afirmado ha hecho que la jurisprudencia sostenga que “en la compulsiva objetiva de imparcialidad, las apariencias revisten importancia en cuanto hagan suponer que la decisión dependerá de algún ‘factor extraño’ a la causa y conlleve a la ‘desconfianza de los ciudadanos en los tribunales de justicia en una sociedad democrática y, desde luego, en los acusados”⁽³⁰⁹⁾.

El control de este aspecto se hace a través del sistema de recusación-excusación y es por ello que se realiza en forma anterior al inicio del proceso.

La CIDH afirmó que cuando existan temores fundados o sospechas legítimas de parcialidad se debe recusar al magistrado que entienda en un proceso, teniendo en cuenta el *test* objetivo a que es sometida la garantía:

[a]l respecto, el Tribunal considera que la institución de la recusación tiene un doble fin: por un lado actúa como una garantía para las partes en el proceso, y por el otro, busca otorgar credibilidad a la función que desarrolla la Jurisdicción. En efecto, la recusación otorga el derecho a las partes de instar a la separación de un juez cuando, más allá de la conducta personal del juez cuestionado, existen hechos demostrables o elementos convincentes que produzcan temores fundados o sospechas legítimas de parcialidad sobre su persona, impidiéndose de este modo que su decisión sea vista como motivada por razones ajenas al derecho y que, por ende, el funcionamiento del sistema judicial se vea distorsionado. La recusación no debe ser vista necesariamente como un enjuiciamiento de la rectitud moral del funcionario recusado, sino más bien como una herramienta que brinda confianza a quienes acuden al Estado solicitando la intervención de órganos que deben ser y aparentar ser imparciales⁽³¹⁰⁾.

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación analizó este planteo en casos del fuero Penal, sin embargo, los traemos a colación por la importancia del precedente y porque los jueces hablan de la administración de justicia, sin hacer distinción de fueros. En el año 1963, en los autos “Recurso de hecho deducido por Ernesto E. Sanmartino en la causa ‘Penjerek Norma Mirta s/rapto y homicidio s/incidente de recusación’”,⁽³¹¹⁾ nuestro Alto Cuerpo hizo suyo lo dicho por el procurador general y afirmó:

Con razón o sin ella, esta causa y las que le son conexas han llegado a poner a prueba, ante los ojos del país, la eficacia y objetividad de nuestra administración de justicia, sin que se establezcan distinciones de fuero o de jurisdicción, que, por lo general, escapan a la comprensión del lego.

Por tal motivo, es indispensable que no subsista la menor duda de que tanto la acusación como la defensa han contado y contarán con las

(309) “Tierce y otros vs. San Marino”, 25/7/2000; “Morris vs. Reino Unido”, 26/2/2002; “Pabla Ky vs. Finlandia”, 26/6/2004.

(310) “Apitz”, cit., consid. 63.

(311) Fallos: 257:133.

más amplias garantías para hacer valer sus respectivas pretensiones. Cualquier limitación infundada al ejercicio de esos derechos, cobra en este caso grave trascendencia institucional, porque puede traducirse en menoscabo de la confianza que el pueblo deposita en el Poder Judicial. Mantener incólume esa confianza, a través de la prudencia y sabiduría con que ejercita la facultad de revisión instituida por el art. 14 de la ley 48, es tal vez la más alta misión que haya sido confiada a V.E., como órgano supremo del sistema judicial argentino e intérprete final de la constitución (Fallos: 246:237).

En “Llerena”⁽³¹²⁾, si bien ratifica la dimensión constitucional del instituto de la recusación⁽³¹³⁾, abandona el criterio de taxatividad y aplicación restrictiva que se tenía. Por el contrario, realiza una interpretación amplia del instituto, pero sin declarar la inconstitucionalidad de la norma procesal. En efecto, establece que “...no existe óbice alguno para que como regla procedimental en consonancia con la garantía, se interprete el temor de parcialidad como un motivo no escrito de recusación del juez y a favor del imputado...”⁽³¹⁴⁾. En este fallo, el Alto Cuerpo pone énfasis en la confianza de los sujetos⁽³¹⁵⁾, pero no analiza la personalidad del juez, sino toda posible actuación que “...exhibió signos objetivos y contundentes de formación de juicio sobre la hipótesis fáctica, la participación del imputado en el mismo, y una presunción de culpabilidad, aunque sea en mínimo grado...”⁽³¹⁶⁾.

En función de lo resuelto en este fallo, hay autores que creen que decretar un allanamiento de domicilio, llamar a indagatoria a un imputado, entre otros ejemplos, configuran motivos suficientes para apartar al juez durante el juicio⁽³¹⁷⁾. Sin embargo, creo que el temor fundado no puede significar que las partes se rijan por la idea de “piensa mal y acertarás”. De allí que resulta necesario que exista en el caso una razón justificada de esa apariencia de parcialidad, no basta que esté en la mente de aquel que recusa. Cabe destacar que el pronunciamiento se dio en sede penal y no tiene igual recepción

(312) CSJN, “Llerena Horacio L. s/abuso de armas y lesiones arts. 104 y 89 CPen.”, AP 35001644.

(313) Que, tal como se viene señalando, “la garantía de objetividad de la jurisdicción es un principio procesal del estado de derecho que, en la actualidad, se eleva al rango de Ley Fundamental, y porque ‘cuya observancia es juzgada por las convicciones jurídicas dominantes de un modo especialmente severo’ (conf. Brusiin, *Otto Übre Objektivitat der Rechtssprechung*, 1949, Ed. Helsinski, p. 51, versión castellana, 1996)” CSJN, Fallos: 316:286, consid. 25.

(314) Consid. 28.

(315) “...El juez, que... no debe gozar del consenso de la mayoría, debe contar, sin embargo, con la confianza de los sujetos concretos que juzga, de modo que éstos no sólo no tengan, sino ni siquiera alberguen, el temor de llegar a tener un juez enemigo o de cualquier modo no imparcial” (FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y razón”, pp. 581/582) (consid. 24).

(316) Consid. 20.

(317) Cfr. Ríos, Carlos I., “El temor de parcialidad como causa de recusación”, LA LEY, 2005-E, p. 105.

en materia civil y comercial, que es la materia que estamos estudiando. Sin embargo, la traemos a colación puesto que se reconoce el carácter constitucional de la garantía y podría ser un fallo utilizado como antecedente para justificar que se amplíen las causales de excusación y recusación en esta rama del derecho, aunque, como que ya afirmé siguiendo a Osvaldo Alfredo Gozaíni, el diseño de los garantistas resulta justo y apropiado para el proceso penal, pero no se adapta totalmente al proceso civil⁽³¹⁸⁾.

Ahora bien, existiendo una causa de recusación, hay que también tener en cuenta que el TEDH admite que la actuación pueda ser consentida, pero sólo cuando está precedido de una manifestación expresa. En el caso “Pfeifer y Plankl vs. Austria”⁽³¹⁹⁾, afirmó que “la renuncia a un derecho garantizado por la Convención —en la medida en que sea lícita— debe estar establecida de manera inequívoca” agregando que en el caso de derechos de naturaleza procedural, tal declaración debe estar rodeada de garantías mínimas correspondientes a su gravedad⁽³²⁰⁾. Tiene que ver con que la renuncia a un proceso equitativo reviste una entidad que exige expresas condiciones para su procedencia.

El Código de Conducta para los Jueces de los Estados Unidos establece la posibilidad de renunciar a la excusación del juez, fijando un procedimiento al respecto, situación que está contemplada en nuestro país. En efecto, establece el punto d) del Canon 3:

A judge disqualified by the terms of Canon 3C (1), except in the circumstances specifically set out in subsections (a) through (e), may, instead of withdrawing from the proceeding, disclose on the record the basis of disqualification. If the parties and their lawyer after such disclosure and an opportunity to confer outside of the presence of the judge, all agree in writing or on the record that the judge should not be disqualified, and the judge is then willing to participate, the judge may participate in the proceeding. The agreement shall be incorporated in the record of the proceeding⁽³²¹⁾.

En nuestro país, si un juez que estando impedido de entender en un asunto dicta sentencia a sabiendas, conforme a lo establecido por el art. 32

(318) Cfr. GOZAÍNI, Osvaldo A., *El debido proceso...*, cit., p. 33, cita capítulo I.

(319) Series A, nro. 227 (25/2/1992).

(320) GARCÍA, Luis M., ob. cit., p. 256.

(321) ROOS, Stefanie R. - WOISCHNIK, Jan, *Códigos...*, cit., anexo documental, “El juez descalificado por las condiciones del Canon 3 C (1), excepto en las circunstancias específicamente detalladas en las sub secciones (a) a e), podrá divulgar, en vez de retirarse de las actuaciones, en el registro la base de la descalificación. Si las partes y sus abogados, después de dicha divulgación y de una oportunidad para confesar fuera de la presencia del juez, convienen todas por escrito y en el registro que el juez no deberá ser descalificado, y el juez está entonces dispuesto a participar, el juez podrá participar en las actuaciones. El acuerdo será incorporado en el registro de las actuaciones”.

del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación, incurre en causal de remoción.

3.6. Comparación entre ambos test

Ambos *test* evalúan el cumplimiento de la garantía a partir de la actuación del juez en el proceso y la confianza que genera en el justiciable. El análisis no se centra en el contenido de la sentencia (CIDH), sino en la posibilidad de determinar los motivos del juez. El *test* subjetivo presume su corrección, salvo que se demuestre lo contrario. El *test* objetivo no lo presume, pero no analiza la personalidad del juez en forma directa. Las actuaciones del juez que generen en el justiciable temor fundado de falta de parcialidad, hacen admisible su recusabilidad. Si bien éste es el criterio sentado en materia penal, podría ser tomado en cuenta en futuros pronunciamientos de materia civil y comercial si se tiene solamente en cuenta la incorporación constitucional de la garantía.

También se observa que la doctrina internacional aún no adoptó una postura extrema que implique definir la imparcialidad como total neutralidad en el proceso, o que la actividad tenga por fin descubrir la verdad real y defender los derechos de los justiciables. Trajimos a colación el voto del Dr. Cançado Trindade en el caso “Blake” donde hizo referencia a que la sentencia estaba conforme al *derecho stricto sensu*, pero que la solución no atendía plenamente al imperativo de la realización de la *justicia* bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁽³²²⁾. Lo afirmado demuestra que los miembros de la CIDH tienen una postura positivista (mayoría) y otros una iusnaturalista (minoría en este caso).

La conciencia de esta indefinición ha hecho que le Dr. Sagüés afirme:

En tanto y en cuanto ese bagaje normativo y directivo internacionalista extrema, v.gr. los recaudos que debe ostentar el juez en materia de imparcialidad objetiva, es posible que se acreciente el peso de las posiciones garantistas. En cambio, si acentúa los roles protectorios del juez en la vigencia de ciertos derechos humanos (e indirectamente, de los que son titulares de ellos), es factible que crezca el activismo judicial. La presión del derecho internacional público sobre el constitucional, por lo demás, se acrecienta día a día⁽³²³⁾.

El Dr. Osvaldo Gozaíni por su parte sostiene enfáticamente frente a esta situación:

(322) Caso “Blake c. Guatemala” (sentencia del 24/1/1998) serie C (Resoluciones y sentencias), nro. 36, del voto razonado del juez Cançado Trindade: [http://luismezquita.com/Minugua%20\(E\)/Docs%20AGeneral/Derechos%20Humanos/CDROM/Jurisprudencia/OEA/Juris%20Cont%20Provisional/Blake/Blake%20Fondo%20\(24-1-98\).htm](http://luismezquita.com/Minugua%20(E)/Docs%20AGeneral/Derechos%20Humanos/CDROM/Jurisprudencia/OEA/Juris%20Cont%20Provisional/Blake/Blake%20Fondo%20(24-1-98).htm) (acceso el 10/5/2011).

(323) SAGÜÉS, Néstor P., “‘Activismo’ versus ‘Garantismo’...”, cit., p. 6.

Es lógico así que “nuestros jueces” tengan una dimensión de funciones aumentada a la que sirven los magisterios del viejo continente, y es plausible que no se recorten esas potestades por cuestiones puramente técnicas, desde que no puede ser el proceso entre partes una contienda donde puedan quedar socavados, justamente, la misión constitucional que vienen dados a cumplir⁽³²⁴⁾.

No cabe duda de que el alcance de la garantía de imparcialidad se está todavía delineando por medio de la jurisprudencia de los órganos de control internacionales, y todavía no tomó un camino definido, pero pareciera que en materia de garantías las interpretaciones se expandieron y seguirán haciéndolo. La crítica podría surgir desde la seguridad jurídica, puesto que si el alcance de la garantía en el caso concreto depende de lo que la CIDH determine cuando realice el *test* objetivo, no está definida con claridad la conducta exigible a los magistrados *a priori*.

3.7. Relación del *test* objetivo con la independencia y competencia

Las características del *test* objetivo nos obligan a analizar la conexión de este presupuesto con la independencia y competencia.

3.7.1. Independencia

Tal como ya se afirmó, el postulado de la independencia judicial, consustancial al Estado de derecho, tiene carácter instrumental para asegurar la imparcialidad del juicio. Ello presupone la libertad de criterio del juzgador para resolver los conflictos sin ataduras, compromisos o interferencias extrañas, bajo la sola sumisión a la ley y las valoraciones sociales comunitarias⁽³²⁵⁾.

La CIDH en “Apitz” definió el contenido de la independencia diciendo:

(...) uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de independencia de los jueces. Dicho ejercicio autónomo debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación⁽³²⁶⁾.

(324) GOZAÍNI, Osvaldo A., “El principio de congruencia frente al principio dispositivo”, trabajo para la Comisión Procesal Civil.

(325) Cfr. BERIZONCE, Roberto O., “Recientes tendencias en la posición del juez”, cit., p. 20.

(326) “Apitz”, cit., consid. 55.

En el caso “Reverón Trujillo” la CIDH agregó:

(...) Adicionalmente, el Estado está en el deber de garantizar una apariencia de independencia de la magistratura que inspire legitimidad y confianza suficiente no sólo al justiciable, sino a los ciudadanos en una sociedad democrática⁽³²⁷⁾.

La independencia implica que el juez se encuentre aislado de presiones o influencias extrañas⁽³²⁸⁾, reuniendo el concepto un aspecto subjetivo y otro objetivo (apariencia), conforme a los fallos citados y en este punto se marca la relación con el *test supra* estudiado.

Ahora bien, aun cuando es posible diferenciar la independencia de la imparcialidad, la misma CIDH reconoce que son conceptos relacionados⁽³²⁹⁾. No cabe duda de que la independencia crea las condiciones óptimas para que el juez pueda cumplir sus funciones en forma imparcial. Por esta razón se ha dicho: “Es que la independencia judicial, a los fines de resolver la vigencia total del debido proceso, no se interpreta como principio, sino como herramienta para un servicio esencial: la imparcialidad”.

También se han distinguido los conceptos diciendo:

(...) agrega González Grande, no es, pues, lo mismo que la imparcialidad, sino que es un antecedente necesario para que la segunda sea posible, si bien se ha señalado que en situaciones claras de ausencia de independencia institucional no han faltado jueces imparciales, y evidentemente también puede darse lo contrario: jueces parciales en condiciones objetivas de independencia⁽³³⁰⁾.

Es fruto de esta característica que la doctrina ha dicho que “De la independencia del juez deriva la fuerza de la sentencia...”⁽³³¹⁾.

3.7.2. Competencia

Así como la imparcialidad regula la condición del órgano-individuo, la garantía del juez natural regula la condición del órgano-institución, pero ambos puntos se complementan. Al igual que la independencia, esta garantía

(327) “Reverón Trujillo vs. Venezuela”, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_197_esp.pdf, consid. 67 (acceso el 11/5/2011).

(328) Cfr. GOZAÍNI, Osvaldo A., *El debido proceso...*, cit., p. 250.

(329) Cfr. “Apitz”, cit., consid. 55, con cita a nota 69: Comité de Tortura: “Preocupa al Comité la situación de dependencia de hecho del poder judicial al poder ejecutivo, que representa un obstáculo importante a la apertura inmediata de una investigación imparcial cuando haya motivos razonables para creer que se ha cometido un acto de tortura en cualquier territorio de la jurisdicción” Cfr. Naciones Unidas, Comité de Tortura, Conclusiones y Recomendaciones: Burundi, CAT/C/BDI/CO/1, párr. 12.

(330) GOZAÍNI, Osvaldo A., *El debido proceso...*, cit., p. 250.

(331) ALBANESE, Susana, ob. cit., p. 89.

también favorece que el juez pueda cumplir sus funciones de manera imparcial. Se afirmó que la garantía del juez natural sólo puede ser entendida sujeta al principio de imparcialidad⁽³³²⁾.

El art. 18 de la Constitución Nacional establece que ningún habitante de la Nación puede ser (...) juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Explica María Angélica Gelli que “tiene por fin asegurar la máxima imparcialidad en el juzgamiento de las personas”⁽³³³⁾. Refuerza la garantía lo establecido en el art. 109 de la Constitución Nacional (ex art. 95) que prohíbe expresamente al presidente de la Nación ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.

En los autos “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”⁽³³⁴⁾, con sentencia del 30/5/1999 (fondo, reparaciones y costas) de la Corte Interamericana de Derecho Humanos (CIDH en adelante), se pudo observar la relación entre los aspectos *supra* señalados. En este caso se discutía, entre otros temas, que las leyes peruanas establecían que para los delitos de traición a la patria se aplicaba un procedimiento sumario “en el teatro de operaciones” llevado adelante por jueces “sin rostro”, con respecto al cual no cabe la interposición de acciones de garantía⁽³³⁵⁾.

La Comisión argumentó:

[...] e) los miembros de los tribunales son designados por las jerarquías militares, lo cual supone que para el ejercicio de la función jurisdiccional dependan del Poder Ejecutivo, y esto sería comprensible sólo si juzgasen delitos de orden militar. Si bien la Ley Orgánica de Justicia Militar establece en su título preliminar la autonomía de la función jurisdiccional, otras normas del mismo cuerpo legal establecen su dependencia del Poder Ejecutivo y la ausencia en sus cuadros de profesionales del derecho. La citada ley establece, en su art. 23, que el ministro del sector pertinente designa a los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar. En la práctica, los jueces militares siguen estando subordinados a sus superiores y deben respetar la jerarquía militar establecida. Por estas razones, dichos tribunales no “ofrecen garantías de imparcialidad e independencia para los civiles, toda vez que los jueces militares actúan bajo una lógica militar y de acuerdo a sus principios”.

[...] g) el decreto ley 25.475 establece en su art. 15 inc. 1, que aquellos militares que intervengan en el conocimiento de delitos de terro-

(332) Cfr. SANCINETTI, Marcelo A., *La violación a la garantía de la imparcialidad del tribunal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 15.

(333) GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3ª ed. ampl. y actual., La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 226.

(334) http://spij.minjus.gob.pe/informacion/coyuntura/Sentencias_CIDH/CastilloPetruzzi/SENTENCIA-CORTE-FONDO-REPARACIONES-COSTAS-CASTILLO-PETRUZZI.pdf (acceso el 11/5/2011).

(335) “Castillo Petruzzi y otro vs. Perú”, consid. 86.10.

rismo mantendrán en secreto su identidad; consecuentemente, las resoluciones y sentencias no llevan ni firma ni rúbrica. La utilización de los tribunales “sin rostro” ha negado a los imputados al derecho de ser juzgados por un tribunal independiente e imparcial, el derecho a defenderse y el derecho al debido proceso. Este tipo de juzgamientos afecta la posibilidad de que el procesado conozca si el juez es competente e imparcial⁽³³⁶⁾.

La CIDH concluyó, en lo pertinente: “Además, la circunstancia de que los jueces intervinientes en procesos por delitos de traición a la patria sean sin rostro, determina la imposibilidad para el procesado de conocer la identidad del juzgador y, por ende, valorar su competencia. Esta situación se agrava por el hecho de que la ley prohíbe la recusación de dichos jueces”⁽³³⁷⁾.

Esta relación es reconocida incluso por la doctrina: “La ausencia de imparcialidad coincide a veces con el hecho de que el tribunal no está establecido conforme la ley” (caso “Pfeifer y Plalk”)⁽³³⁸⁾.

Más aún, la garantía del juez natural es el argumento utilizado para establecer los límites al abuso del sistema de excusación y recusación de los jueces⁽³³⁹⁾.

3.8. Conclusión

Determinamos que en materia internacional la garantía se relaciona con la del debido proceso. Su cumplimiento es controlado a través de dos *test*: uno subjetivo y otro objetivo.

Dijimos que estos *test* difieren de los aspectos subjetivos y objetivos del concepto que desarrollamos en el capítulo primero, ya que aquellos quedan incluidos en el *test* subjetivo, agregándose el objetivo que refiere específicamente al aspecto institucional, que el juez sea ajeno a la causa.

Ambos *test* evalúan el cumplimiento de la garantía a partir de la actuación del juez en el proceso y la confianza que genera en el justiciable. El análisis no se centra en el contenido de la sentencia (CIDH), sino en la posibilidad de determinar los motivos del juez. El *test* subjetivo presume su corrección, salvo que se demuestre lo contrario. El *test* objetivo no lo presume, pero no analiza la personalidad del juez en forma directa. Las actuaciones del juez

(336) “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, consid. 125.

(337) “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, consid. 133.

(338) ALBANESE, Susana, ob. cit., p. 87.

(339) Conforme a Fallos: 319:758. Se expresó: “Con la recusación se intenta preservar la imparcialidad necesaria de los tribunales de justicia, pero, a su vez, se intenta evitar que el instituto se transforme en un medio espúrio para apartar a los jueces del conocimiento de la causa que por norma legal le ha sido atribuido”.

que generen en el justiciable temor fundado de falta de parcialidad, hacen admisible su recusabilidad.

El *test* subjetivo se realiza en forma posterior al dictado de la sentencia analizando el modo en que se condujo el caso y su atmósfera. Esto implica que la incidencia de la personalidad del juzgador en la actividad judicial sólo adquiere relevancia en la medida en que tenga una manifestación externa. El *test* objetivo se realiza *a priori*, dado lo cual es el único que se relaciona con el sistema de recusación-excusación. Cabe destacar que nuestra CSJN analizó las reglas procesales en relación con el principio dándole la dimensión constitucional que establecimos en el capítulo primero.

El control de la garantía no determinó todavía lo que se espera de un juez imparcial en relación con el dictado de la sentencia. Vemos que subsiste el debate entre posturas positivistas o iusnaturalistas en la CIDH.

Se estableció la relación de la imparcialidad con la independencia y la garantía del juez natural.

CAPÍTULO CUARTO

LA SENTENCIA DEL JUEZ IMPARCIAL

4.1. La decisión judicial y la justicia

El proceso decisorio comprende diversas actividades intelectuales y psíquicas del juez, que culminan con la sentencia. En ese momento, el juez del estado constitucional transforma, con equidad, la entelequia de la justicia en una solución justa para el logro de la paz social.

La decisión debe estar motivada en el derecho y hacerse pública. El conocimiento del pueblo coadyuva a la imparcialidad del órgano. Es precisamente en la fundamentación de la decisión donde el juez demuestra que la ley ha sido válidamente aplicada al caso⁽³⁴⁰⁾ y de esta forma justifica su conducta⁽³⁴¹⁾.

No hay que olvidar que el poder otorgado al magistrado, mal usado, puede hacer que una solución injusta se transforme en legal⁽³⁴²⁾. Aun cuando las sentencias puedan ser apeladas y revocadas⁽³⁴³⁾, muchas veces el daño puede ser irreparable o llegar tardío.

(340) Cfr. SAGÜÉS, Néstor P., *Recurso extraordinario*, t. II, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, p. 223.

(341) Cfr. Alfredo Vélez Mariconde explica: "...los jueces son representantes del pueblo soberano, y como tales deben responder, necesariamente, de sus actos: a fin de que pueda hacerse efectiva esa responsabilidad, es indispensable que sus sentencias sean públicamente motivadas, para que exhiban ante el pueblo los fundamentos de sus decisiones, que es la forma de justificar su conducta; y eso significa, desde luego, la necesidad de que esa motivación se ajusten a las reglas de la lógica, de la experiencia y de la psicología" (VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, t. I, 3ª ed. actual. por los Dres. Manuel N. Ayán y José I. Cafferata Nores, Marcos Lerner, Córdoba, 1981, p. 356).

(342) "Por todo ello el Estado siente como esencial el problema de la elección de los jueces; porque sabe que les confía un poder mortífero que, mal empleado, puede convertir en justa la injusticia, obligar a la majestad de la ley a hacerse paladín de la sinrazón e imprimir indeleblemente, sobre la cándida inocencia, el estigma sangriento que la confundirá para siempre con el delito" (CALAMANDREI, Pietro, ob. cit., p. 11).

(343) "Los jueces, más que los abogados, deberían agradecer al procedimiento sus complicados expedientes, que no parecen hechos para retardar su labor (como se dice con frecuencia), sino para dejar su conciencia en paz. El temor de haber

4.2. Construcción de la decisión judicial

De todo lo estudiado podemos afirmar que la sentencia tendrá el carácter de tal en tanto reúne ciertas características:

1) El juez la dicte en forma libre, sin que el resultado esté preconcebido

Se ha dicho que en estas condiciones la sociedad no tendrá ningún temor a que el juez se aparte de la letra de la norma y dicte la solución a conciencia, porque sabrá que lo hace pensando no como un alquimista o como un veterinario, sino como un juez⁽³⁴⁴⁾ buscando hacer justicia.

2) Esté motivada

Enseña Smith⁽³⁴⁵⁾ que el acto de sentenciar se integra dinámicamente a través de dos momentos: a) el momento cognoscitivo y b) el momento normativo.

Explica este autor que en el primero, el juez accede gnoseológicamente a una realidad social constituida por el *factum*, generalmente litigioso, que las partes someten a su consideración, y en el segundo, el juez, por un acto de voluntad, crea una norma individual, que soluciona imperativamente la cuestión sometida a su decisión y que constituye, respecto de ésta, la aplicación individualizada de una serie de normas generales y principios que integran inmediata o mediatamente el ordenamiento⁽³⁴⁶⁾.

Estos dos aspectos están ligados de manera tal que no puede existir uno sin el otro, dado lo cual la motivación se construye de la misma manera.

La realidad demuestra que la personalidad del juez constitucional influye al momento que realiza dicho acto de creación⁽³⁴⁷⁾. El resultado es una expresión externa de lo que ocurre en el fuero interno del magistrado.

Tomando en cuenta esta actividad creadora para dar las soluciones jurídicas, la teoría contemporánea demuestra que no hay diferencia sustancial entre el legislador y el juez, sino más bien diferencias cuantitativas; el primero habla imperativamente para personas y casos indeterminados y

pronunciado una sentencia injusta podría ser para un juez con conciencia, tan inquietante, que le impidiera dormir por la noche. Pero sabe que está la apelación; y la idea consoladora de que su error pueda tener remedio, lo ayuda dulcemente a conciliar el sueño" (CALAMANDREI, Pietro, ob. cit., pp. 352/353).

(344) Cfr. HERRENDORF, Daniel E., ob. cit., p. 106.

(345) Cfr. SMITH, Juan Carlos, "El principio lógico de razón suficiente y la sentencia judicial", ED, 72-720.

(346) Cfr. SMITH, Juan Carlos, ob. cit.

(347) Francisco J. Ezquiaga Ganuzas demostró la verdad de la siguiente hipótesis: "...el juez a lo largo del proceso de aplicación del derecho, que concluirá con la decisión final sobre el caso planteado, elige, valora, extrae conclusiones, vierte opiniones personales, en definitiva, proyecta en su actividad todas sus convicciones, preferencias y opciones" (EZQUIAGA GANUZAS, Francisco J., "Juicios de valor...", cit., p. 33).

el segundo lo hace también imperativamente, pero para personas y casos determinados⁽³⁴⁸⁾.

4.3. Elementos del deber de imparcialidad en el acto decisorio

Haciendo un parangón con lo dicho en el punto anterior, pero desde el punto de vista de la imparcialidad, Joseph Aguiló Regla enseña que este deber tiene dos aspectos: a) motivos para decidir, b) el contenido de las decisiones⁽³⁴⁹⁾.

Cuando hablamos de motivos nos referimos a las razones íntimas que determinan al juez para tomar una decisión. El ideal del juez imparcial es aquel que sólo se mueve por el cumplimiento del deber⁽³⁵⁰⁾, lo que se correlaciona con lo expresado en el punto 1 del ap. 4.2. Es que el juez no puede decidir por motivos incorrectos, sino que está obligado a hacerlo por los motivos correctos⁽³⁵¹⁾.

Ante la pretensión de control, suele ser difícil determinar su corrección porque generalmente no surgen expresos en la sentencia.

En el punto 2, del ap. 4.2, me refiero al contenido de la sentencia. Por lo dicho al definir el concepto de derecho, nuestra postura es que su corrección estará en la medida que se ajuste a la justicia y reglas morales⁽³⁵²⁾.

Estos dos momentos se relacionan dinámicamente, pero no siempre se validan mutuamente, a saber:

Si la decisión judicial está correctamente fundada en la ley, pero tomada por motivos incorrectos, dice Joseph Aguiló Regla que es en términos normativos inaceptable, inasumible porque se estima simulada. La razón es que la aplicación correcta de una ley no convalida la incorrección de los motivos⁽³⁵³⁾. Ésta es la postura seguida por la CIDH en el caso “Andrews vs. Estados Unidos”⁽³⁵⁴⁾.

La razón es que se rompió la credibilidad en la decisión del juez, presupuesto que exige el principio de imparcialidad. Teniendo en cuenta el precedente señalado, en nuestro país podrían darse planteos y fallos que lo admitan, pero exigiría que en el expediente se hayan exteriorizado la falta del estado subjetivo requerido, lo que demuestra la dificultad que se verifique la situación en la práctica si permanecen ocultos y la decisión está fundada correctamente en la ley.

(348) Cfr. VIGO, Rodolfo L., *Interpretación...*, cit., p. 25.

(349) Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep, “Imparcialidad...”, cit., p. 32.

(350) Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep, “Imparcialidad...”, cit., p. 29.

(351) Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep, “Imparcialidad...”, cit., p. 32.

(352) Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Las obligaciones básicas de los jueces*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 133.

(353) Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep, “Imparcialidad...”, cit., p. 32.

(354) Ver control subjetivo, capítulo tercero.

Por el contrario, si el contenido es incorrecto (se aplicó mal una norma), pero los motivos son correctos, éstos siguen siendo válidos⁽³⁵⁵⁾, aun cuando el contenido de la decisión pueda ser cambiada por las vías legales pertinentes, no se trata de otra cosa que un error. El fundamento es que no existe crítica interna a la decisión, no se afectó la credibilidad del juez.

Si se da el caso de que tanto el contenido como los motivos son incorrectos, la decisión también es simulada, la actitud interior del juez lleva a realizar la crítica externa al contenido de la decisión⁽³⁵⁶⁾.

4.4. Análisis de la subjetividad del juez en la interpretación y argumentación de la sentencia

Si la ley es clara y manifiesta una única verdad, la que es evidente, el desacuerdo legal se torna ilegítimo⁽³⁵⁷⁾.

La realidad demuestra que muchas normas resultan contradictorias, ambiguas, deficientes, etc. Incluso no logran regular todas las posibles situaciones de la compleja vida social. Ya había dicho Juan Bautista Alberdi:

La ley es un dios mudo: habla siempre por la boca del magistrado. Este la hace sabia o inicua... Cread la jurisprudencia que es el suplemento de la legislación, siempre incompleta, y dejad en reposo las leyes, que de otro modo jamás echarán raíces⁽³⁵⁸⁾.

En función de ello, la tarea de interpretación del supuesto normativo depende de las valoraciones que hace el magistrado del marco legal⁽³⁵⁹⁾, proyectando en esta tarea su subjetividad, sus convicciones, etcétera⁽³⁶⁰⁾.

El contenido de la decisión se valida por las razones expuestas por el juez para justificar la solución que previamente tomó⁽³⁶¹⁾ intuitivamente en su conciencia⁽³⁶²⁾.

(355) Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep, "Imparcialidad...", cit., pp. 32, 33.

(356) Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep, "Imparcialidad...", cit., p. 35.

(357) Hay autores que sostienen sin embargo: "Aun admitiendo que un texto no provoque dudas respecto a su significado (hecho extremadamente improbable), siempre será necesaria su interpretación aunque sólo sea para apreciar su claridad" (EZQUIAGA GANUZAS, Francisco J., "Juicios de valor...", cit., p. 40).

(358) ALBERDI, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, cap. XXXIV.

(359) Eligiendo el método de interpretación, como se utiliza, los precedentes jurisprudenciales y doctrinales, la creación de lagunas. Cfr. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco J., "Juicios de valor...", cit., pp. 37-57.

(360) "...hoy la teoría de la interpretación, desde muy diversas vertientes, ha superado aquella visión ingenua y ficticia, y asume la insuperable discrecionalidad..." (VIGO, Rodolfo L., "La responsabilidad ética...", cit., p. 450).

(361) Cfr. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco J., "Juicios de valor...", cit., p. 43.

(362) "Que el juez debe saber escuchar y comprender la reclamación razonable de la petición de justicia que es siempre un valor a alcanzar, y cuya respuesta plas-

Se afirma que sólo aquel que sea un hombre práctico, que sea “buen” magistrado⁽³⁶³⁾, ético⁽³⁶⁴⁾, podrá darle el sentido correcto a la norma⁽³⁶⁵⁾.

Tampoco debemos olvidarnos que, como ya dijimos, el valor justicia es realizable en forma relativa por los hombres, fruto de la propia humanidad de los jueces.

Estos problemas, que marcan que un caso sea difícil, se acentúan en el plano fáctico porque el juez no accede directamente a los hechos, sino que lo hace a través de proposiciones relativas a ellos, cuya verdad hay que probar en el proceso con la dificultad que ello acarrea⁽³⁶⁶⁾. Tan así es que se ha

ma primero en su conciencia, intuitivamente, como un sentimiento al que luego cobija con el manto de la motivación lógica, acordándole el sentido jurídico en los fundamentos de la sentencia” (MORELLO, Augusto M., *La justicia...*, p. 41).

(363) “No tenemos escuelas especiales para formar jueces, magistrados, es decir, hombres prácticos, hombres de aplicación que pongan en acción las leyes escritas, que tenemos de sobra. Educados en una buena jurisprudencia, es decir, poseyendo principios y reglas de interpretación y aplicación de los principios en que reposa el progreso de la América del Sud, y empapados en el estudio discreto de los textos existentes, los buenos magistrados remediarían el defecto de nuestras viejas leyes. Ellos harían hablar y decir un lenguaje de sabiduría. La ley es siempre un oráculo de palo, que habla por la boca del juez. Su sabiduría es la que este intérprete le da” (ALBERDI, Juan B., *Escritos póstumos*, t. IX, p. 19).

(364) “¿Por qué la ética? Es intrínseco a toda sociedad humana la aparición de problemas jurídicos en donde se discuta sobre lo que le corresponde a los justiciables, pero implicó un gran salto civilizador poner en manos de un tercero imparcial la solución de esas disputas acerca de derechos y deberes. Para desempeñar esa función jurisdiccional, el derecho romano pensó en ‘hombres buenos, peritos en derecho’, lo cual resume ejemplarmente las dos grandes exigencias que conlleva la justificación de esa tarea, de discernir e imperar lo justo concreto. En efecto, se requiere del conocimiento y oficio propio de los jurisprudentes, pero dado que en ese ‘decir el derecho (*iuris dictio*) no es posible ‘demostrar’ la verdad del juicio judicial, ello se suple confiando en la calidad ética de aquellos que cumplen la función. Si el juez es aquel hombre experimentado en prudencia y virtudes, es más fácil no sólo que pueda decir lo justo en el caso, sino que inspire la confianza en que eso que dice es efectivamente lo justo; ello, atento a que su vida recta constituye un dato significativo para avalar el juicio recto que da para el caso, aun cuando esté imposibilitado de proveer a ese saber práctico concreto, de una certeza que sólo alcanzan los saberes teóricos o especulativos. El conocimiento del derecho apuntala la autoridad del juez, pero —además— es la calidad ética probada en el ‘vivir bien’ lo que la refuerza significativamente” (VIGO, Rodolfo L., “Prólogo al Código de Ética Judicial”, en <http://www.poderjudicial-sfe.gov.ar/etica/prologo.htm> [acceso el 14/4/2011]).

(365) Incluso se ha dicho que el análisis se hace con la limitación de que quienes operan el derecho lo hacen sobre un vacío epistemológico y marcado desconocimiento de las reglas que constituyen el discurso judicial. Cfr. PAMPHILE, Cecilia, “Los hechos en la decisión judicial: la importancia de la argumentación justificatoria”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Universidad austral, Facultad de Derecho, La Ley, nro. 5, p. 21.

(366) Cfr. PAMPHILE, Cecilia, ob. cit., p. 21; EZQUIAGA GANUZAS, Francisco J., “Juicios de valor...”, cit., pp. 35-37.

afirmado que el momento de la fijación de los hechos es el de mayor discrecionalidad judicial y, por tanto, donde el juez puede ser más arbitrario⁽³⁶⁷⁾.

Todo ello mediado por el lenguaje que tiene el carácter de ambiguo, vago y de textura abierta⁽³⁶⁸⁾.

En este contexto, como bien lo recuerda Alsina (h), creo que lo importante es que el juez lleve al ánimo de los litigantes la convicción de que han sido ponderados todos los aspectos de la cuestión debatida, tomadas en cuenta sus respectivas alegaciones⁽³⁶⁹⁾, como eliminado todos los defectos producidos por el lenguaje. Es que el juez, para ser racional, necesita la racionalidad de las partes⁽³⁷⁰⁾, lo que marca la relevancia de que se haya garantizado debidamente el contradictorio durante el proceso.

Para ello debe realizar el análisis con la amplitud que sea menester para dejar demostrada la verdad de su razonamiento⁽³⁷¹⁾.

Enseña el Dr. Rodolfo Luis Vigo que una argumentación apropiada es aquella que satisface los siguientes requisitos: a) coherencia, porque no entra en contradicción consigo misma o decisiones anteriores, b) universalizable, c) sincera, no se apoya en mentiras o falsedades a sabiendas, d) eficiente, busca respaldar concretamente la decisión u opinión expuesta, e) suficiente, da todos los argumentos fuertes a favor del resultado interpretativo, f) controverial, atiende a los argumentos del interlocutor e intenta rebatirlos racionalmente, g) contextualizada, se argumenta desde cierto sistema jurídico, comunidad lingüística, etcétera⁽³⁷²⁾. También se agregó que debe ser: auto-suficiente (comprensible por sí misma), y proporcionada (ni demasiado escueta, ni demasiado prolija porque puede significar que se quiere eludir la motivación)⁽³⁷³⁾.

El Código de Ética Iberoamericano sigue estas pautas y establece determinadas reglas, entre las que se destacan: la obligación de motivar las decisiones tanto en materia de hecho como de derecho (art. 22), la obligación de expresar, de manera ordenada y clara, razones jurídicas válidas, aptas para

(367) Cfr. PAMPHILE, Cecilia, ob. cit., p. 1.

(368) Cfr. GÓMEZ, Astrid - BURUERA, Olga M., *Análisis del lenguaje jurídico*, Editorial Belgrano, pp. 65-77.

(369) Cfr. ALSINA, Hugo (h), *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. II, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1957, p. 255.

(370) Cfr. PAMPHILE, Cecilia, ob. cit., p. 40.

(371) Cfr. SMITH, Juan Carlos, ob. cit., 721.

(372) Cfr. VIGO, Rodolfo L., *Interpretación...*, cit., p. 37.

(373) Cfr. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco J., "La argumentación interpretativa y las normas que regulan la interpretación", Tribunal Estatal Electoral, Chihuahua, 30 y 31 octubre 2006, http://www.techihuahua.org.mx/attachments/162_Presentacion%20Dr.%20Fco.%20Javier%20Ezquiaga%20Granuzas%20Universidad%20del%20Pais%20Vasco-Euskal%20Herriko%20Unibertsitatea%20Tribunal%20Estatal%20Electoral%20Chihuahua.%2030%20y%2031%20de%20Octubre%20del%202006.pdf, p. 24 (acceso el 11/5/2011).

justificar la decisión (art. 19), proceder con rigor analítico en el tratamiento del cuadro probatorio (art. 23), no limitarse a invocar normas aplicables (art. 24), resolver todas las alegaciones de las partes o a las razones producidas por los jueces que hayan conocido antes del asunto, siempre que sean relevantes para la decisión (art. 25) y ser realizadas en estilo claro y preciso, sin recurrir a tecnicismos innecesarios (art. 27).

4.5. Alcance del control de arbitrariedad

Si bien es cierto que la argumentación debe ser universal, la realidad demuestra que sólo obliga al juez que la dictó (hasta que cambie el criterio fundadamente). El gran problema que plantean los casos difíciles es que pueden ser resueltos de modo diverso, a menudo dependiendo de las valoraciones del juez, y, por tanto, es complicado prever la decisión judicial⁽³⁷⁴⁾.

Esta característica permitió el avance del derecho⁽³⁷⁵⁾. Es que como lo afirmó Julio Oyhanarte con gran sabiduría: “Cuando cumplen debidamente su función, los jueces no son fonógrafos. Son servidores del derecho para la realización de la justicia y contribuyen a la producción del derecho en tarea común con los legisladores”⁽³⁷⁶⁾. Y la pauta orientadora es la Constitución Nacional. Es que con acierto se ha dicho que ésta, lejos de automatizar e inmovilizar al juez, lo insta a escalar a sus alturas, a asomarse al borde de la instituyente para luego incidir, del más certero modo, en la resolución de los litigios⁽³⁷⁷⁾.

El problema es determinar si la tesis interpretativa es verdadera. A ese control se reduce el análisis de la arbitrariedad si se formula una solución posible autorizada por la ley⁽³⁷⁸⁾. Incluso hay pronunciamientos en que encontramos que los jueces agregan: “más allá de que pueda ser compartida o

(374) Cfr. EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO J., “Función legislativa...”, cit., p. 8.

(375) “Como sea, nuestro orden jurídico, a través de la norma citada, permite enriquecer la interpretación. Y en este proceso interpretativo a los jueces corresponde, a veces, asignar a una cierta norma uno de sus distintos significados más reconocibles o reconocidos, mientras que otras veces deben optar por un significado nuevo, creado para el caso (cfr., entre otros, *Distinguiendo*, Ricardo Guastini, Gedisa, 1999); pero también les corresponde declarar si una situación cae dentro del radio de acción configurado por algún precepto, o solucionar un caso cuya consideración (por las circunstancias que fueran) ha sido omitida por la ley” (DE LÁZZARI, Eduardo N., “Qué características...”, cit., p. 77).

(376) OYHANARTE, Julio, *Poder político y cambio estructural en la Argentina*, Paidós, Buenos Aires, 1969, p. 74.

(377) NIÑO, Luis F., ob. cit., p. 216.

(378) “La interpretación de una norma no autoriza la tacha de arbitrariedad, si no excede el marco de posibilidades que ella brinda, o si se formula una solución posible autorizada por la ley. De allí que, habiendo proporcionado la Alzada una respuesta razonada y cabal al tema debatido, el planteo deviene insusceptible de habilitar la instancia de excepción” (CSJN, “Aranda”, Fallos: 304:1826; “Cunha”, Fallos: 304:948; 307:1803; 308:71).

no”⁽³⁷⁹⁾, lo que induce a pensar que la posición personal del magistrado puede ser diferente, justamente porque no es la única respuesta posible.

En este contexto, la duda surge en relación con la credibilidad de la decisión en cuanto a los motivos internos del juez: ¿por qué resolvió así?, ¿seguirá sus convicciones personales? Al respecto, creo acertada la afirmación de que la lógica de la argumentación tendrá su base en la confianza⁽³⁸⁰⁾. Sólo si acepta la premisa de que los jueces actúan y hablan de buena fe, se pueden tomar en serio los argumentos legales que esgrimen. En cuanto se viene abajo esta confianza, la lógica de la argumentación también se desploma⁽³⁸¹⁾.

De allí que más allá de los argumentos jurídicos (tanto de derecho como de hecho) esgrimidos en la sentencia, la credibilidad de las decisiones tendrá íntima relación con la credibilidad en la figura del juez, salvo que realmente se empiece a buscar la respuesta única y universal que todos los jueces deban aplicar, que hasta ahora parece sólo un ideal teórico y que no se compadece con la realidad del estado de derecho constitucional. Esto determina la importancia de la ética a la cual nos referimos en el capítulo segundo⁽³⁸²⁾.

4.6. Otras manifestaciones de subjetividad

4.6.1. *Facultades discrecionales del juez*

Sabido es que existe una inevitable porción de discrecionalidad en la actividad judicial⁽³⁸³⁾ en el marco del Estado constitucional. Los fundamentos son diversos. Ya hablamos del caso de la determinación de los hechos y cómo se prueban. Por otro lado, hay normas que facultan al juez para fijar la consecuencia de un enunciado, generalmente entre un rango, caso regulación de honorarios. Rafael Hernández Marín habla de estos dos casos como discrecionalidad en sentido impropio⁽³⁸⁴⁾. Como acertadamente dice este autor,

(379) STJ Chaco, sentencias 925/2004, 924/2004, 1064/2004, 647/2005, 551/2005, 81/2008, entre otras.

(380) Cfr. SCHEDLER, Andreas, ob. cit., p. 76 (12).

(381) SCHEDLER, Andreas, ob. cit., p. 76 (12).

(382) “...Precisamente un modo de reacción frente a la incontrolable elección que hará el juez a la hora de decidir es apostar a la ética o virtudes personas que tiene incorporada esa persona antes de ser juez (Hart)...” (VIGO, Rodolfo L., “La responsabilidad ética...”, cit., p. 450).

(383) “La propuesta o imagen montesquiana del juez como ‘ser inanimado’ es elocuente de lo que se pretendía de los jueces, pero la realidad de la jurisprudencia revela la discrecionalidad que acompañan a todos los jueces y especialmente a aquellos que son la última palabra” (VIGO, Rodolfo L., “Constitucionalización...”, cit., p. 443).

(384) “...dejaremos a un lado, por su menor importancia teórica, los ámbitos de discrecionalidad en sentido impropio por conocimiento de la irrelevancia. En los que sigue, por ámbitos de discrecionalidad en sentido impropio entenderemos únicamente los ámbitos de discrecionalidad en sentido impropio por indeterminación respecto a la realización del supuesto de hecho de un enunciado y los ámbitos

la existencia o no de un ámbito de discrecionalidad respecto del enunciado normativo dependerá del caso llevado a conocimiento del juez⁽³⁸⁵⁾.

La discrecionalidad en sentido propio es aquella facultad otorgada por el derecho de elegir entre diversas alternativas, todas ellas legítimas⁽³⁸⁶⁾. Ejemplo de ello es la discrecionalidad otorgada al juez para que elija qué día quiere dictar sentencia, siempre que sea dentro del plazo legal establecido⁽³⁸⁷⁾.

También se puede dar la posibilidad de que existan dos enunciados jurídicos incompatibles y el juez opte por uno de ellos⁽³⁸⁸⁾. Ya nos referimos a los enunciados secundarios que dejan al juez libertad de actuación (caso regulación honorarios).

La pregunta es por qué se le otorga esta facultad al juez. Portalis, citado por la Dra. Kemelmajer de Carlucci, explicó que “la aparente arbitrariedad de la equidad judicial es mejor que el tumulto de las pasiones”. Dice esta autora que Bobbio explicó muy bien esta frase al decir que Portalis se da cuenta de la relatividad del juicio de equidad fundado en una valoración personal del juez, pero considera preferible resolver la controversia por decisión de un magistrado que actúa según criterios racionales antes que dejarla a las reacciones emotivas de las partes⁽³⁸⁹⁾.

Esto es, el derecho confía en la racionalidad del juez para que interpretando logre dar respuesta a todas las posibles situaciones problemáticas que no pueden ser previstas *a priori* por el legislador⁽³⁹⁰⁾.

El caso paradigmático se da cuando el caso no está regulado en norma alguna. La teoría afirma que allí no existe discrecionalidad, ni propia o impropia⁽³⁹¹⁾, ya que el juez debe crear la decisión aplicable al caso sin ningún tipo de limitación.

4.6.2. *Facultad de crear normas generales: jurisprudencia*

Sin la pretensión de profundizar en si los jueces tienen o no la facultad de crear normas, no hay duda de que crean normas individuales para solucionar el caso concreto llevado a su conocimiento.

de discrecionalidad en sentido impropio por indeterminación respecto a la realización de la consecuencia del enunciado” (HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, ob. cit., p. 265).

(385) HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, ob. cit., p. 266.

(386) Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, ob. cit., p. 263.

(387) Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, ob. cit., p. 267.

(388) Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, ob. cit., p. 269.

(389) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, ob. cit., p. 41.

(390) En este sentido se ha dicho: “La creación pretoriana otorga al trabajo de la Corte y de los demás jueces la elasticidad necesaria para que puedan a través de ella actualizar el derecho a las necesidades del presente y encontrar las soluciones adecuadas a cada caso cuando ellas rebasen las, a veces, estrechas previsiones normativas” (SANTIAGO, Alfonso *La Corte Suprema...*, cit., p. 110).

(391) Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, ob. cit., p. 273.

Sin embargo, Eugenio Bulygin enseña que también crea normas generales no obligatorias la jurisprudencia, las cuales dictadas integran el orden jurídico, lo que permite su aplicación en otros casos similares⁽³⁹²⁾.

Desde el punto de vista de la seguridad jurídica, esta situación sería beneficiosa si todos los jueces siguieran los precedentes, pero ya dijimos que sólo lo hace el juez que dictó una sentencia y mantiene el criterio ante casos similares.

En nuestro sistema judicial no existe obligación de aplicar los precedentes⁽³⁹³⁾, sólo moral, lo que nos vuelve a marcar la importancia de la ética.

El justiciable no tiene otra defensa que recurrir el pronunciamiento para que le sea aplicable el precedente, con el desgaste jurisdiccional que ello acarrea.

Pero también acarrea problemas la falta de pronunciamiento de los tribunales superiores de las provincias cuando el tema tiene una gran trascendencia social. Se han dado planteos en que los jueces se han pronunciado con diferentes criterios, incluso contradictorios, de cara a una reforma legislativa. Claro ejemplo se dio en la época del “corralito”. En ese momento de crisis social, la subjetividad del magistrado tuvo crucial importancia para la solución que el justiciable encontraba en los estrados del tribunal. Sin entrar en detalles, nos centraremos en las medidas cautelares planteadas en los amparos que se iniciaron: había jueces que no entregaron todo el dinero que los ahorristas tenían depositados en los bancos con el fundamento central de que no se podía admitir una medida cautelar que se confunda con el objeto final de la pretensión deducida en el proceso, en cambio otros no compartían esta postura y otorgaron lo solicitado sin ninguna restricción.

Amén de ello, se han marcado otras dificultades:

1) Cuando los tribunales superiores carecen de una opinión clara y estable sobre el asunto, los jueces se pronuncian conforme a su propia interpretación⁽³⁹⁴⁾.

(392) “a) Las sentencias judiciales son entidades complejas que contienen tanto normas individuales como generales; b) en un sentido relevante de ‘crear’, el juez no crea normas individuales; si crea, en cambio —por lo menos en ciertos casos— normas generales; c) estas normas generales creadas por el juez no son obligatorias, pero pueden adquirir vigencia, en cuyo caso pasan a integrar el orden jurídico; d) una contribución importante a la creación de derecho por parte de juez constituye la formulación de definiciones de los conceptos jurídicos; e) la jurisprudencia es el conjunto de normas generales vigentes creadas por los jueces y definiciones vigentes formuladas por ellos” (BULYGIN, Eugenio, “Sentencia judicial y creación de derecho”, en *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 355).

(393) Como excepción encontramos el art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la provincia del Chaco (ley 3) que establece: “Los pronunciamientos del Superior Tribunal, en cuanto determinan la interpretación y aplicación de la ley, forman jurisprudencia obligatoria para los demás tribunales y jueces”.

(394) Cfr. EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO J., “Función legislativa...”, cit., p. 9.

Esta situación se plantea en temas de trascendencia social como es la determinación de la tasa de interés judicial aplicable. Los Superiores Tribunales de las provincias que se han expedido⁽³⁹⁵⁾, resolvieron el caso en diferentes formas⁽³⁹⁶⁾. El problema parte de solucionar la evidente pérdida del poder adquisitivo del dinero, o su valor intrínseco y la posibilidad jurídica de actualizar las deudas. La inexistencia de una tasa corriente de interés convencional civil⁽³⁹⁷⁾ hace imprescindible recurrir a la analogía con las tasas corrientes bancarias. Teniendo en cuenta los rubros que influyen en las diferentes tasas, el cambio de las circunstancias económico financieras sufridas por el país, por sí solo, no autorizan a descalificar la aplicación de una tasa si no surge un elemento que determine que no satisface la debida indemnización de los daños sufridos. Y eso es un análisis que depende de un momento dado. Ello implica que el fallo que se dicte estableciendo la tasa de interés legal, debería establecer o un período de aplicación, o un seguimiento o control sobre los impactos económicos, con el riesgo de que luego se aplique a situaciones diferentes a las que motivaron el pronunciamiento. Por otro lado, no hay que olvidar que esta decisión puede tener influencia en el tema de morosidad y litigiosidad (con el peligro de producir inflación y saturación de los recursos judiciales). Es que el que debe pagar no tendrá ningún incentivo para hacerlo a tiempo, ni muchos menos acortar la duración de los juicios, lapso durante el cual hace un mejor negocio con su morosidad. La decisión puede desalentar la conciliación prejudicial y provocar la saturación de los recursos de justicia.

2) Si bien se tiene una jurisprudencia constante, se puede dar el caso de que un mismo grupo de decisiones sea interpretado de diferente modo⁽³⁹⁸⁾. El caso surge cuando el juez, ante el planteo concreto y existiendo precedentes aplicables, aún cree que debe interpretar la norma para hacer justicia, de allí la incidencia de su subjetividad. Ejemplo de esta situación sucedió en el caso “Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc.”, dictado por nuestra CSJN, s. 1767.XXXVIII. En este fallo, el Alto Cuerpo juzgó la constitucionalidad de la 23.521 y admitió su validez, pero que nuevas

(395) TS Córdoba, “Hernández, Juan Carlos c. Matricería Austral SA”; CSMendoza, “Amaya Osfaldo - Boglioli Mario Despido - Inconstitucionalidad - Casación”, “Departamento General de Irrigación en J° 16.816 “Escudero Alberto Juan c. Empop SRL y otros”; SC Buenos Aires, “Olivera Juan Martín”; SC Río Negro, “Calfín”, “Sáez”, “Lillo”; CSJSanta Fe, “Nasci”.

(396) Algunos aplican la tasa pasiva, otros la activa, otros hacen un *mix* y aplican una u otra en diferentes períodos de tiempo, o tasa pasiva más un 2%.

(397) En la última parte del párrafo primero del art. 622 del Código Civil el codificador estableció: “Si no se hubiere fijado el interés legal, los jueces determinarán el interés que debe abonar”. En la nota aclara: “Me he abstenido de proyectar el interés legal, porque el interés del dinero varía tan de continuo en la República, y porque es muy diferente el interés de los capitales en los diversos pueblos. Por lo demás, el interés del dinero en las obligaciones de que se trata, corresponde a los perjuicios e intereses que debía pagar el deudor moroso”.

(398) Cfr. EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO J., “Función legislativa...”, cit., p. 9.

circunstancias lo obligan a reexaminar su pronunciamiento en función de la defensa de los derechos humanos⁽³⁹⁹⁾.

3) El cambio de criterio de los tribunales que llevan a modificar decisiones de los órganos inferiores⁽⁴⁰⁰⁾. En el Chaco ocurrió con la aplicación del segundo párrafo del art. 5º de la ley de aranceles local 2011⁽⁴⁰¹⁾. Cuando el monto del proceso era menor al SMVM, los jueces no aplicaban el mínimo fijado por la norma haciendo uso de sus facultades interpretativas y, en algunos casos, declarando la inconstitucionalidad de la norma. El Superior Tribunal de Justicia se expidió⁽⁴⁰²⁾ por la constitucionalidad del segundo párrafo, con disidencia de uno de los ministros⁽⁴⁰³⁾. Este pronunciamiento unificó la jurisprudencia de los juzgados inferiores que ya no pueden abstenerse de aplicar la norma. Sin embargo, hay jueces que aplican el SMVM⁽⁴⁰⁴⁾ y otros 7000 UT⁽⁴⁰⁵⁾ ante similares supuestos de hecho. El motivo es que el pronunciamiento determinó la constitucionalidad de la norma, pero no cuál de las opciones debía tomar. Mediante sentencia 56/2011, el Superior Tribunal de Justicia convalidó la aplicación de las UT como mínimo legal. En virtud de ello, surge claro que el criterio del Alto Cuerpo es que la norma otorga la facultad a los jueces para que determinen en el caso concreto cuál de los mínimos legales es el aplicable. Esto hace que en la provincia siga habiendo pronunciamientos en uno u otro sentido conforme a la valoración que hagan los jueces de grado en el caso concreto, pero con la diferencia de que en un caso se regularían como mínimo honorarios que hoy alcanzan a la suma de \$ 1840 y en el otro \$ 1050.

4.7. Idoneidad ética del juez como motor del avance del derecho

Ya dijimos que la jurisprudencia es aquella que pone en acción el cambio y el avance del derecho. Más allá de los problemas que acarrea, se puede ver lo importante que significa para la defensa de los derechos humanos.

Al respecto, traigo a colación lo expresado por Juan Pablo II en la Audiencia Unión Internacional de Juristas, 24/11/2000:

El antiguo y siempre inigualado principio de justicia *unicuique suum* supone, en primer lugar, que todo hombre tiene lo que le corresponde

(399) Consids. 13, segundo párrafo, y 14.

(400) Cfr. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco J., "Función legislativa...", cit., p. 9.

(401) "En ningún caso y en ningún tipo de proceso, los honorarios de los profesionales intervinientes podrá ser inferior a un (1) salario mínimo, vital y móvil nacional vigente en la Provincia al momento de practicarse la regulación o al equivalente actualizado de 7.000 U.T."

(402) Sentencia 381/2008, autos caratulados "Judchak de Katz, Celia c. Camors, José Agustín s/ejecución de honorarios".

(403) Voto de la Dra. María Luisa Lucas, sentencia 165/2010.

(404) Valor \$ 1840 (resolución 2/10 CNEP y SMVyM).

(405) Valor 1 UT = 0,15, conforme al art. 10, ley 4182.

como propio y a lo cual no puede renunciar: reconocer el bien de cada uno y promoverlo constituye un deber específico de todo hombre. El orden de la justicia no es un orden estático, sino dinámico, precisamente porque la vida de las personas y de las comunidades es dinámica; como decía san Buenaventura, no se trata de un *ordo factus*, sino de un *ordo factivus*, que exige el ejercicio continuo y apasionado de la sabiduría, que los latinos llamaban *iurisprudencia*, sabiduría que puede poner en acción todas las energías de la persona y cuyo ejercicio constituye una de las prácticas virtuosas más elevadas del hombre. La posibilidad de dar lo debido no sólo al familiar, al amigo, al compatriota y al correligionario, sino también a todo ser humano, simplemente porque es una persona, simplemente porque lo exige la justicia, honra al derecho y a los juristas. Si existe una manifestación de la unidad del género humano y de la igualdad entre todos los seres humanos, es precisamente la del derecho, que no puede excluir a nadie de su horizonte, pues de lo contrario alteraría su identidad específica. En esta perspectiva, los esfuerzos de la comunidad internacional desde hace algunos decenios para proclamar, defender y promover los derechos humanos fundamentales son el mejor modo para que el derecho realice su vocación profunda. Por eso, los juristas deben ser siempre los primeros en comprometerse en la defensa de los derechos del hombre, dado que a través de ellos se defiende la identidad misma de la persona humana.

Nuestro mundo necesita hombres y mujeres que, con valentía, se opongan públicamente a las innumerables violaciones de los derechos, que desgraciadamente siguen constituyendo un desprecio hacia las personas y hacia la humanidad...

Y ésta debe ser la luz que alumbre a los jueces que ejerciendo un liderazgo ético⁽⁴⁰⁶⁾ tienen la augusta misión de dictar justicia y defender los derechos humanos.

Si se toma contacto con la situación humana, seguramente se va a dar respuesta valiente sin dejarse llevar por la presión social.

Hay casos controvertidos que se plantean en la práctica, por ejemplo, en el tema de otorgar, o no, la guarda de menores a quienes lo han cuidado de hecho a pesar de no estar inscripto en el Registro Centralizado de Adoptantes si se generó un lazo afectivo. Si se pone el acento en el origen de la guarda (excluyendo los casos en que hubo delito donde no hay planteo posible ajustado a derecho), la situación de hecho no se pueden convalidar conforme a la ley de adopción, pero si se tiene en cuenta el interés superior del niño, su condición de persona humana, los vínculos afectivos que se crean con los guardadores, si los hechos demuestran que los guardadores fueron capaces de darle

(406) Cfr. RONSINI, Alejandra S., "El liderazgo ético de los jueces en la reforma judicial argentina", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Universidad Austral, Facultad de Derecho, La Ley, nro. 2.

la contención y los cuidados necesarios para un desarrollo sano y armonioso, la solución puede ser distinta, lo que exige que sea valorado por el juez.

Ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “La misión específica de los tribunales especializados en temas de familia queda totalmente desvirtuada si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la Ley les manda concretamente valorar (‘S., C. s/adopción’, cit., p. 2892)”⁽⁴⁰⁷⁾.

4.8. Conclusión

Determinamos la importancia del aspecto subjetivo de la sentencia dictada por el juez imparcial en sus dos facetas: a) aspecto interno: motivos, y b) aspecto externo: contenido.

Uno y otro se interrelacionan, sin embargo, si se determina que los motivos del juez no han sido válidos, aun cuando hubiera aplicado correctamente la ley, el acto jurisdiccional es inválido por considerarse simulado. En este sentido se pronunció la CIDH, aunque no es la postura del TEDH. Es que la imparcialidad es un presupuesto no sólo para que un juez pueda entender en una causa, sino también para que pueda dictar la sentencia. Por esa razón es necesario que lo haga en forma libre, sin que el resultado esté preconcebido.

El problema es que resulta difícil determinar la corrección de los motivos cuando permanecen en el fuero interno del juez. De allí que el mayor control se dé en el contenido de la sentencia.

Si bien la garantía de imparcialidad exigiría total objetividad de juicio y que la solución sea única y universal, la realidad demuestra otra cosa. Nos avocamos al estudio, sin pretensión de exhaustividad, de la gran cantidad de aspectos de la praxis judicial que demuestran la relevancia de la subjetividad del juzgador en la solución del pleito (no sólo respecto al hecho fáctico y normativo, sino aquellos dejados a la discrecionalidad del juez, etc.). El control de arbitrariedad se reduce a que la fundamentación sea ajustada a derecho, pero hay casos que induce a pensar que no sea la única posible o que el precedente no pueda cambiar en el devenir del tiempo, con la consecuente posible afectación de la seguridad jurídica.

En este sentido se demostró la importancia de la unificación de criterios y la consiguiente tarea de los superiores tribunales en este sentido. Sin embargo, es una tarea aún incompleta y no exenta de fallas.

(407) Citado en “Recurso de hecho deducido por la defensora oficial de M. G. G. en la causa G., M. G. s/protección de persona - causa nro. 73.154/05”, del 4/3/2008.

Lo expresado marca nuevamente la importancia de la ética del juez como criterio rector en el uso de sus facultades interpretativas. Es que ello es importante no sólo para que con prudencia y criterio cívico sepa cuándo debe interpretar una norma, o no, como saber cuándo debe convertirse en promotor del cambio en la búsqueda de la defensa de los derechos humanos y a tal efecto perseguir con objetividad, en el marco de las garantías del proceso, la verdad real para el logro de la justicia.

CONCLUSIÓN FINAL

En el momento de sentenciar, el modelo de juez constitucional civil y comercial propone cambiar la imagen tradicional del juez imparcial estancado en la rutina de tratar de acomodar la realidad controvertida en el marco de la ley, para aparecer como el magistrado lúcido capaz de realizar la justicia en el marco del derecho (entendido como el conjunto de reglas, criterios, principios, valores —sobre todo la justicia— y reglas morales) y así resolver los conflictos en el modo más beneficioso para los ciudadanos, llevándoles de este modo la tan ansiada paz social.

Y esto tiene directa incidencia sobre el concepto de imparcialidad, porque necesariamente presupone que el juez se comprometa con la tarea en forma subjetiva. El sistema judicial no puede estar basado en la desconfianza del juez, sino que debe revalorizar su tarea, sobre todo la del de primera instancia.

La realidad demuestra que los jueces lejos de ser asépticos, cuentan con facultades interpretativas, discrecionales, etc., razón por la cual pareciera una ingenuidad seguir sosteniéndolo como verdad científica.

Estas características exigen que la sociedad entienda la condición humana del juez y los beneficios que ello acarrea, pero que no está exenta de riesgos. Es por ello que se generan dos prevenciones: Por un lado que el juez debe ser consciente de que debe lograr controlar sus pasiones y guiarse por la ética judicial. Si el juez no cree poder lograr ese cometido, debe pensar seriamente en abandonar la magistratura para no faltar a su juramento y así afectar la credibilidad en la justicia. Por el otro, la obligación del justiciable de exigir la motivación correcta de la sentencia, así como de cada decisión judicial y que se mantenga en todo momento el contradictorio. De ninguna manera creemos que el aumento de facultades, sobre todo la búsqueda de la verdad real, deba significar ir en detrimento de las garantías del debido proceso.

La situación ideal se dará en la medida en que el juez imparcial posea idoneidad ética. De no darse esta situación, el logro de la solución justa estará librado a la casualidad. Algunas veces logrará hacer lo correcto aplicando una ley, otras interpretando, pero sin duda no alcanzará el grado de excelente juez.

En este sentido, es necesario que conozca acabadamente la realidad social y con interés cívico sepa evaluar con prudencia la trascendencia de sus decisiones, sin que esto signifique ser pusilánime ante la defensa de los derechos de los ciudadanos, sobre todo los humanos. También es imprescindible que se comprometa con la situación humana que existe detrás del caso: si no es posible una audiencia, es muy buena técnica observar las fotos acompañadas (ya sea de los daños físicos o materiales) en el momento de sentenciar. Se debe hacer, no con la pretensión de pensar que hubiera sentido o hecho si estaba en esa situación (no creo que es el sentido que se le debe dar a empatía), sino ver la realidad que vive el que tiene el problema para darle una respuesta adecuada. Seguramente la respuesta conforme a derecho surgirá en forma clara. Incluso el rechazo de la demanda tendrá fundamentos sólidos. Es más difícil que una juez ético se equivoque cuando tomó contacto con las personas que tienen el problema, a que lo haga cuando lo resolvió solamente tomando en cuenta el relato que le pudo haber hecho un secretario o leyendo los escritos postulatorios y valorando pruebas de manera fría y aséptica. Para lograrlo, no debe dejarse vencer por la fatiga y la acumulación de trabajo. Debe estudiar exhaustivamente el expediente y el marco legal para dar una respuesta justa en el marco del derecho, pero nunca a partir de una posición meramente personal.

Esta forma de actuar incluso frenaría la solución fácil de seguir órdenes (en el sentido de avalarse en precedentes para no mirar el caso concreto), o caer en la presión social o de los medios de comunicación. Si su sentimiento humanitario le indica un camino diferente, no debe temer poner en riesgo, incluso su propio cargo, si es que con ello defiende los derechos de los justiciables, sobre todo los humanos. Creo que esos son los jueces que la sociedad espera, los éticos, comprometidos, valientes, seres de carne y hueso que no se olvidan de que el justiciable es en realidad su prójimo y que acude a él porque necesita una respuesta del derecho al problema que tiene, sin olvidar que el demandado también puede tener razón y que hay veces que la solución está en el justo medio o en el rechazo de la pretensión del actor.

La regulación de las causales de recusación-excusación, así como los controles a través de los *test* objetivos y subjetivos (conforme a la jurisprudencia nacional e internacional que se analizó) no siempre permiten descubrir los motivos que llevan al juez a tomar una decisión. En realidad, el sistema presupone su objetividad, lo que dificulta el control del justiciable. Hay pronunciamientos que actualmente se inclinan por reconocer la constitucionalidad de la garantía (aunque se dieron en materia penal), lo que indica el camino que puede traer la evolución de la jurisprudencia en lo civil y comercial.

Es por todo ello que el aspecto subjetivo regulado a través del principio de imparcialidad genera en la concepción de juez constitucional las luces que llevan actualmente a la evolución del derecho, pero también las sombras que pueden provocar la falta de credibilidad en el sistema judicial, la arbitra-

riedad, falta de seguridad jurídica, afectación de las garantías del proceso (en especial el contradictorio), etcétera.

Los códigos de ética resultan una herramienta ineludible para guiar a los jueces en su comportamiento, incluso en los de su vida privada cuando tienen trascendencia pública.

Haremos un pequeño glosario de lo que entendemos que debe tener en cuenta el juez constitucional civil y comercial para hacer efectivas las luces y generar credibilidad sobre las sombras, sin pretensión de exhaustividad porque la praxis puede ser infinita:

1. El juez constitucional debe ser consciente de que su legitimidad para entender en una causa tiene como presupuesto que sea imparcial.

2. Será imparcial no sólo cuando no se encuentre en ninguna de las situaciones determinadas por el sistema de excusación y recusación, sino cuando no tenga ningún tipo de prejuicios tanto respecto de las partes como del tema a tratar. Encontrándose en esa situación debe excusarse. Si el juez admite no contar con el estado subjetivo requerido, su admisión, en consonancia con la garantía constitucional, debería ser analizada con un criterio amplio tomando en cuenta las circunstancias de la causa (y la afectación a la garantía del juez natural), puesto que no es posible suponer que falte a verdad si se trata de una persona ética. Si el juez no lo admite y es recusado, debe exigirse al justiciable fundamentos objetivos del temor que le genera su actuación (puesto que el sistema se basa en la confianza), debiendo primar en la decisión la posible afectación en la credibilidad del sistema y la confianza del justiciable.

3. Debe respetar al justiciable en su condición de persona y tratar a todos los que comparecen ante él, así como a los auxiliares de la justicia y empleados, con cortesía y afabilidad procurando generar confianza en su investidura.

4. Debe ser consciente de que ser imparcial no implica guiarse por su propio criterio, sino por el derecho. En este sentido, debe poder controlar su estado subjetivo para que el sentimiento de justicia, guiado por la ética, le permita arribar a la solución justa. Para ello debe tomar en cuenta la situación humana planteada en el expediente, tomar contacto con ella, si es posible a través de una audiencia con las partes.

5. Debe mostrarse interesado por los argumentos de ambas partes durante el proceso, mantener siempre el contradictorio, pero tratar de arribar a la verdad real. Teniendo en cuenta esos aspectos, realizar la motivación de la sentencia. Explicar los fundamentos tanto fácticos como los normativos para permitir el adecuado ejercicio del derecho de defensa.

6. Si los motivos (razones íntimas) del juez para decidir son inválidos, la sentencia puede ser declarada ilegítima, aun cuando se ajuste aparentemente a derecho.

7. El uso tanto de las facultades interpretativas como las discrecionales no están exentas del control de arbitrariedad, el cual debería centrarse no sólo en determinar si son ajustadas a derecho, sino también, aun cuando se admita que lo son, tender a dar pautas para que con el tiempo se logre el ideal de universalizar las decisiones para favorecer la seguridad jurídica.

8. Propiciar, si aún no lo tiene en su provincia, que se redacte un código ético de conducta para que esté más seguro de cuáles son los comportamientos éticos que debe tener en el cumplimiento de sus funciones, sobre todo, para asegurar la apariencia de imparcialidad.

9. *La imparcialidad en su aspecto subjetivo exigirá del juez no asumirse como tal, sino un quehacer diario para ser cada día más imparcial y mejor juez.*

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, Josep, “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, *Isonomía*, nro. 6, abril 1997. http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06_04.pdf.
- *Imparcialidad y concepciones del derecho*, [http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas6\(2\)_3.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas6(2)_3.pdf).
- ALBANESE, Susana, *Garantías judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 2000.
- ALBERDI, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, cap. XXXIV.
- *Escritos póstumos*, t. IX.
- ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa*, 1998-5.
- ALSINA, Hugo (h), *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. II, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1957.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El debido proceso de la garantía constitucional*, Zeus, Rosario, 2003.
- “Proceso y debido proceso”, LA LEY, 12/5/2010.
- ANDRUET (h), Armando S., *Códigos de Ética Judicial. Discusión, realización y perspectiva*, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- AROCENA, Gustavo A., *Ensayo sobre la función judicial*, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2006.
- ARTAVIA BARRANTES, Sergio, “Recientes tendencias en la posición del juez. Informe nacional costarricense”, en BERIZONCE, Roberto O. (coord.). *El juez y la magistratura (tendencias en los albores del siglo XXI)*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.
- Así ROIG, Rafael, “Imparcialidad, igualdad y obediencia en la actividad judicial”, *Doxa*, http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/cuaderno15/volII/doxa15_23.pdf.

- AYALA CORAO, Carlos, “La independencia de la justicia y los procesos constituyentes en la región Andina”, *Estudios Constitucionales*, año 6, nro. 001, Santiago, Chile, 2008 (<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/html/820/82060117/82060117.html>).
- BERIZONCE, Roberto O., “El activismo de los jueces”, LA LEY, 1990-E, p. 920.
- “Recientes tendencias en la posición del juez”, en BERIZONCE, Roberto O. (coord), *El juez y la magistratura (tendencias en los albores del siglo XXI)*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.
- BIDART CAMPOS, Germán J., “La jurisdicción constitucional: el entorno político”, *Contribuciones*, 2/94, publicación del Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano.
- *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. III, nueva ed. ampl. y actual., 1ª reimp., Buenos Aires, 2002.
- BOGGIANO, Antonio, “Derecho penal internacional”, en *El derecho de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 2003.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho procesal*, t. II, 1ª ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1969, II.
- BULYGIN, Eugenio, “Sentencia judicial y creación de derecho”, en *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- CALAMANDREI, Pietro, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1956.
- CAPELLETTI, Mauro, *La responsabilidad de los jueces*, Communitas, Lima, 2009.
- CARBONE, Carlos A., “Constitucionalidad del proceso y de los procesos urgentes para combatir la neurosis procesal”, *Cuadernillo de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Universidad Austral, La Ley, Buenos Aires.
- CARDOZO, Benjamín N., *La naturaleza de la función judicial*, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1955.
- CARRIÓ, Alejandro - GARAY, Alberto F. (colab.), *La Corte Suprema y su independencia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
- CIPRIANO, Néstor A., *El sentido de justicia y la vida*, Depalma, Buenos Aires, 1990.
- COLMO, Alfredo, *La justicia (obra póstuma)*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1957.
- CRS Report for Congress 33. Danis Steven Rutkus Specialist in American National Government, Government And Finance Division, *Supreme Court*

Appointment Process: Roles of the President, Judiciary Committee, and Senate, Order Code RL 31989, updated July 6, 2005.

CUETO RÚA, Julio C., *Una visión realista del derecho, los jueces y los abogados*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

CHIAPPINI, Julio, *Derechos y deberes de los jueces y abogados*, Jurídica Panamericana, Santa Fe, 2003.

DE LÁZZARI, Eduardo N., "Qué características debe contener un sistema procesal civil para ser compatible con el derecho al debido proceso", *Debido Proceso*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.

DE ZAN, Julio, *La ética, los derechos y la justicia*, Argenjus Argentina, Fores, Konrad Adenover Stiftung (Programa Estado de Derecho para Sudáfrica) Marstergral, Uruguay, 2004.

DESPOUY, Alejandro, *Independencia de la justicia. Estándares internacionales*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010.

Discurso pronunciado por el Excmo. Señor Presidente del Tribunal Supremo en el solemne acto de Apertura de Tribunales que, bajo la presidencia de su majestad el Rey, tuvo lugar el 18 de septiembre de 2006, "Reflexiones sobre ética judicial", *Cuadernillo de Ética Judicial*, Universidad Austral, La Ley.

Explanatory Memorandum to Recommendation nº R (94) 12 on Independence, Efficiency and Role of Judges (Adopted by the Committee of Ministers on 13 October 1994, at the 518 th meeting of the Ministers' Deputies).

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco J., "Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley", <http://www2.scjn.gob.mx/investigacionesjurisprudenciales/seminarios/2o-seminario-jurisprudencia/material-complementario/06esquiaga-ganuzas-funcion-legislativa-y-funcion-judicial.pdf>.

— "Juicios de valor en la decisión judicial", *Cuadernillo de Razonamiento judicial aplicado a la correcta estructuración de la sentencia*. Plano axiológico, La Ley, Buenos Aires.

— *La argumentación interpretativa y las normas que regulan la interpretación*, Tribunal Estatal Electoral, Chihuahua, 30 y 31 octubre 2006, http://www.techihuahua.org.mx/attachments/162_Presentacion%20Dr.%20Fco.%20Javier%20Ezquiaga%20Granuzas%20Universidad%20del%20Pais%20Vasco-Euskal%20Herriko%20Unibertsitatea%20Tribunal%20Estatal%20Electoral%20Chihuahua,%2030%20y%2031%20de%20Octubre%20del%202000.pdf.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2001.

- GARCÍA, Luis M., “La noción de tribunal imparcial en los instrumentos internacionales de derechos humanos. El caso ‘Zenzerovich’: una oportunidad perdida”, *LA LEY*, 1999-F, p. 242.
- GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3ª ed. ampl. y actual., La Ley, Buenos Aires, 2006.
- GOLDSCHMIDT, Werner, *Justicia y verdad*, La Ley, Buenos Aires, 1978.
- GÓMEZ MARTÍNEZ, Carlos, “Los valores del juez constitucional: la imparcialidad”, <http://www.juecesdemocracia.es/actividades/jornadas/2005/ponencias/EticadelaimparcialidadCarlosGomez.pdf>.
- GÓMEZ, Astrid - BURUERA, Olga M., *Análisis del lenguaje jurídico*, Editorial Belgrano.
- GOZAÍNI, Osvaldo A., *El debido proceso. Derecho procesal constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.
- “El principio de congruencia frente al principio dispositivo”, trabajo para la Comisión Procesal Civil.
- GUZMÁN, Néstor L., “Del juez distante al juez protagonista”, *Revista de Derecho Procesal*, nro. 5, *Amparo. Hábeas data. Hábeas corpus. II*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000.
- HAMILTON, A. - MADISON, J. - JAY, J., “Departamento judicial”, *El Federalista*, LXXVIII (Hamilton), Fondo de la Cultura Económica, México, 1994.
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Las obligaciones básicas de los jueces*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- HERNÁNDEZ ROMO, Jorge - HERNÁNDEZ ROMO, Miguel Á., “Introducción a la teoría general del proceso”, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/2/pr/pr7.pdf>.
- HERRENDORF, Daniel E., *El poder de los jueces*, 3ª ed. actual., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2006, Organización de los Estados Americanos, vol. III, Informe de la relatoría para la libertad de expresión. 3/03/2007. Disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/2006sp/LE%20ANUAL%202006%20ESP%206%20de%20marzo%202007.pdf>.
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Aranzadi, Madrid, 2002.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Ética de los jueces. Análisis pragmático*, Serie Ética Judicial, 10, Editorial Color, México, 2006.

- LONGUI, Luis R., *Génesis del derecho constitucional e historia constitucional argentina. Interpretación y supremacía de la Constitución Nacional*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1946.
- LORENZETTI, Ricardo L., *Teoría de la decisión judicial, fundamentos de derecho*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.
- MONZÓN, José María, “Del proceso que se va, al que viene”, en *Acceso al derecho procesal civil*, t. II, 1ª ed., Librería Editora Platense, La Plata, 2007.
- “Ética y violencia en los comportamientos humanos”, en *Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.
- MORELLO, Augusto M., *La justicia, de frente a la realidad*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002.
- MORELLO, Augusto M. - SOSA, Gualberto L. - BERIZONCE, Roberto, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003.
- NACIONES UNIDAS, Comité de Tortura, Conclusiones y Recomendaciones: Burundi, CAT/C/BDI/CO/1.
- NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000.
- NIÑO, Luis F., “Juez, institución e ideología”, en MESSUTI, Ana - SAMPEDRO ARRUBLA, Julio A. (comps.), *La administración de justicia. En los albores del tercer milenio*, Universidad, Buenos Aires, 2001.
- OEA/Ser. L/V/II.116, Doc. 5 rev i, del 22/10/2002.
- OSSORIO, Ángel, *El alma de la toga*, Librería El Foro, Buenos Aires, 1997.
- OYHANARTE, Julio, *Poder político y cambio estructural en la Argentina*, Paidós, Buenos Aires, 1969.
- PAMPHILE, Cecilia, “Los hechos en la decisión judicial: la importancia de la argumentación justificatoria”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Universidad Austral, Facultad de Derecho, La Ley, nro. 5.
- PEYRANO, Jorge W. “El perfil deseable del juez civil del siglo XXI”, *Cuadernillo de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Universidad Austral, La Ley, Buenos Aires.
- RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, *Teoría del derecho*, Ábaco, Buenos Aires, 2008.
- RÍOS, Carlos I., “El temor de parcialidad como causa de recusación”, *LA LEY*, 2005-E, p. 99.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., www.rae.es.

- RONSI, Alejandra S., “El liderazgo ético de los jueces en la reforma judicial argentina”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Universidad Austral, Facultad de Derecho, La Ley, nro. 2.
- ROOS, Stefanie - WOISCHNIK, Ricarda J., *Códigos de ética judicial. Un estudio de derecho comparado con recomendaciones para los países latinoamericanos*, Kanrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2005.
- ROSA, José María, *Historia argentina*, t. 6, Brasil, 1970.
- SAGÜÉS, Néstor P., “‘Activismo’ versus ‘garantismo’ a propósito de la producción de pruebas y medidas precautorias de oficio en la acción de amparo ambiental”, *Cuadernillo de Derecho Procesal Constitucional*, Universidad Austral, La Ley, Buenos Aires.
- *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005.
- “Exposición en el Congreso de Derecho Constitucional comentado”, en *La Gaceta*, http://www.lagaceta.com.ar/nota/341314/tucuman/debate_aun_si_juez_debe_buscar_justicia_o_imparcialidad.html.
- *Recurso extraordinario*, t. II, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires.
- SANCINETTI, Marcelo A., *La violación a la garantía de la imparcialidad del tribunal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.
- SANTIAGO, Alfonso, *La Corte Suprema y el control político. Función política y posibles modelos institucionales*, Ábaco, Buenos Aires, 1999.
- SANTIAGO, Alfonso (h), *En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho. Consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2010.
- SCHEDLER, Andreas, “Argumentos y observaciones. De críticas internas y externas de la imparcialidad judicial”, *Isonomía*, nro. 22, abril 2005, p. 71, www.cervantesvirtual.com/.../argumentos-y-observaciones--de-crticas-internas-y-externas-a-la-imparcialidad-judicial-0.
- SMITH, Juan Carlos, “El principio lógico de razón suficiente y la sentencia judicial”, ED, 72-717.
- SUPERTI, Héctor C., “La garantía constitucional del juez imparcial en materia penal”, en ALVARADO VELLOSO - ZORZOLI, Oscar A. (dirs.) - CALVINHO, Gustavo - CIANCIA, Olga E. (subdirs.), *El debido proceso. Derecho procesal contemporáneo*, Ediar, Buenos Aires, 2006.
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, “Recientes tendencias en la posición del juez. Informe nacional chileno”, en BERIZONCE, Roberto O. (coord.), *El juez y la magistratura (tendencias en los albores del siglo XXI)*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.

- TRUJILLO, Isabel, *Imparcialidad*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007.
- VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, t. I, 3ª ed. actual. por Manuel N. Ayán y José I. Cafferata Nores, Marcos Lerner, Córdoba, 1981.
- VIGO, Rodolfo L., “Constitucionalización y neoconstitucionalismo; riesgos y prevenciones”, en *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*.
- “Ética de la magistratura judicial”, en *La función judicial*, Depalma, Buenos Aires, 1981,
- *Ética y responsabilidad judicial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007.
- *Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.
- “La ética en la interpretación judicial”, en CIANCIARDO, Juan (coord.), *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo. Una aproximación disciplinaria*, 1ª ed., Ábaco, Buenos Aires, 2006.
- *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, La Ley, Buenos Aires, 2006.
- “La responsabilidad ética de los magistrados judiciales”, en *La responsabilidad judicial y sus dimensiones. Otras dimensiones*, t. II, Ábaco, Buenos Aires.
- *Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial*, Depalma, Buenos Aires, 2000.
- “Por qué un código de ética judicial (temores y prevenciones)”, LA LEY, 2007-B.
- “Prólogo” en ALFONSO, Santiago (h), *En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho. Consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2010.
- “Prólogo al Código de Ética Judicial”, <http://www.poderjudicial-sfe.gov.ar/etica/prologo.htm>.

SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 2da. QUINCENA DE JULIO DE 2016
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY S.A.E. e I." - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA

