

XIX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL GARANTISTA – AZUL 2025.

REPLANTEOS PROCESALES EN UN MUNDO CAMBIANTE ¿VERDADEROS CAMBIOS O AGENDAS IMPUESTAS?

IGUALDAD PROCESAL E IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR. UNA RELACIÓN RECÍPROCA E INESCINDIBLE ¿DÓNDE ESTAMOS?¹.

JORGE D. PASCUARELLI

1. INTRODUCCIÓN.

2. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA DESVENTAJA ESTRUCTURAL.

4. LOS PRINCIPIOS. DIVERSOS CONCEPTOS.

4.1 LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO PRIVADO.

4.2 LOS PRINCIPIOS PROCESALES. CONCEPTO Y ENUMERACIÓN.

4.2.1. PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD. CONCEPTO.

4.2.2. PRINCIPIO DE IGUALDAD. CONCEPTO.

5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN.

El tema que nos convoca en este encuentro es el de las cuestiones que se discuten actualmente en el derecho procesal son “*verdaderos cambios o agendas impuestas*” y en ese marco se me asignó la exposición sobre la relación entre la “*igualdad procesal y la imparcialidad del juzgador*” la cual es una relación recíproca e inescindible pero la tensión que se genera según el concepto que se utilice de igualdad inclina al interprete hacia un sistema procesal u otro.

2. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

En el ámbito de la Convención Americana de Derechos Humanos encontramos el principio de igualdad de forma autónoma en el artículo 24 y también de manera subordina o transversal (ej. arts. 1.1 y 8).

Así, la Corte IDH ha sido enfática al señalar que el debido proceso legal del artículo 8 es un derecho que debe ser garantizado a toda persona por igual independientemente de su condición como parte acusadora, o acusado, o incluso tercero en el marco de un proceso.

¹ Escrito provisorio. Se aclara que el presente texto se encuentra aún en proceso de elaboración. Se presenta anticipadamente este borrador con el único fin de posibilitar el conocimiento de los principales puntos, algunos de ellos polémicos y opinables que se discutirán con motivo del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, 9 y 10 de octubre de 2025, Azul, Provincia de Buenos Aires, Argentina.

Por otro lado, el artículo 24 dispone: *“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”*

La IDH ha señalado que el principio de igualdad y no discriminación tiene un carácter fundamental y es un principio que forma parte del *jus cogens*, es decir, que se trata de una norma imperativa de derecho internacional general cuya aplicación no depende del acuerdo de los Estados.

Al comentar esta disposición, sostiene la doctrina que *“el principio de igualdad y no discriminación no solo tiene un carácter fundamental en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, sino que además tiene una enorme complejidad conceptual. La formulación de este principio resulta sencilla y simple en apariencia, en la medida en que recoge un mandato que algunos consideran muy claro, a saber, que se debe tratar a los iguales de la misma manera, y a los distintos de manera distinta. Sin embargo, cuando se profundiza en la comprensión de su sentido y alcance, la simplicidad conceptual se desvanece y el tema se vuelve particularmente resbaloso, lo cual explica la amplitud de las discusiones filosóficas sobre este derecho.”*

“Por un lado, existen distintas concepciones de igualdad, que pueden ser incluso incompatibles entre sí. Por ejemplo, no solo no es lo mismo hablar de igualdad de trato, igualdad de oportunidades o igualdad de resultados, sino que a veces el respeto de uno de estos tipos puede traducirse en la vulneración de otro, como lo muestran los casos de acción afirmativa, en los que resulta necesario desconocer la igualdad de trato para combatir desigualdades de resultados y oportunidades. Por otro lado, dotar de contenido concreto el mandato de tratar igual a los iguales y distinto a los desiguales es una tarea sumamente difícil en la medida en que es preciso determinar, dentro de la infinidad de semejanzas y diferencias que existen entre las situaciones o las personas, a cuáles se les debe dar mayor relevancia para determinar cuándo se puede decir que se debe tratar igual.”

“El principio fundamental de la igualdad y la no discriminación es transversal en todo el cuerpo normativo de la CADH. Además de que el reconocimiento de los derechos en ella garantizados opera a partir de fórmulas que lo incluyen implícitamente (“toda persona”, “todo niño”, “todos los ciudadanos”), varios artículos relativos a distintos derechos incluyen referencias expresas a la igualdad. Así, el artículo 8.2. sobre garantías judiciales dispone que “[d]urante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad” a un determinado conjunto de garantías mínimas [...]”².

Agregan, refiriéndose a la distinción entre cláusulas autónomas y cláusulas subordinadas de igualdad, que: *“[...] es posible precisar las características del artículo 24 como cláusula autónoma de igualdad. La primera es que consagra un derecho independiente respecto a los demás derechos reconocidos en la CADH. La segunda es que,*

² Christian STEINER, Marie-Christine FUCHS (editores), *Convención Americana de Derechos Humanos*, Segunda Edición, KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V., Bogotá, Colombia, 2019, 708/717.

en tanto derecho autónomo, genera obligaciones y deberes de protección específicos para los Estados. Y la tercera es que se refiere, específicamente, a la garantía de igualdad frente a las disposiciones de derecho interno de los Estados y las actuaciones de sus autoridades.”

Señalan que: “El artículo 24 contiene dos nociones de igualdad. La primera parte del artículo alude a la igualdad ante la ley, mientras que la segunda se refiere a la igual protección de la ley sin discriminación. La forma como está redactada la disposición sugiere que el derecho a la igual protección de la ley es un corolario de la igualdad ante la ley. En efecto, el artículo 24 presenta el primero como una consecuencia del segundo. Sin embargo, es importante aclarar que cada una de estas nociones expresa una concepción particular acerca del contenido y alcance del derecho a la igualdad, correspondiente cada una, además, a un determinado momento histórico.”

“La igualdad ante la ley corresponde a la noción de igualdad formal prevaeciente durante el siglo XVIII, la cual aparece especialmente ligada a las preocupaciones de la época por limitar la arbitrariedad del poder ejecutivo y por garantizar la igualdad ante los tribunales.²⁰ Esta noción de igualdad “se basa en la idea que la ley debe aplicarse de forma similar a todos los individuos con independencia de sus características”. La garantía de este derecho estaba conectada con el principio de legalidad que implicaba, por un lado, que la ley debía ser general y abstracta y, por el otro, que el juez no debía ser más que la boca que pronunciara las palabras de la ley, según la célebre definición de Montesquieu [...]”.

“Por su parte, el surgimiento de la noción de igual protección de la ley sin discriminación está asociado a la preocupación por extender la esfera de garantías de los derechos a grupos que inicialmente no estaban incluidos bajo su amparo, como por ejemplo las personas que fueron liberadas con ocasión de la prohibición de la esclavitud en el transcurso del siglo XIX; o de sectores que emergieron a raíz de los procesos de transformación social y que demandaban garantías específicas, tal como la clase trabajadora que surgió con la industrialización. Dado que la esclavitud operaba en función de un criterio racial, la extensión de la protección de la ley no solo implicaba cobijar a quienes antes eran considerados y tratados como esclavos, sino garantizar que el factor racial no constituyera un criterio de restricción o exclusión para el goce de derechos. En este sentido, se consideró que la igual protección de la ley debía operar sin consideración a la raza de las personas. Otros criterios, asociados a condiciones de las personas que históricamente han sido un factor de exclusión o restricción para el goce de derechos”.

Sin embargo, los términos de igualdad, igual protección y no discriminación han tendido a ser utilizados indistintamente y “es una idea recurrente que los conceptos de igualdad y no discriminación constituyen, respectivamente, la dimensión positiva y la dimensión negativa de un mismo principio. De conformidad con esto, la igualdad es entendida como la ausencia de discriminación, al paso que se estima que el respeto del

principio de no discriminación conduce a una situación de igualdad. Esto ha implicado que “la igualdad jurídica se defina en el Derecho Internacional a través, fundamentalmente, del concepto de no discriminación”.

La Corte IDH ha considerado invariablemente que la discriminación se configura cuando existe una distinción arbitraria, esto es, una distinción carente de justificación objetiva y razonable.

Se ha determinado que una distinción constituye discriminación cuando: “a) hay una diferencia de tratamiento entre situaciones análogas o similares; b) la diferencia no tiene una justificación objetiva y razonable; c) no hay razonable proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo cuya realización se persigue”.⁴² Del mismo modo, ha puntualizado que “[u]na distinción basada en criterios razonables y objetivos (1) persigue un propósito legítimo y (2) emplea medios proporcionales al fin que se busca”.

3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA DESVENTAJA ESTRUCTURAL.

En un estudio desde el derecho constitucional y la política Roberto SABA³ refiere al problema de la existencia de grupos de personas que en la sociedad se encuentran en una situación de desventaja estructural y que a través del principio de igualdad se podría imponer la Estado obligaciones y deberes hacia ese grupo mediante acciones positivas.

Sostiene que hay dos concepciones del principio de igualdad, la primera, como no discriminación y la segunda como no sometimiento. La primera es la clásica del constitucionalismo liberal y la segunda es una versión más sociológica, estructural de la igualdad pues toma en cuenta la situación de hecho en la que se encuentran ciertos grupos o individuos.

Respecto al control de constitucionalidad y la desigualdad estructural ⁴ trata de como de los problemas de su ejercicio en los casos colectivos de índole estructural. Sostiene que el modelo clásico de control de constitucionalidad en estos casos es inadecuado. Ello, a partir de que: la igualdad debe entenderse como no subordinación de grupos y como no sometimiento que se articula como defensa constitucional frente a situaciones de desigualdad estructural y el lugar que ocupan los jueces como “responsables de identificar casos de desigualdad estructural y exigir al Estado o los particulares involucrados en la afectación el consiguiente respeto del principio constitucional de igualdad ante la ley”.

Expresa que el control de constitucionalidad es más complejo en casos de desigualdad estructural que en los de desigualdad producida por tratos arbitrarios

³ SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿qué les debe el estado a los grupos desventajados?*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires 2016

⁴ Cfr. DALILE, Orlando, Federico, RONCONI, Liliana, VERBIC, Francisco, *Lecciones y Ensayos*, Nro. 99, *Reseña Bibliográfica “Tomarnos en serio la igualdad. Comentarios a “Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?”* UBA, Buenos Aires 2017

Y considera cinco elementos del modelo de control de constitucionalidad clásico que *“se presentan como escollos a la posibilidad de que los jueces no solo acepten intervenir en estos litigios, sino que además ofrezcan remedios eficaces en casos de afectaciones estructurales de derechos como el derecho a la igualdad”* que son: 1) la concepción de derechos constitucionales como derechos negativos; 2) la actitud deferente de los jueces hacia el poder político; 3) la concepción individualista de los derechos; 4) los remedios entendidos generalmente como órdenes de no hacer y 5) la atención en la reparación de hechos pasados.

Sostiene que para los casos estructurales se debe considerar: a) una conceptualización de derechos cuyo ejercicio se entienda a partir de acciones del Estado, y no solo a partir de su no interferencia; b) nuevas reglas procesales para reclamos colectivos; c) redefinición del tipo de remedios judiciales que permita dictar órdenes de hacer más o menos complejas y progresivas en su implementación; d) redefinición del rol de los jueces para avanzar hacia una concepción que los entienda como *“guardianes de los límites establecidos en la norma fundamental”* en lugar de *“prescindentes y deferentes de cara a los poderes políticos”*; e) poner el foco en la función prospectiva del remedio ordenado, en lugar de hacerlo exclusivamente en la reparación de hechos pasados. Tres de esas son cuestiones procesales.

Luego, dice que: *“la concepción de igualdad como no sometimiento se construye necesariamente sobre la noción de afectación estructural, que a su vez requiere un tipo de control de constitucionalidad que supere aquel que tan bien se ajustaba al tratamiento de casos en los que se veía afectada la igualdad como no discriminación”*. Esta noción de igualdad *“necesita un nuevo modelo de intervención judicial”*. Y para ello, afirma SABA, *“el gran desafío sigue siendo”* no solo la reconceptualización del derecho de igualdad en sí mismo (como propone a lo largo de todo el libro), sino especialmente *“identificar los remedios apropiados que los jueces podrían ordenar en casos de violaciones estructurales del derecho a ser tratado igual, sin que eso implique un cambio radical del régimen democrático, uno que sustraiga de los ámbitos de la democracia la decisión sobre políticas públicas”*.

4. LOS PRINCIPIOS. DIVERSOS CONCEPTOS.

4.1 LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO PRIVADO.

Señala RIVERA, refiriéndose al derecho civil y comercial, que *“Un principio general de derecho es una idea rectora, o, en otras palabras, principios jurídicos son los pensamientos directores de una regulación existente o posible (Larenz). Se dice también que “los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida de lo posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas”. Se dice también que “los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida de lo posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas”; de allí que —siguiendo la terminología*

propuesta por el profesor Alexy—se diga que son "mandatos de optimización" que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados (Rabbi Baldi; en el mismo sentido Lorenzetti)."

*"Los valores jurídicos, a los cuales alude el art. 20 del Cód. Civ. y Com. junto con los principios, no difieren de estos sino en el diverso aspecto desde el que se los contempla: deontológico en los principios, axiológico en los valores"*⁵.

Sostiene que según el iusnaturalismo enmanan del derecho natural o del derecho vigente para el positivismo pero considera que en los principios pueden tener cabida ambos conceptos.

Luego expresa que: *"El actual art. 20 del Cód. Civ. y com. incluye a los principios y a los valores como un medio de interpretación de la ley. Sin embargo, los mismos Fundamentos del Anteproyecto señalan que "...deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no solo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico. Esta solución es coherente con la jurisprudencia de la corte Suprema de Justicia de la Nación que reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contrarias a los valores jurídicos"*

"De modo pues que el juez puede usar los principios y valores jurídicos no solo como medio de interpretación de la ley sino también como fuente en casos no reglados legalmente y como pauta de control axiológico, para evitar una solución que contraría valores esenciales".

Agrega, que el art. 2 del CCyC introduce también la noción de valores jurídicos y que no se consideró conveniente hacer una enunciación de los principios por su carácter dinámico.

También se refiere a los límites de la aplicación de los principios generales y expresa:

"La aplicación de los principios generales como fuente de autointegración requiere, como dato previo, que no exista una normativa aplicable al caso."

"Es que los jueces deben sujetarse al sistema de fuentes. El conocido filósofo del derecho Ronald Dworkin dice que atañe a la responsabilidad del juez y al cumplimiento de su deber, el respetar el sistema de fuentes."

"De modo que el desconocimiento del sistema de fuentes es calificado por Dworkin como lawless judging, que es traducido como enjuiciamiento antijurídico o al margen del método legal."

"Las ideas de Dworkin sobre el punto han sido condensadas por uno de sus comentaristas, el profesor español Miguel Beltrán, del modo que sigue:

⁵ RIVERA, Julio C., Derecho Civil, Parte General, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2019, p. 85.

- la teoría constitucional de un juez no le permite situarse al margen del sistema de fuentes,
- el juez que prefiere su propia teoría al sistema de fuentes incurre en terrorismo judicial,
- no hay nada tan peligroso para el ordenamiento jurídico (en concreto para la seguridad jurídica garantizada por las decisiones judiciales) como un juez que aplica una teoría prescindiendo de los cánones interpretativos y del método legalmente establecido (en particular del sistema de fuentes). Es irrelevante cuál sea el resultado —en términos de justicia o injusticia- de tal apartamiento; una sentencia justa dictada al margen del procedimiento legalmente establecido (procedimiento cuyo fin es precisamente la garantía del Estado de derecho) sencillamente no es de recibo, y ni siquiera es de recibo si por justa se entiende ajustada a derecho”

“Es que los principios no abren la puerta a una especie de derecho libre o recurso mágico para dejar de fundar una decisión, lo que desafiría todos los moldes de las construcciones jurídicas propias del legalismo y escaparía de cualquier consideración sistémica del derecho privado”⁶.

4.2 LOS PRINCIPIOS PROCESALES. CONCEPTO Y ENUMERACIÓN.

Enseña CHIOVENDA, que para la interpretación de la ley procesal es necesario recurrir a los principios generales, los cuales son de los conceptos informadores y animadores de la ley, que proveen los criterios para la resolución de los casos dudosos. Agrega, que algunos de estos principios son propios de cada sistema procesal, pero existen otros, que denomina generales, en el sentido que son comunes a toda ley moderna, y son: el principio de igualdad de las partes y el principio de la economía de los juicios.

Al respecto dice: “[...] A) Principio de la igualdad de las partes. Las partes en cuanto piden justicia deben ser colocadas en el proceso en absoluta paridad de condiciones. Esto se manifiesta, sobre todo en el principio de contradicción (*auditor et altera pars*), en la repartición de la carga de la prueba, en el principio de que la prueba contraria es de derecho, en las normas que garantizan la defensa y la comunicación recíproca de los documentos, en el principio de la adquisición procesal y otros semejantes.

B) El principio de la economía de los juicios. No es sino la aplicación del principio del mínimo esfuerzo en la actividad jurisdiccional, y no solamente en un solo proceso, sino también respecto de varios procesos en su relación entre sí: conviene obtener el máximo resultado en la actuación de la ley con el mínimo empleo posible de la actividad procesal [...]”⁷.

⁶Ob. Cit., p. 89.

⁷ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, T. I, pág. 107/8, Edit. Valletta, Buenos Aires 2005.

Posteriormente, COUTURE, señala una serie de principios que regulan el debate procesal, partiendo de la circunstancia de que debe ser ordenado y con igualdad de oportunidades para ambos contendientes. Agrega, que los textos constitucionales imponen algunos de esos principios (como el de que nadie puede ser condenado sin debido proceso; nadie puede ser detenido sin sumisión inmediata a un juez competente; etc.), y, a partir, de esas directrices se establecen los principios particulares del proceso civil. Y así, dice “[...] Algunos autores han reducido estos principios a dos: el principio de igualdad y el de economía. Otros, los elevan a cinco: igualdad, economía, disposición, unidad y formalismo. Otros, a ocho: bilateralidad, presentación por las partes, impulso, orden consecutivo, prueba formal, oralidad, inmediación y publicidad [...]”⁸.

Considera que esa enumeración no puede ser taxativa, porque muchas veces los principios surgen de manera impensada e imprevisible de las disposiciones de la ley. Y enuncia solamente los principios de igualdad, disposición, economía, probidad, publicidad y preclusión.

PALACIO, define a los principios procesales como las directivas u orientaciones generales en que se inspira cada ordenamiento procesal. Sus funciones son: servir de base previas al legislador, facilitar el estudio comparativo de distintos ordenamientos y constituir instrumentos de interpretación. Aclara, que no hay acuerdo acerca de su número e individualización y desarrolla los de disposición, contradicción, escritura, publicidad, preclusión, economía procesal y adquisición, sin perjuicio de enumerar otros⁹.

Por su parte, ALVARADO VELLOSO, advierte que con la palabra principios se mencionan indistintamente sistemas, principios y reglas técnicas. Y aclara, que principio se refiere simplemente de un punto de partida, por lo tanto, cuando se trata de regular un medio pacífico de debate dialéctico se refieren a las líneas directivas fundamentales que deben ser imprescindiblemente respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema. Son siempre unitarios y enumera cinco: igualdad, imparcialidad, transitoriedad de la serie, eficacia de la serie y moralidad del debate¹⁰. En trabajos posteriores sostiene que se pueden reducir a solo dos: igualdad de las partes

⁸ COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Parte Segunda, pág. 182, 3° ed., Depalma, Buenos Aires 1958.

⁹ PALACIO, Lino E., *Manual de derecho procesal*, pág. 63, 14° ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1998.

¹⁰ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal*, T. I, pág. 259, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe 1998.

litigantes e imparcialidad del juzgador¹¹, e incluso éste último es más importante porque condiciona al primero.¹²

4.2.1. PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD. CONCEPTO.

La mayoría de la doctrina, como resaltara GOLDSCHMIDT, extrañamente no consignaba como un principio esencial del proceso el de imparcialidad.

Al respecto, el autor remarca dos aspectos esenciales: “[...] 1) *La justicia se basa en la imparcialidad de las personas que intervienen legalmente en la resolución de la causa. Excepto las partes en sentido material, respecto a las cuales la parcialidad es condición esencial, todas las demás personas deben ser tan imparciales como sea posible y en razón directa de su influencia legal sobre el contenido de la resolución [...] He aquí la raíz del instituto de la recusación [...]*”.

Y luego agrega: “[...] 2) *El principio de la imparcialidad abarca igualmente el análisis del adagio: “Audiatur et altera pars”, [...] En efecto, todo proceso tiene por objeto una controversia. Por consiguiente, el deber de imparcialidad exige enterarse de la misma, lo que supone haber dado audiencia a ambas partes.*

El sistema de recusaciones en sentido lato y de abstenciones – brevemente se podría hablar de las “reglas de selección personal”- intenta impedir que una persona que sea parte intervenga en el proceso en un papel que no sea el de parte. El brocardo: “Audiatur et altera pars”, en cambio, desea evitar una parcialidad. Un juez recusable (pero no recusado) puede dictar una resolución justa, puesto que una cosa es ser parte, y otra (si bien fácilmente enlazada a ella) ser parcial. Quien, al contrario, no confiere audiencia a ambas partes, deber cuyo cumplimiento ya los jueces atenienses debían prometer al prestar juramento, por este mismo hecho ya ha cometido una parcialidad, porque no a investigado sino la mitad de lo que le incumbía indagar, y una resolución acertada no sería en este supuesto sino obra del azar. El juez recusable ve el camino recto y puede deambular por él, aunque debe tener mucho cuidado, ya que está rodeado de abismos. El juez que no presta audiencia sino a una sola parte, se asemeja a un ciego: sólo por pura casualidad halla la buena senda [...]”¹³.

¹¹ Aut. cit., *La imparcialidad judicial y la función del juez en el proceso civil*, Jornadas Preparatorias Capítulo Venezuela - XXI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal - Cali 2008. Congreso de Derecho Procesal "Homenaje al Dr. Román J. Duque Corredor" 17, 18 y 19 de abril. Isla Margarita, Venezuela. http://www.institutoderechoprosesal.org/biblio_display_cont.cgi?wid_cont=320.

¹² ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *La imparcialidad judicial*, http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/BARI_LA_IMPARCIALIDAD_JUDICIAL.pdf

¹³ GOLDSCHMIDT, Werner, *La imparcialidad como principio básico del proceso (la parcialidad y la imparcialidad)*; http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf.

Cabe destacar, como hace Niceto ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO¹⁴, que fue Werner GOLDSCHMIDT quién diferenció la parcialidad (ser parte), neologismo por él sugerido y la parcialidad (ser parcial).

Desde otro punto, MONTERO AROCA¹⁵ distingue la independencia de los jueces de la imparcialidad, y ésta, como desinterés subjetivo, del desinterés objetivo que hace a la jurisdicción.

La independencia hace a las garantías que establece un Estado que permita a los jueces resistir las presiones exteriores; no se refiere al juez con relación a un caso, sino que tiene carácter absoluto. Esas garantías le posibilitan ser independiente, pero no aseguran que lo sea efectivamente en contra de su voluntad.

En cambio, dice que la imparcialidad no es una característica absoluta, sino que se refiere a cada juez y en cada proceso particular que se somete a su decisión, entonces no se atendería al órgano, sino a la persona física del juez.

Entiende por imparcialidad o desinterés subjetivo del juez “[...] *la ausencia de designio o de prevención en el juez de poner su función jurisdiccional al servicio del interés particular de una de las partes. La función jurisdiccional consiste en la tutela de los derechos e intereses legítimos de las personas por medio de la aplicación del Derecho en el caso concreto, y la imparcialidad se quiebra cuando el juez tiene el designio o la prevención de no cumplir realmente con esa función, sino que, incumpliendo con ella, puede perseguir en un caso concreto servir a una de las partes [...]*”. Agrega, que es algo subjetivo que afecta el ánimo del juez pero la ley intenta objetivarlo estableciendo situaciones taxativamente enunciadas y constatables objetivamente.

El punto de partida, para llegar a comprender lo que es la imparcialidad del juez, consiste en distinguirla del desinterés objetivo en el ejercicio de su función que caracteriza la jurisdicción. “[...] *Debe así hablarse de desinterés objetivo, elemento que hace a la esencia de la Jurisdicción, y de desinterés subjetivo o imparcialidad, propio del juez concreto [...]*”.

A partir del concepto de jurisdicción de CHIOVENDA, como función del Estado, la distingue de la función administrativa porque la primera es una actividad de sustitución, lo que no ocurre en la segunda que juzga su propia actividad, “[...] *la Jurisdicción ejerce siempre un sistema de heterotutela, es decir, aplica el Derecho objetivo en asuntos de otros. Es por esto por lo que la Administración es siempre juez y parte, esto es, está objetivamente interesada en los asuntos que gestiona, mientras que la Jurisdicción es únicamente juez y está desinteresada objetivamente de los asuntos en que decide [...]*” y

¹⁴ Cuestiones de terminología procesal, III, pág. 129, UNAM, México 1972.

¹⁵ MONTERO AROCA, Juan, *Derecho a la imparcialidad judicial - Comentario al artículo II-107 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y al artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Publicado en Revista Europea de Derechos Fundamentales, N° 7/1er semestre 2006, páginas 69 a 111. <http://www.derechoprocesal.es/articulos/91.doc>

este desinterés objetivo de la jurisdicción no hace al juez en concreto que conoce el asunto, sino a la función misma.

Posteriormente, agrega: “[...] *En correlación con que la Jurisdicción juzga sobre asuntos de otros, la primera exigencia respecto del juez es la de que éste no puede ser, al mismo tiempo, parte en el conflicto que se somete a su decisión. La llamada imparcialidad, el que quien juzga no puede ser parte*¹⁶, *es una exigencia elemental que hace más a la noción de Jurisdicción que a la de proceso, aunque éste implique siempre también la existencia de dos partes parciales enfrentadas entre sí que acuden a un tercero imparcial, esto es, que no es parte, y que es el titular de la potestad jurisdiccional. Por lo mismo la imparcialidad es algo objetivo que atiende, más que a la imparcialidad y al ánimo del juez, a la misma esencia de la función jurisdiccional, al reparto de funciones en la actuación de la misma. En el drama que es el proceso no se pueden “representar” por una misma persona el papel de juez y el papel de parte. El que el juez fuera también parte no implicaría principalmente negar la imparcialidad, sino desconocer la esencia misma de lo que es la tutela de los derechos e intereses legítimos de las personas por medio de la aplicación del Derecho por la Jurisdicción en el caso concreto.*

Es evidente que si un juez puede ser también parte en un proceso que ha de tramitar y decidir, aquél no actuaría con imparcialidad, pero con todo lo que resultaría vulnerado, en primer lugar, no sería la imparcialidad, sino el requisito de la Jurisdicción de que ha conocer de asuntos de otros. Naturalmente no es lo mismo referir la alienità a la Jurisdicción, como función del Estado, que al juez, considerado éste como persona, pero también en este segundo supuesto lo que entra en juego no es tanto la parcialidad como la negación de algo que hace a la esencia de la Jurisdicción, la denominada parcialidad [...].

Más adelante, acota que las causas que hacen a la imparcialidad se basan en la concurrencia de circunstancias ajenas y previas al proceso, que existen se de o no éste y el legislador considera que ponen en riesgo que el juez cumpla su función jurisdiccional. Por otro lado, cuando estas causas atienden a la incompatibilidad de funciones procesales, se originan en el proceso mismo, el legislador estima que la actuación del juez no se realizaría del modo procesalmente previsto, y son respecto de la realización de actos procesales, de fases de un proceso, por un mismo juez.

Sostiene, que en lugar de hablarse de imparcialidad objetiva, debe preguntarse: “[...] *si, atendidos los principios que deben conformar el proceso y los derechos de las partes en el mismo, el haber realizado una primera actividad convierte el juez en incompatible para realizar la segunda [...].*

En consecuencia, diferencia imparcialidad del juez (como desinterés subjetivo), de la incompatibilidad de funciones en el proceso (desinterés objetivo que hace a la jurisdicción).

¹⁶ La palabra fue acuñada por GOLDSCHMIDT, Werner, *La imparcialidad como principio básico del proceso (La “parcialidad” y la imparcialidad)*, en Revista de Derecho Procesal, 1950, pp. 184 y ss.

Por su parte, ALVARADO VELLOSO sostiene que el principio de imparcialidad del juzgador comprende la imparcialidad, la imparcialidad y la independencia¹⁷. Y dice que este principio: [...] *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 la posición de parte (imparcialidad) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo, inmediato o mediato, en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia) [...]*¹⁸.

Destaca, que los principios procesales conforman directivas unitarias, lo cual los diferencia de las reglas técnicas del debate procesal, que son binarias. Y señala que un proceso sólo es tal cuando se desarrolla conforme los principios.

Para este trabajo, resulta conveniente resaltar un aspecto en torno a la imparcialidad o incompatibilidad de funciones en el proceso (desinterés objetivo que hace a la jurisdicción), porque ya sea desde una visión sistémica como la de ALVARADO VELLOSO o del análisis propuesto por MONTERO AROCA, ante la circunstancia de que un juez sea parte o ejerza funciones incompatibles, no estamos ante un proceso.

Ahora bien, desde la propuesta de GOLDSCHMIDT, la imparcialidad también alcanza el análisis del adagio *audiatur et altera pars*, desde que evita la actuación parcial del juez al exigir la audiencia de ambas partes, porque el proceso refiere a una controversia y como tal, a una proposición de dos puntos de vista.

Y esto nos conduce a la igualdad.

Es decir, comprende el contenido del principio procesal de igualdad en cuanto este refiere a la paridad de oportunidades y de audiencia.

Al respecto, señala MEROI: “[...] *Al par que principio procesal, la imparcialidad y sus realizaciones constituyen, simultáneamente, una garantía de los jueces, una garantía de los ciudadanos, un deber judicial, un derecho de los justiciables. Huelga recordar que la garantía de un juez imparcial se considera incluida en la más genérica del debido proceso e inviolabilidad de la defensa en juicio [...]*”¹⁹.

Además, es necesario destacar que la Declaración Universal de Derechos Humanos²⁰ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos²¹ establecen que toda persona tiene derecho a ser oída por un tribunal (o juez) independiente e imparcial.

¹⁷ Ob. cit., pág. 261.

¹⁸ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *La imparcialidad judicial*, [http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/BARI LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL.pdf](http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/BARI%20LA%20IMPARCIALIDAD%20JUDICIAL.pdf) pág. 10.

¹⁹ MEROI, Andrea, *La imparcialidad del juez y las medidas cautelares*.

²⁰ Art. 10 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.

²¹ Art. 8. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad

Estos tratados tienen jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994 (art. 75 inc. 22 C.N.), por lo que más allá de la concepción de proceso que se pueda tener, la persona debe ser oída por un juez o tribunal imparcial.

2.2.2. PRINCIPIO DE IGUALDAD. CONCEPTO.

PALACIO refiere a las garantías constitucionales que influyen en el proceso como la igualdad y dice que “*Llevada esta idea al plano del proceso significa que dentro de una razonable igualdad de condiciones o de circunstancias, debe dispensarse a las partes tratamiento igualitario en el planteamiento de sus pretensiones y defensas*”²².

Luego, en los principios procesales refiere al de contradicción, que deriva del principio constitucional de igualdad y se expresa como *audita et altera pars*.

Dice, que en términos generales implica la prohibición de que los jueces dicten alguna resolución o dispongan la ejecución de alguna diligencia procesal sin que, previamente, hayan tenido oportunidad de ser oídos quienes pudieran verse directamente afectados por tales actos.

Expresa que, es sobre la base de esa idea que las leyes procesales estructuran los denominados actos de transmisión o comunicación, como son los traslados, las vistas y las notificaciones, cuyo objeto consiste en colocar a las partes, y eventualmente a los terceros, en condiciones de expedirse acerca de las pretensiones o peticiones que se formulen en el proceso y de controlar el diligenciamiento de los actos procesales dispuestos a pedido de otra parte o de oficio por el juez.

Sostiene que la vigencia del principio de contradicción requiere, fundamentalmente, que las leyes procesales acuerden, a quienes se encuentren en las situaciones mencionadas, una suficiente y razonable oportunidad de ser oídos y de producir pruebas. No exige la efectividad del ejercicio de tales derechos, razón por la cual el principio que nos ocupa no resulta desconocido cuando la parte interesada no hizo valer, por omisión o negligencia.

Por otro lado, MONTERO AROCA dice que los principios comunes parten de que el proceso es un *actus trium personarum*, en el que necesariamente concurren dos partes parciales y un tercero imparcial, y atienden a la intervención de cada uno de estos sujetos en el proceso:

a) Respecto del titular de la potestad jurisdiccional los principios esenciales son: imparcialidad, independencia, inamovilidad y responsabilidad.

b) Con relación a las partes parciales sólo cabe hablar de proceso cuando las mismas están en situación de plena contradicción e igualdad.

por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

²² Palacio, Lino E., *Tratado de Derecho Procesal*, T. 1, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2009, p. 156.

Y que “No pueden confundirse principios comunes del proceso con principios del proceso que han sido constitucionalizados en un determinado ordenamiento jurídico. Normalmente los principios comunes (contradicción o audiencia e igualdad de las partes) tendrán rango constitucional, pero esta norma de normas puede haber llegado más allá.”

Agrega, que los brocardos *audiatur et altera pars* y *nemo inauditus damnari potest*, que hoy se enuncian como *nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio*, puede ser contemplado desde dos puntos de vista.

1º) El derecho fundamental de audiencia, cuyo contenido puede considerarse desde dos aspectos, a) contenido fundamental del principio es la *necesidad de ser oído* que en el proceso civil se cumple cuando se ofrece a las partes la posibilidad real de ser oídas, sin que sea necesario que éstas hagan uso de la posibilidad y b) que las partes han de *conocer todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial*.

2º) El derecho de contradicción, que hace referencia más bien a un modo de organizar el proceso para que estos queden regulados de modo que se respete el derecho fundamental de audiencia. Ello, sobre la base de que la contradicción entre las partes es un eficaz instrumento técnico, es técnicamente el dispositivo psicológico más apropiado para garantizar la aplicación exacta de la ley y la imparcialidad del juez, y ello no sólo para la mejor defensa de las partes sino también para el interés público de la justicia.

Luego, respecto al principio de igualdad dice que contempla al anterior y requiere conceder a las partes de un proceso los mismos derechos, posibilidades y cargas, de modo que no pueden existir privilegios ni en favor ni en contra de alguna de ellas. Es consecuencia del principio constitucional de igualdad pero conviene distinguir:

a) la igualdad legal -La LEC de 2000 está basada en una concepción liberal y, consiguientemente, responde a la concepción de que todos son iguales ante la ley y de que las partes lo son en el proceso- y

b) la *igualdad práctica*, dice que “La quiebra del principio de igualdad se produce en la práctica. Si la misma es difícil de alcanzar en las relaciones jurídicas materiales, como consecuencia de las desigualdades culturales, sociales y económicas, lo mismo sucede en el proceso.”

“Desde el intento de lograr la igualdad se explican el derecho al beneficio de justicia gratuita (art. 119 CE), y en parte instituciones como la ejecución provisional (tan reforzada en la LEC de 2000), algunas medidas cautelares o anticipatorias o la necesidad de suprimir formalismos inútiles.”

5. CONCLUSIONES.

Es necesario destacar que la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen que toda persona tiene derecho a ser oída por un tribunal (o juez) independiente e imparcial.

Si un juez sea parte o ejerza funciones incompatibles, no estamos ante un proceso porque se afecta la imparcialidad o incompatibilidad de funciones en el proceso (desinterés objetivo que hace a la jurisdicción), ya sea desde una visión sistémica como la de ALVARADO VELLOSO o del análisis propuesto por MONTERO AROCA.

Consideramos, que CHIOVENDA no pone a la imparcialidad como principio, porque es propio del diseño triangular del proceso, y entonces se presentaría como una condición de existencia de éste.

La imparcialidad también alcanza el análisis del adagio *audiatur et altera pars*, desde que evita una actuación parcial del juez, al exigir la audiencia de ambas partes, porque el proceso refiere a una controversia y como tal, a una proposición de dos puntos de vista. Es decir, comprende el contenido del principio procesal de igualdad en cuanto este refiere a la paridad de oportunidades y de audiencia.

La igualdad procesal refiere la igualdad como no discriminación y responde a la concepción de que todos son iguales ante la ley y de que las partes lo son en el proceso y la igualdad práctica –que deviene por desigualdades *culturales, sociales y económicas*- debe ser mantenida por mecanismos que permitan el acceso a la justicia en condiciones de igualdad –como el beneficio de litigar sin gastos, justicia gratuita, defensa pública- como también por mecanismos procesales como la ejecución provisional, medidas cautelares o anticipatorias.

El estudio de estos últimos mecanismos o instituciones excede el alcance del presente trabajo, que se limita considerar que son necesarios para mantener una igualdad práctica pero en ningún aspecto pueden alterar la imparcialidad porque ello implicaría la del debido proceso.