

EL ACTIVISMO JUDICIAL UNA HERRAMIENTA DE PROTECCION CONSTITUCIONAL.¹

Por Patricio Alejandro Maraniello².

INDICE: Introducción. I. Evolución histórica del Poder Judicial en Argentina. II. Activismo judicial. II. 1. Génesis. II. 2. Causas y factores. II. 3. Características especiales. II. 4. El activismo y el principio de congruencia. II. 5. El activismo judicial en el derecho procesal civil y comercial. II. 6. El activismo constitucional. III. El rol del juez. III. 1. Los modelos de justicia. III. 2. Los tres modelos de juez. III. 3. Nuevas perspectiva en el pensamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. III. 4. Los derechos de excepción. IV. Inconstitucionalidad de oficio. V. Inconstitucionalidad por omisión. VI. Garantías constitucionales. VI. 1. El derecho a la jurisdicción. VI. 2. El derecho a ser oído. VII. A modo de conclusión.

INTRODUCCION:

Considerar que la figura del juez no se ha modificado a lo largo del tiempo y que este siglo XXI no lo tiene como actor principal, es no ver la realidad.

Dentro de esta tendencia existe un movimiento denominado “activismo judicial” que ha permitido aumentar y revalorizar las funciones del Poder Judicial, sean estos Nacionales o Provinciales porque al tener como ultima instancia de revisión -por medio del Recurso Extraordinario-, a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la justicia debe considerarse como poder único.

Ahora bien este instituto es considerado el eje por la cual giran varias variantes: El rol del juez (funcionabilidad y características), la inconstitucionalidad por omisión y de oficio (nuevas herramientas constitucionales) y garantías constitucionales (fija sus límites).

De allí me nace los siguientes interrogantes ¿como ha comenzado el activismo judicial, cuales son las reglas que lo regulan y lo mas importante

¹ Conferencia dada en la provincia de Formosa, organizado por la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Nación, el día viernes 31 de octubre de 2008.

² Profesor de Grado y Posgrado de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesor de Doctorado en la Universidad del Salvador. Profesor en el Posgrado de la Universidad de Morón. Profesor de la escuela judicial de la Asociación de Funcionarios y Magistrados del Poder Judicial de la Nación

como puede ser utilizado en el Poder Judicial para un mejor servicio de justicia, para beneficio de la sociedad en su conjunto?.

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PODER JUDICIAL EN ARGENTINA³:

En el cabildo se desarrollaba todo el fundamento jurídico de la ciudad, como lo establecían las Leyes de Indias. Por eso, don Juan de Garay, la mañana del 11 de junio de 1580, día de San Bernabé, suscribe el acta fundacional de la ciudad de la Trinidad y Puerto de Santa María de Buenos Aires y crea el cabildo.

'Cabildo' proviene de capitulum, es decir "a la cabeza". Estas instituciones típicamente españolas se revitalizan al llegar a América. Estaban constituidas por un cuerpo colegiado con funciones administrativas, legislativas, judiciales, de policía y de milicia; sus miembros eran elegidos anualmente entre los vecinos, por mayoría de votos; se reunían ordinariamente en cabildos cerrados y cuando los asuntos lo requerían por su importancia, en cabildos abiertos. El Cabildo de Buenos Aires se destacó por sus cabildos abiertos, donde se tomaron decisiones que escapaban a su competencia institucional, pero que fueron cimiento de la emancipación argentina.⁴

En otra instancia procesal la justicia era impartida por la Real Audiencia formada por oidores con una clara dependencia con el poder político. Luego del año 1812 se creó la Cámara de Apelaciones donde los oidores fueron reemplazados por conjueces criollos con atribuciones judiciales, que duraban en sus cargos mientras dure su buena conducta.

Estas Cámaras tenían una clara dependencia del Poder Ejecutivo, atento que este último juzgaba en cuestiones castrenses, vigilaba el cumplimiento de la ley y la recta administración de justicia. Y la Asamblea Legislativa era la única que podía interpretar la ley mientras que los jueces solo debían aplicarla.

Es sabido que en el período señalado, el activismo judicial no existía, pues el órgano de velar para un mejor ordenamiento jurídico para los ciudadanos no eran los jueces a través de sus sentencias sino era la ley. Más aún los magistrados no tenían facultades para interpretar la ley, pues no nos olvidemos que esa facultad estaba vedada para todos los magistrados.

En el proyecto constitucional del año 1826 se reguló la creación de una Corte Suprema de Justicia Nacional compuesta por dos salas, una de 3 miembros que conocerían en grado de primera instancia mientras que la

³ Conferencia brindada en el Colegio de Abogados de Entre Ríos, el día viernes 27 de junio de 2008.

⁴ <http://www.cultura.gov.ar/direcciones>.

otra sala compuesta por 6 miembros eran los que entendían en última instancia en apelación de la instancia anterior.

En la ley 182 del año 1858 dictada por la Confederación se establecieron dos vías de impugnación como ser: a) los fallos de los jueces provinciales podían ser apelados ante los juzgados de primera instancia de sección; y b) los fallos del Tribunal Supremo de justicia Provincial podían acceder en algunos casos al Máximo Tribunal de Justicia Federal.

Con la reforma de 1860 se dejó sin efecto la posibilidad de apelar ante los juzgados de sección y se creó la Corte Suprema de Justicia Nacional y los tribunales inferiores (art. 108). La primera citada comenzó a funcionar en septiembre de 1863, con siete miembros.

La ley 27 (reemplazó la ley del año 1862) es igual a la ley 182 pero dejando sin efecto la posibilidad de recurrir las sentencias de los juzgados de provincia a los juzgados federales. Aquí se crean los juzgados (federales) de sección.

Otro punto importante de la reforma constitucional de 1860 fue la modificación del art. 97 que contemplaba la posibilidad que el Poder Judicial Nacional actuara ante los conflictos entre los diferentes poderes públicos de una misma provincia.

II. ACTIVISMO JUDICIAL.

II. 1. Génesis:

Activismo deriva de activo palabra latina *activus* que significa facultad de obrar, con diligencia, eficacia, y prontitud, sin dilación⁵.

La locución “activismo judicial” fue posiblemente, usada por vez primera por la Suprema Corte de EEUU, alrededor de 1952 cuando se autoproclamo “activista”, muy especialmente bajo la presidencia de la Corte del Juez Warren.

Aunque tuvo antecedentes hace más de 700 años en la Siete Partidas del Rey Alfonso el Sabio, donde en la Partida Tercera Ley 11 Título IV, se le imponía al juez “saber la verdad del pleito por cuantas maneras pudiese”.

Estévez Seguí⁶ -unos de nuestros primeros procesalista- había rescatado esta facultad proveniente de las partidas, antes de que la ley de Enjuiciamiento Civil española la haya incorporado a su texto, al señalar en su tratado que el juez la podía utilizar en cualquier tiempo hasta la sentencia

⁵ Microsoft® Encarta® 2007. © 1993-2006 Microsoft Corporation.

⁶ “Tratado elemental de los procedimientos civiles en el foro de Buenos Aires”, año 1850

II. 2. Causas y factores:

Este realce de la función jurisdiccional, cimentado en la creencia de un juez “Hércules” todopoderoso en la célebre imagen de Dworkin, responde sin dudas a una multiplicidad de causas y factores, que Walter Carnota⁷ los sintetiza en los siguientes:

- Déficit de representatividad en los órganos políticos electivos;
- Cláusulas constitucionales y legales de textura abierta;
- El sentir de que la democracia es el “derecho de tener derechos”, han hecho mucho por hipertrofiar el papel del juez en las sociedades contemporáneas.

Para el caso poco ha importado el entramado institucional que da cobijo a estas conductas, es decir, el concreto diseño de ingeniería constitucional del régimen político de que se trate. El auge del activismo judicial es tan importante v.gr., en los sistemas continentales romanistas del “Civil law” generalmente apegados a estructuras parlamentarias, como a los presidencialismos derivados de la Constitución Norteamericana de Filadelfia de 1787.

Se ha dicho que así como el siglo XIX era considerado “el siglo de los Parlamentos” y el siglo XX de la preponderancia del Ejecutivo, la centuria en la que vivimos será, para utilizar la jerga de Norberto Bobbio, la “era de los jueces”.

II. 3. Características especiales:

Morello da como características esenciales al activismo los siguientes elementos:

- Búsqueda primordial de la justa solución del caso y no tanto por no contradecir o erosionar el sistema.
- Creatividad de las sentencias,
- Protagonismo del tribunal y

⁷ Carnota, Walter: “El activismo judicial en materia de seguridad social”, La ley –diario- del 17 de julio de 2008.

- Aggiornamento⁸ del servicio de justicia.

Según Peyrano el activismo judicial es creativo y ha aportado numerosos institutos procesales como ser: a) medidas autosatisfactivas, b) el recurso indiferente, c) la reposición in extremis, d) la llamada tutela anticipatoria, e) la medida cautelar innovativa, f) la medida conminatoria, g) la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, g) el recurso *infinitem* (esto se relaciona con la pretermisión de trámites, es decir, “dejar de lado” u omitir), entre muchos otros.⁹

A ello habrá que adunarle la inconstitucionalidad de oficio y la inconstitucionalidad por omisión, herramientas estas que resultan de vital importancia en el fiel resguardo a los preceptos constitucionales.

Si bien muchos del ideario activista permanecen en el plano pretoriano, debe consignarse que parte de su repertorio ya se ha plasmado legislativamente. Así ha acontecido, por ejemplo, con las medidas autosatisfactivas¹⁰, las cargas probatorias dinámicas¹¹, la reposición in extremis¹², denuncia de daño temido (art. 623 bis del CPCCN), oposición a la ejecución de reparaciones urgentes (art. 623 ter del CPCCN), procesos monitorios¹³, y las medidas cautelar innovativa.¹⁴

El activismo se preocupa ante todo por la justa solución del caso y no tanto por no contradecir o erosionar el sistema.

Otra parte de la doctrina¹⁵ considera que una sentencia es propia de un ejercicio activista de la judicatura cuando el tribunal, además de solucionar el caso concreto traído a su juzgamiento, envía señales innovadoras a los demás poderes, a los jueces inferiores y a la sociedad en general, tendientes a generar un cambio en la legislación, o en la jurisprudencia, o en las costumbres (respectivamente). Esas señales pueden consistir, por ejemplo, en:

- "Crear" derechos, es decir, garantizar la protección de un derecho no enumerado por considerarlo de raigambre constitucional, ampliando así la nómina de derechos protegidos.¹⁶

⁸ Italianismo que significa remozar (dar un aspecto mas nuevo o moderno a algo) o actualizar (mas que reinventar algo es adatar a los cambios competitivos).

⁹ LL 26/02/2008.

¹⁰ Art. 232 bis del Código Procesal Civil de la Provincia de Chaco, los arts. 785 al 790 del Código de Corrientes, y la ley de Santa Fe 11529 sobre violencia familiar.

¹¹ Art. 377 del Código Procesal Civil de Corrientes y art. 360 de la Pampa.

¹² Art. 241 bis de la Cod. de rito de Corrientes.

¹³ Primero se obtiene la resolución o sentencia y luego se escucha al demandado –solve aut repete (pagué o discuta). Se ha incorporado en Uruguay, Brasil -1995- y en el art. 472 del Código Procesal Civil y Comercial de Entre Ríos.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ MANILI, Pablo, [LA LEY 2006-D, 1285](#).

¹⁶ Caso “Sejean”(1986)

1. Ampliar las garantías procesales para la protección de los derechos, sea mediante nuevas garantías o mediante la interpretación amplia de las existentes.¹⁷
2. Señalarle al Congreso la necesidad de una reforma legislativa en determinada materia.¹⁸
3. Establecer sentencias como modelo social a seguir por el estado y todos los ciudadanos.¹⁹
4. Allanar los caminos procesales para facilitar y homologar el accionar del gobierno, a través de un salto de instancias.
5. Convalidar normas de emergencia restrictivas de los derechos fundamentales.²⁰
6. Convalidar excesos del poder en general.

II. 4. El activismo y el principio de congruencia:

El *principio de congruencia*, es la traducción en el proceso del principio de identidad, en función del cual el juez sólo puede pronunciarse sobre lo postulado de las partes. Pero no se trata de una regla absoluta, y las excepciones admitidas encuentran su basamento en la circunstancia de que el sistema procesal no sea puramente dispositivo, sino integrado con justamente con el activismo judicial.

De esa manera, Mabel de los Santos²¹ se refiere a la discrecionalidad en materia cautelar, que permite al juzgador disponer medidas diferentes de la solicitada para asegurar el derecho de quien lo peticiona²², como así también a la posibilidad de fallar *ultra petita* en el proceso laboral, que encuentra su fundamento en la irregularidad de los derechos del trabajador.

Por otra parte, la jurisprudencia registra numerosos casos de flexibilización de la congruencia con la finalidad de evitar frustrar el derecho invocado, al que se le acuerda una protección distinta o acotada,

¹⁷ Caso "Angel Siri (1957)" y "Samuel Kot "(1958). Luego se plasmo en la ley 16986 (1966) y art. 321 de CPCCN, para actos contra otros particulares

¹⁸ Art. 170 inc. 8 de la Constitución de Formosa:..." *Proponer a la Legislatura cuanto estime pertinente en lo referente a la administración de justicia, pudiendo designar a alguno de sus miembros para que concurra al seno de las comisiones legislativas a fundar el proyecto, aportar datos e informes relativos al mismo* "-

¹⁹ Caso de la Corte de EE.UU. "Brown vs. Board of education"(1954)

²⁰ "Ercolano c. Lanteri" y "Avico c. De la Pesa" se invoco el bienestar general (directo) como condicionante de una de las manifestaciones del derecho de propiedad de un grupo en beneficio de la mayoría. "Cine Callao" se invoco el bienestar directo.(Fallo "Peralta") "Busto" y "Galli" de que convalidaron la "pasificación de ahorros y de bonos de deuda del estado, respectivamente.

²¹ DE LOS SANTOS, Mabel, "El principio de congruencia", mesa redonda llevada a cabo el 9 de mayo en el Aula Magna de la UBA Facultad de Derecho.

²² Art 204 del Código Procesal Civil y Comercial de Formosa.

especialmente en materia de protección de la salud o de incapacidades. Asimismo no debe excluirse la posibilidad de moldear la congruencia con respecto a los derechos patrimoniales pero como en todos los casos, es menester verificar que al hacerlo no se afecte la garantía de defensa en juicio. Finalmente la autora citada considera que solo así podremos hacer efectivo el tránsito desde un garantismo formal –muchas veces interpretado a favor del exceso ritual- hacia un garantismo funcional o teleológico, que facilite y no malogre el acceso a la justicia.

II. 5. El activismo judicial en el Derecho Procesal Civil y Comercial de la Nación²³:

En este punto debemos realizar una salvedad, en el hecho en que en material penal al existir el sistema inquisitivo el activismo judicial nunca se ha discutido por ser la función del juez en el proceso, con la aclaración que en las últimas modificaciones legislativas han ganado terreno el rol de los fiscales en toda la etapa de instrucción, es decir, una especie de activismo compartido entre jueces y fiscales.

Sin embargo el movimiento garantista fue cercenando al activismo limitándolo en su esencia, donde en algunas ocasiones fue bien utilizado el garantismo teleológico y en otras se vio perjudicado el sistema con el uso de un garantismo netamente formalista y retrógrado, con nulidades absurdas e inconsistentes, al respecto infra se han realizado un mejor tratamiento de esta temática.

Ahora bien, con la ley 25488, publicada en el Boletín Oficial el día 22 de noviembre de 2001, que recién entro en vigencia a partir del 22 de mayo de 2002, se ha efectuado una importante modificación en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, reformando más de sesenta artículos, deroga dieciocho e incorpora cuatro.

La celeridad del proceso civil y la profundidad del rol del juez como “director del proceso” parecieran ser los principales objetivos que pretenden alcanzar las modificaciones introducidas en el CPCCN²⁴.

En su dictamen el senador Nacional Ricardo Branda indico que la reforma “...provee al proceso judicial normas que tiendan a facilitar, simplificar y agilizar ciertos aspectos del procedimiento, con miras a

²³ MARANIELLO, Patricio: “ *El rol del juez en el nuevo milenio*”, www.eldial.com.ar.DC72D.

²⁴ OSTROWER, Ricardo y SORIA, Santiago:” Reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, LL diario del 12/12/01.

lograr, asimismo una razonable unidad en el espíritu del ordenamiento vigente...”²⁵.

Resulta conveniente recordar que el juez, si bien tenía un papel activo en las diferentes etapas del proceso, estas resultaban de aplicación potestativa en muchos casos, pero ello se ha reformado transformándose en un verdadero imperativo legal, cuyos deberes disciplinarios, ordenatorios e instructorios son obligatorios para los magistrados de la causa, luego de la modificación de los artículos 35 y 36 del CPCCN²⁶, cuyo incumplimiento podría traerles cierto grado de responsabilidad, en su inacción judicial. Dicha obligación me resulta desmesurada si tenemos en cuenta las múltiples tareas que ostenta un magistrado, que va desde la administrativa interna de su propio juzgado hasta su asistencia a las audiencias (conciliatorias, confesionales, preliminares...), cuestiones incidentales, interlocutorios y el dictado de la sentencia definitiva.

Más concretamente me estoy refiriendo a la modificación de la palabra “podrán” –facultativo- por “deberán” –imperativo- en los artículos mencionados.

El deber es un mandato legal que nos fuerza a actuar de determinado modo frente a situaciones especificadas. Se muestra como un vínculo genérico-social, donde debe responderse al grupo social en cumplimiento de sus intereses por cargos por el mismo otorgados²⁷. En cambio por facultades debe entenderse a las “atribuciones que la ley confiere expresa o implícitamente pero cuyo ejercicio depende del arbitrio de ellos, quienes por tanto pueden asumir o no la conducta correspondiente²⁸.

Esto marca una variación significativa, en la gran división que existía entre el sistema dispositivo e inquisitivo. En el tipo procesal civil predomina el sistema dispositivo, donde se sigue exclusivamente el señorío de la voluntad de la parte, quienes no solamente fijan y determinan el objeto litigioso y aportan el material de conocimiento, sino que también tienen el poder de impedir que el juez exceda los límites fijados a la controversia. Justamente este es el imperante en el derecho de procedimiento civil.

²⁵ Dictamen en el proyecto de ley del Senador Branda, Congreso Nacional, Cámara de Senadores, Sesiones Ordinarias de 1999, Orden del día Nro. 253, Dirección Publicaciones, impreso el día 14 de mayo de 1999.

²⁶ Ello se ha trasladado en muchos códigos procesales de provincia, como ser el nuevo art. 32 y 33 del Código de rito de la Provincia de Entre Ríos, modificado por la ley 9776.

²⁷ BOURGUIGNON, Marcelo:” Deber de saneamiento del juez” Revista Jurídica Universidad Nacional de Tucumán”, junio de 1988.

²⁸ CCivil, Comercial, Laboral y de Minería, Esquel, Chubut, Sala Civil in re: “A.F. s/ Suc. Ab intestato” interlocutorio del 7/12/2000, SAIJ Q 0011473.

Por otro lado, el proceso inquisitivo, traslada el dominio de la actividad procesal al magistrado que no solamente dirige e impulsa el proceso, sino también promueve su iniciación y realiza los actos de investigación tendientes a la asunción del material de conocimiento. Así enunciado, el tipo procesal inquisitivo solamente se da en la etapa instructora del proceso, cuya naturaleza jurisdiccional es discutible²⁹.

Por ello, sostengo que el actual proceso civil, tiene características “dispositivas mixtas”, ya que toma rasgos típicos de ambos sistemas; por el lado inquisitivo puro tenemos los deberes marcados en los artículos citados, y en lo que respecta al dispositivo tenemos funciones que solo pueden ejercer las partes como ser: regulación de honorarios, apelación, etc...

Pero nos queda el interrogante de que si esta modificación ha sido o no beneficiosa para la celeridad e inmediación judicial de los miles de juicios que hoy tramitan en los distintos fueros civiles, comerciales, contenciosos administrativos, etc..

La respuesta –como ya se dijo- no podría ser otra que si, ya que, el juez no debe ser un mero espectador en las causas que por él tramitan, sino por el contrario, deberá tomar:

1. Intervención saneando nulidades -art. 34 inc. 5 apart. b) del CPCCN;
2. Mantener la igualdad de las partes en el proceso -art. 34 inc. 5 apart. c) del CPCCN;
3. Prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe -art. 34 inc. 5 apart. d) del CPCCN;
4. Vigilar para que en la tramitación de la causa se procure la mayor economía procesal -art. 34 inc. 5 apart. e) del CPCCN;
5. Declarar, en oportunidad de dictar las sentencias definitivas, la temeridad o malicia en que hubieran incurrido los litigantes o profesionales intervinientes -art. 34 inc. 6 del CPCCN;
6. Fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia
7. Mandar que se teste toda frase injuriosa o redactada en términos indecorosos u ofensivos, salvo que alguna de las partes o tercero interesado solicite que no se lo haga (art. 35 inc. 1 del CPCCN);

²⁹ MARANIELLO, Patricio A.:” Manual de despachos e interlocutorios judiciales”, Editorial Grün, año 2001

8. Excluir de las audiencias a quienes perturben indebidamente su curso (art. 35 inc. 2 del CPCCN);
9. Aplicar las correcciones disciplinarias autorizadas por este código y la ley orgánica. El importe de las multas que no tuviesen destino especial establecido en este código, se aplicará al que le fije el Superior Tribunal de Justicia. Hasta tanto dicho tribunal determine quiénes serán los funcionarios que deberán promover la ejecución de multas, esa atribución corresponde a los representantes del Ministerio Público Fiscal ante las respectivas jurisdicciones. La falta de ejecución dentro de los treinta días de quedar firme la resolución que las impuso, el retardo en el trámite o el abandono injustificado de éste, será considerado falta grave (art. 35 inc. 1 del CPCCN);
10. Evitando la paralización del proceso (art. 36 inc. 1 del CPCCN);
11. Intentando una conciliación total o parcial del conflicto (art. 36 inc. 2 del CPCCN);
12. Proponiendo a las partes formulas para simplificar y disminuir las cuestiones litigiosas surgidas en el proceso o respecto de la actividad probatoria (art. 36 inc. 3 del CPCCN) y;
13. Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos (art. 36 inc. 4 del CPCCN).

Con la modificación en dichas normas de la palabra “podrán” por “deberán” produjo un cambio radical en el Poder Judicial, donde los jueces han dejado de ser meros espectadores en el proceso, transformándose en partes sustancial, debiendo enderezar las causas cuando las partes: 1) dejan caer el procedimiento por falta de impulso, 2) presentan escritos estériles con el solo objetivo de retrasar el momento del dictado de la sentencia, que seguramente iba a resultar en su contra, y 3) incurren en actos contrarios al deber de lealtad, probidad y buena fe.

Mientras que por el lado del juez lo que antes era potestativo ahora es obligatorio en su función específica como ser: 1) dictar sentencia fundamentándola en los elementos fácticos de las partes y en el derecho imperante, dejando de lado las normas mal citadas o carentes de entidad jurídica, 2) resolver las causas respetando los plazos establecidos en la ley, 3) velar por la supremacía constitucional y el principio de congruencia, y 4) declarar la inconstitucionalidad de las normas haya o no petición de las

partes atento que el control de constitucionalidad es una cuestión de orden público que excede el mero interés de las partes.³⁰

Si cambiamos el interrogante y decimos, si estas modificaciones son practicable, la respuesta no sería tan fácil. Por un lado tenemos totalmente saturados de expedientes los tribunales civiles, comerciales, contencioso administrativo y previsionales federales de todo el país y por otra parte el personal resulta sumamente escaso y en algunos casos no capacitados, ello nos trae como resultado la poca probabilidad de llevar adelante con eficacia estos beneficios innovativos, sin una mejora en los servicios de justicia imperante. Sumado a la resistencia ejercida por un sector del Poder Judicial que opone resistencia al cambio del añejo y vetusto paradigma.

II. 6. El activismo constitucional:

Para el activismo judicial la lectura de la Constitución Nacional no constituye un obstáculo para distribuir el plan de la justicia, sino más bien un estímulo³¹. Con su brillantez habitual, Bidart Campos enseñaba que “el juez es el administrador de la justicia; con ley, sin ley o contra ley. Porque el valor justicia prevalece sobre la ley y nuestra Constitución así lo deja entrever a quienes saben comprenderla cuando manda en el Preámbulo “afianzar la justicia”. Con ley, sin ley o contra ley.

Afianzar la justicia es uno de los pocos elementos que nos han dejado la constitución histórica 1853/60. El termino “afianzar” tiene varias acepciones tales como:

- apoyar,
- sostener,
- afirmar o,
- asegurar,
- hacer firme,
- consolidar algo (Ej. El éxito de la novela afianzo su carrera).

Y por el otro lado “justicia” esta dentro de las políticas del Estado que se relaciona con el derecho, la razón y la equidad.

³⁰ Ver sobre este aspecto el libro, “Declaración de inconstitucionalidad de oficio” por Patricio Maraniello, Editorial El Jurista, año 2008.

³¹ PEYRANO ob.cit.

Por lo tanto, afianzar la justicia es apoyarla cuando no esta estable o corre riesgos en su esencia, o sostenerla cuando no esta muy firme con elementos que la ayuden a una mejor administración de justicia, aplicado desde la esfera de un poder del estado.

Bidart Campos expresa que “afianzar la justicia” no se trata solamente de la administración de justicia que está a cargo del Poder Judicial, ni del valor de justicia que dicho poder está llamado a realizar. Abarca a la justicia como valor que exige conductas de gobernantes y gobernados la cualidad de ser justas. La Corte ha dicho³² que esta cláusula es operativa y que obliga a todo el gobierno federal.

Los datos estadísticos nos dicen que la justicia no esta atravesando un buen momento sino todo lo contrario se requiere entonces apuntalarla con cimientos sólidos de un juez diferente y abogados que ayuden a este nuevo rol en beneficio de la justicia argentina.

En cuanto a las cifras que arrojó el estudio llevado a cabo por la Corporación Latinbarómetro sobre Gobernabilidad 2004 exponen que más de la mitad de la ciudadanía (54,75 por ciento como promedio), de los países para los que hay datos, estima la calidad general de los servicios prestados por la justicia son “mala” o “muy mala”. Guatemala y Ecuador son los que, según la opinión de sus nacionales, obtienen las peores calificaciones. Por el contrario, sólo en Uruguay y Colombia las opiniones favorables al servicio prestado por la justicia son superiores a las negativas.

³² CSJN in re: “Pérez Smith, Ana M. y otro s/despido” considerando 3 y 6, Fallos 300:1282, L.L. 1979-A-430).

Por tanto, puede concluirse que subyace un malestar generalizado y común en todos los países respecto del desempeño de la justicia. Con independencia de los posibles sesgos y prejuicios de la opinión pública, la insatisfacción ciudadana sobre el desempeño del sistema judicial es mucho más descriptiva y real que los contenidos constitucionales y legales referidos a ella.³³

III. EL ROL DEL JUEZ

III. 1. Los modelos de justicia³⁴:

Si bien el rol del juez tuvo muchas aristas Adolfo Alvarado Velloso³⁵ sintetizo, que el juez para poder ejercer correctamente su función debe tener:

- Independencia,
- Ciencia,
- Diligencia,
- Lealtad y,
- Decoro

Empero en sus comienzos el modelo de justicia era “*legalista-liberal*” para luego transformarse en “*normativo tecnocratico*”. El primero es el que mas conocemos en la enseñanza universitaria y vivimos en la experiencia judicial, se caracteriza por la primacía de la ley, la separación de poderes, y también por un especial emplazamiento del juez para que resuelva los conflictos con respaldo en una teoría de la interpretación.

En un encuadre sustancialmente diferente la justicia *normativa tecnocratita, científica*, es esencialmente funcional, teleológica, instrumental, evolutiva y pragmática. Expresado de otro modo, al modelo liberal (modelo de la rule of law) se le superpone con pretensiones de

³³ Estudio realizado el 30 de marzo de 2007 por el Observatorio de la Unión Iberoamericana de Colegio de Abogados y Agrupaciones de Abogados Argentina de Colegio de abogados. Este material fue aportado por el vicepresidente del Observatorio y presidente de la FACA Dr. Carlos Andreucci, quien he trabajo muy profusamente esta problemática.

³⁴ MORELLO, Augusto, ob. cit.

³⁵ ALVARADO VELLOSO, Adolfo: “El juez del siglo XXI”, LL Suplemento Realidad Judicial del 13-12-2002.

desplazamiento un modelo posliberal que consagra la declinación de las reglas del derecho a través de un Estado burocrático, en el cual el Derecho se adapta (responsible law) recubriendo las manifestaciones contemporáneas de regulación jurídica mediante largos procesos participativos, informados de las realidades sociales y en constante tarea de adaptación.

Este iter la cuña gravitante de la transformación del servicio se radica en la nueva posición y actitud del juez y en el modo de aplicar la teoría de la interpretación de las normas. Aquí el perfil del juez es la de entrenador, pacificador o protector.³⁶

Desde esta nueva perspectiva, el método de interpretación se modifica básicamente toda vez que el campo de la libertad del juez es mucho mayor sin escapar a un cometido verdaderamente creador. Tanto ello es así que en última instancia se ha señalado que en nuestros días y desde ese horizonte la mutación que ponemos de resalto es susceptible de simplificación al mostrar dos modelos de justicia: "El *interpretive model*" en donde el juez resuelve los casos particulares con la ayuda de reglas y valores generales preestablecidas y el *judicial-power model* en donde el juez no tiene dudas en consagrar reglas y valores nuevos.³⁷

En este ultimo aspecto está la nueva figura del juez que ha decidido ser el único guardián de la Constitución, sin atarse al silencio de la norma (inconstitucionalidad por omisión) o a la mala norma (inconstitucionalidad de oficio), sino tan solo en su rol de interprete final de la constitución, como muchas veces lo ha definido la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación.

III. 2. Los tres modelos de juez:

El profesor Belga Ganshof, Van Der Meersch sostiene que lo que atañe a la especialidad de los magistrados, una pareja evolución se observa igualmente en el caso de la abogacía y de los auxiliares. La creación de secciones es compartida por la Asociación de Expertos –los asesores laicos- en las deliberaciones de los jueces tradicionales.³⁸

Bien se puntualiza, al cabo, que generalmente a la multiplicación de conocimientos exigidos a los jueces corresponde la multiplicación de los roles que han tenido que asumir. Es por eso que a un juez de menores se le requiere que sea al mismo tiempo un "padre", un "confesor", un "psicólogo" y un "medico". El futuro juez de familia deberá ser un padre

³⁶ OST Francois: "Trois modèles de justice: juge-pacificateur, juge arbitre, juge entraîneur",

³⁷ Winter: "The judiciary in a democratic society", Lexington, 1979.

³⁸ "Réflexions sur l'art de juger et l'exercice de la fonction judiciaire, J.-T. pag. 520, citado por Morello en la ob. ci.

de familia que se hace psicólogo, sociólogo y consejero. El juez comercial, a su vez, deviene en guardián de la buena gestión financiera y comercial.

Del conjunto de reflexiones que aporte el autor hacen pie en tres variantes: *juez pacificado* (prototipo del modelo de las sociedades tradicionales preliberales); el *juez árbitro* (juez neutral en el sistema liberal); y el *juez entrenador o acompañante* (del tiempo postindustrial) (*juge-pacificateur, juge-arbitre y; juge-entraîneur, respectivamente*).

Alcalá-Zamora y Castillo³⁹ este gran jurista hispano lo clasifica como juez “espectador”, “director” y “dictador”. Durante el siglo XIX predominó la figura del juez “espectador” que actuaba como juez de campo en un torneo. Después llegó la reacción positiva que centró la mirada en el juez como representante del Estado y sustituto intelectual y volitivo de las partes en conflicto; fenómeno que se materializaría básicamente en la sentencia (sustitución intelectual), y eventualmente en la ejecución (sustitución volitiva).⁴⁰

Sentis Melendo puntualiza que el juez debe dirigir el proceso pero sin olvidar lo que es privativo de las partes, lo que es de libre disposición de estas. Alerta sobre el error de contraponer el principio “dispositivo” al principio “publicístico”, o el de confundir el primero con el principio “privadístico”. El proceso –concluye el autor citado– es siempre publicístico, porque pertenece al derecho público, en cambio lo privatístico atañe a la naturaleza del proceso, es decir, a su objeto, a la relación jurídica, que cuando es de derecho privado es de libre disposición de las partes (principio dispositivo).

Destacan este jurista que la potestad que tiene las partes para disponer libremente de la materia litigiosa en virtud del principio dispositivo no impide que el juez queda en situaciones excepcionales disponer medidas para mejor proveer, sin que ello implique lesionar la garantía de la defensa en juicio de las partes.

III. 3. Nuevas tendencias en el pensamiento de la Corte Suprema de Justicia Nacional:

La Dra. Elena Highton –Jefa de la Corte Suprema de Justicia de la Nación-⁴¹ ha ratificado el compromiso que la Corte Suprema mantiene con los derechos y garantías en el área de los derechos humanos diciendo “*El objeto de la Corte es la democratización*”, pronosticando sin ninguna duda que “*este será el siglo del acceso a la justicia*”.

³⁹ “El proceso civil” ob.cit. pag. 127.

⁴⁰ HERRERO Luis Rene “el derecho a ser oído. Eficacia del debate procesal”. libro colectivo sobre debido proceso. Editorial Rubinzal-Culzoni. Año 2003

⁴¹ Disertación dada en el *IV Congreso Internacional de Derechos Humanos*, celebrados en el aula Magna de la Facultad de Derecho durante los días 19, 20 y 21 de abril de 2007.

Por su parte el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Dr. Ricardo Lorenzetti⁴² ha dicho que “*este es el siglo de los jueces*”.

Si se examinan las leyes actuales, en todo el mundo, hemos pasado de una *lógica jurídica deontológico clásica*, como era la descripción de reglas precisas, de una ley que decía “este es el supuesto de hecho y esta la solución” a toda una categoría nueva que se llama “*conceptos jurídicos indeterminados*”. De este modo deben aplicar principios generales a soluciones particulares.

Hoy estamos frente a jueces que resuelven el calentamiento global, discriminación, ausencia de prestaciones de salud, vivienda, educación y, alimentación.

En materia de derechos individuales existen contenidos mínimos sin los cuales una persona no puede ser considerado persona: 1) un bloque constitucional (caso “Simón” del 14/06/05) como base jurídica de los derechos fundamentales indispensables; 2) el respeto de los derechos del contrato social; 3) en materia laboral se inclino por la reparación integral del trabajador; 4) en el derecho a la salud las prestaciones deben contener una cobertura mínima, que, en ultima instancia, debe supletoriamente subsidiado por el Estado; 5) en los derechos jubilatorios con un haber mínimo digno para vivir dignamente; 6) la alimentación en un contenido mínimo y, 7) el derecho de ser feliz⁴³.

Aunque aquí debe actuar activamente el Poder Judicial para solucionar dichas necesidades, pero no debe confundir ello con el valor justicia, sino precisamente inclinándonos hacia el respeto de los derechos mínimos e indispensables de todo ser humano.

⁴² Palabras expresas en el marco del *IV Congreso de Defensorías Públicas Oficiales del MERCOSUR*, celebrado entre los días 19, 20 y 21 de mayo de 2007, en la Facultad de Derecho de la UBA.

⁴³ La Cámara Nacional Civil Sala A, en el considerando III, de la mayoría, del caso 'M. J. C. L. c/ O. V. s/ divorcio' del 26/05/2008, dejo sentado el criterio siguientes:

“...Es que si la relación matrimonial se desgasta producto de constantes desavenencias y uno de los cónyuges decide retirarse del hogar conyugal para no profundizar aún más esa crisis, prolongándose esa situación a lo largo del tiempo, no habría razón para negarle la posibilidad de formar una nueva vida si ello redunde en su **felicidad**.-

Sería de un exceso francamente injustificable que uno de los cónyuges, luego de tanto tiempo, le achacara una conducta adúltera al otro, porque esa pretensión parece esta más bien teñida de un afán especulativo para obtener futuros alimentos, que demostrar que su otro cónyuge fue el causante de su separación. No podemos, en el siglo XXI, seguir sosteniendo pensamientos de otros estadios de la civilización, porque no sólo la realidad demuestra que son miles las parejas que deciden poner fin a una relación sin iniciar los trámites del divorcio, uniéndose a otra persona para compartir una vida en común, sino que además **no podemos prohibir que los seres humanos tengan derecho a gozar de felicidad**, al encontrar un nuevo camino en sus efimeros pasos por la vida...”.

Si nos remontamos a años anteriores veremos que ya la Corte ha exhortado a los otros poderes a realizar actos en beneficio de la ciudadanía como circunstancia extraordinaria sin olvidarnos que al ser estas cuestiones políticas, lo deben resolver los poderes políticos y no los jueces, pero ante la inercia, burocracia o decidía el poder judicial en casos excepcionales debe acuartar eficaz y eficientemente.

Aunque en algunas cuestiones con muy pocos resultados positivos como ser el caso “*Pérez de Smith y otros*”⁴⁴ del 21/12/1978 donde el máximo tribunal incito al Poder Ejecutivo de turno a que “intensifique, por medio de los organismos que correspondan, la investigación sobre el paradero y la situación de las personas cuya desaparición se denuncian judicialmente, que no se encuentran registradas como detenidas”, citando a Von Ihering, “*la función del derecho, en general, es la de realizarse, puesto que lo que no es realizable, nunca podrá ser derecho*”.⁴⁵

La tarea actual del legislador ya no consiste en dar soluciones, sino que se limita a exponer los problemas a través de cláusulas generales. Y es justamente el Poder Judicial quien debe aplicar las soluciones complejas. Si antes la coherencia del sistema era *a priori* ahora es *a posteriori*.

Esto es un nuevo desafío para lo jueces a la hora de decidir casos constitucionales (*hard cases*) y ello genera una enorme responsabilidad.

Hubo una época que el Dr. Lorenzetti lo llamo “*era del orden*”, donde existía una diferencia estrictamente marcada entre las esferas de lo público y de lo privado. Ambas esferas se encontraban reguladas de modo autónomo: en lo público, la Constitución autosuficiente y en lo privado los Códigos autosuficientes. Había en ese entonces una coherencia *a priori* del sistema, gracias a que los legisladores se ocupaban de los más mínimos detalles, mientras que la tarea judicial consistía en la aplicación del método deductivo (subsumir el supuesto de hecho en la norma).

Estas condiciones han cambiado abruptamente y hoy vivimos en la “*era del desorden*”, en donde lo publico y lo privado está totalmente relacionado. En el ámbito de lo publico, hasta las leyes son negociadas de modo transaccional y; en el ámbito de lo privado, el orden público interviene cada vez más en la autonomía de la voluntad de las partes.

Esta doctrina ha surgido de la jurisprudencia Norteamericana en el caso: “*Home Building & Loan Association v. Blaisdell*” del año 1934, donde ha establecido que “...la prohibición de las leyes que alteren las obligaciones de los contratos, no impide al Estado ejercer los poderes de que se halla investido para promover el bien público o que son necesarios para el bienestar general del público, aunque por ello puedan ser afectados los contratos celebrados entre individuos. Este poder, que en sus varias

⁴⁴ Fallos 300:1282.

⁴⁵ Fuente Alba, Carlos, boletín informativo del derecho al día, del jueves 17 de mayo de 2007.

ramificaciones es conocido como el poder de policía, es un ejercicio del soberano derecho del gobierno para proteger la vida, salud, moral, solaz ("confort") y bienestar general del pueblo, y es superior a cualesquiera derechos emergentes de los contratos entre los individuos". La reserva del poder del Estado, apropiada para esas condiciones extraordinarias, debe considerarse que es parte de todos los contratos, como es la reserva del poder del Estado a fin de proteger el interés público..." (Véase Fallos: 172:21 y la cita del voto del juez Hughes, 290 U.S. 398)

La Corte de nuestro país, citando jurisprudencia de los EEUU, ha aceptado también (Fallos: 172:21) que "...el uso de la propiedad y la celebración de los contratos son normalmente asuntos de interés privado y no público. La regla general es que ambos deben estar libres de la ingerencia gubernativa. Pero ni los derechos de propiedad ni los derechos contractuales son absolutos (*Munn v. State of Illinois*, 94 U.S. 113 [1876]), porque el gobierno no puede existir si el ciudadano puede usar a voluntad de su propiedad en detrimento de sus conciudadanos, o ejercer su libertad de contratar con perjuicio de ellos. Tan fundamental como el derecho individual es el derecho de la comunidad (o público) para regularlo en el interés común" (causa *Nebbia v People of State of New York* 291 U.S. 502 [1934]).-

Por su parte el art. 21 del Código Civil establece que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres.

Ello así el activismo judicial también ha servido para que no haya movimientos estancos en el orden público y privado, sino que entre ambos buscar las soluciones a las problemáticas imperantes de nuestro país. Porque el enemigo del activismo es la inacción y el aliado es la resolución rápida del conflicto y la protección de los derechos humanos.

III. 4. Los derechos de excepción:

Con el uso de remedios excepcionales, el Poder Judicial ha producido una interpretación muy extensiva de cláusulas constitucionales y ha tomado para sí funciones que quizás en muchos casos no eran los jueces los que debían dar una respuesta sino del poder político.

Como por ejemplo en el considerando 13 del caso "Rinaldi"⁴⁶ la Corte dijo: ". *Que aceptada la situación de grave perturbación económica, social y política que representa máximo peligro para el país, resulta*

⁴⁶ CSJN 15/03/07.

imperioso el deber del Estado de poner en vigencia un derecho excepcional, o sea, un conjunto de remedios extraordinarios destinados a asegurar la autodefensa de la comunidad y el restablecimiento de la normalidad social que el sistema político instaurado por la Constitución requiere (Fallos: 313:1638). Tal derecho no nace fuera de la Constitución Nacional sino dentro de ella y se distingue por el acento puesto, según las circunstancias lo permitan y aconsejen, en el interés de individuos, grupos de ellos, o en el de la sociedad toda (Fallos: 313:1513; 327:4495 disidencia del juez Fayt)....”.

El activismo judicial ha sido utilizado para solucionar situaciones coyunturales que en épocas de normalidad -estabilidad social y económica- no ejercería, pues son los poderes políticos los verdaderos encargados de regular dichas situaciones, pero los jueces acogidos por las circunstancias y el reclamo de toda una sociedad han dictado sentencia y en muchas ocasiones tomando decisiones típicamente de políticas económicas, sociales y culturales.

VI. INCONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO.

VII. INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION.

VIII. GARANTIAS CONSTITUCIONALES:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido el concepto de “garantía” como aquellas que sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho.⁴⁷

En la doctrina procesalista argentina Gozáini plantea la existencia de un "conflicto que enfrenta a dos sectores bien diferenciados en nuestra ciencia: quienes propiciamos el activismo responsable del juez, frente a los que sostienen que esta dinámica destruye las garantías constitucionales que implementa el debido proceso (garantismo procesal)".⁴⁸

El mismo autor⁴⁹ define al garantismo como la postura doctrinaria según la cual el proceso judicial se basa en la Constitución, de modo tal que a nadie se le puede privar del debido proceso adjetivo, lo que supone entablar un conflicto entre dos partes donde el juez debe ser imparcial (independiente) e imparcial (es decir, equidistante de ambas partes). Este juez dirige el debate entre las partes garantizando permanentemente la bilateralidad y el derecho a la contradicción. De ese modo, todo el proceso

⁴⁷ Opinión consultiva OC- 8/87, del 30/01/87.

⁴⁸ GOZAINI, Osvaldo, "El Neoprocesalismo" en LA LEY, 2005-E, 1328.

⁴⁹ Conf. "Problemas Actuales del Derecho Procesal", Activismo versus Garantismo Procesal, Querétaro, Fundap, 2002, p. 10.

queda gobernado por el principio dispositivo, según el cual no hay proceso sin petición de parte, ni actuación de oficio del órgano jurisdiccional. Con esas bases, esta escuela concluye que "El activismo judicial violaría las reglas de bilateralidad y contradicción".

Se plantea de este modo un antagonismo, una disyuntiva frente a la cual parecería que el juez debe ser garantista y que todo intento de activismo es disvalioso.

Por su parte Pablo Manili establece que la supuesta dicotomía "Activismo versus Garantismo" aparecería por lo tanto únicamente en lo que ha dado en llamar activismo "malo", es decir aquél que se ejerce en detrimento de los derechos fundamentales y en beneficio del poder estatal. Pero mientras el activismo se ejerza en beneficio de los derechos fundamentales, de las acciones de garantía de esos derechos y de la ampliación de la participación ciudadana en la cosa pública, no hay nada que temer del activismo ni tampoco interpretarlo como una actitud de la jurisdicción reñida con el garantismo. En cambio, cuando las innovaciones se introducen a fin de homologar el accionar del poder y en detrimento de los derechos fundamentales, cobra vigor la dicotomía activismo versus garantismo.⁵⁰

VIII. 1. EL DERECHO A LA JURISDICCION.

Es el derecho que tiene todo habitante de ocurrir al órgano judicial en procura de justicia, libre de restricciones y absolutamente inviolable, pero no se agota tan solo en tener un acceso a un tribunal de justicia sino que requiere que se cumpla además la garantía del debido proceso (art. 18 de la CN), con una sentencia oportuna en tiempo, forma y justa.

Por lo tanto dentro del derecho a jurisdicción encontramos el “debido proceso”, la “defensa en juicio de la persona y los derechos⁵¹”, la “tutela judicial efectiva” y el “derecho a ser oído”.

VIII. 2. EL DERECHO A SER OIDO:

Bidart Campos⁵² considera que el derecho a ser oído constituye sólo una fase del derecho a jurisdicción, posterior al acceso al órgano

⁵⁰ Manili, Pablo, op. cit.

⁵¹ Terminología usada para los países de habla hispana, pero el sistema anglosajón utiliza “el debido proceso legal”, desarrollado en Constitución de EEUU en las enmiendas V (1791) y XIV (1868). Enlaza una gama de diferentes variantes: juez natural, lo declarar contra si mismo, posibilidad de presentar pruebas, etc..

⁵² Tratado Elemental de Derecho Constitucional. Ed. Ediar, 1985, pag. 465.

jurisdiccional y anterior a la sentencia “oportuna”, “fundada” y “Justa” que resuelve la pretensión.

IX. A MODO DE CONCLUSION:

Si bien el activismo judicial, como se vio, es una herramienta fundamental en el actual esquema judicial donde se transforma principalmente la figura del Juez pasando de ser un espectador a parte sustancial del buen proceso, este instituto también involucra a los abogados que deben evitar la mala praxis judicial y bregar por un buen uso del derecho.

En este último aspecto no debemos olvidar que todo los abogados, matriculados en el Colegio de Abogados a través del art. 5 de la ley 23187 (promulgada el 25 de junio de 1985), en el ejercicio profesional estará equiparado a los magistrados en cuanto consideración y respeto se le debe. Por lo cual el activismo judicial estará considerando tanto a los jueces y funcionarios judiciales, como a las partes y sus abogados, teniendo en cuenta en estos últimos la equivalencia legal con los magistrados.

En el orden normativo dichas modificaciones que se encuentran reguladas en los arts. 34, 35 y 36 del CPCCN y en el preámbulo de nuestra constitución nacional, cuando nos obliga a todos a realizar actos para afianzar la justicia.

Por su parte el Profesor Italiano Zagrebelsky ha llegado a decir que los principios constitucionales encierran un mandato tácito que, llegado el caso puede determinar que deba dejar de lado la aplicación de una ley cuando de ella derivaría la solución injusta de un litigio.⁵³

⁵³ “El derecho dúctil” traducción de Marina Gascon, Trotta, Madrid, 1997, pag. 134.