

El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional¹

*Patricio Alejandro Maraniello**

I. Introducción

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.

En este aspecto existe un movimiento denominado “activismo judicial”, que ha permitido aumentar y revalorizar las funciones de los magistrados judiciales, sean éstos nacionales o provinciales, siempre en un mejoramiento del sistema judicial, respetando los derechos y garantías constitucionales.

El Poder Judicial no es unipersonal como el Poder Ejecutivo ni bicameral como el Poder Legislativo, sino: a) *difuso* en lo que respecta al control de constitucionalidad (art. 116 de la Constitución Nacional –en adelante CN–) y b) *jerárquico colegiado* en lo relacionado con la interpretación de la Constitución, al ser el último órgano custodio de las normas fundamentales, con una Corte Suprema de Justicia como órgano supremo y tribunales

* Director del Curso de Posgrado en Derecho Constitucional para la Integración Judicial. Profesor Adjunto Regular en Derecho de la Integración y Profesor de Posgrado, Facultad de Derecho, UBA. Profesor Titular de la Universidad de Concepción del Uruguay. Profesor Asociado en la UCES y la ECAE.

1. Parte de este trabajo ha sido expuesto en la conferencia brindada en el Colegio de Abogados de Entre Ríos el 27 de junio de 2008, en el marco del curso de actualización en derecho procesal civil y comercial.

inferiores² (según el art. 116, CN). En el caso “Pérez de Smith, Ana”³ la propia Corte se ha denominado a sí misma “cabeza del Poder Judicial” sosteniendo que, en ese carácter, posee las facultades implícitas.

Con la reforma constitucional de 1994 la mayoría de las cuestiones de administración del Poder Judicial pasaron a ser potestad del Consejo de la Magistratura Nacional (art. 114, CN), aunque la Corte Suprema de Justicia formó la administración que ella misma organiza.

Ahora bien, retomando el tema del activismo judicial, debemos señalar que es considerado el eje por el cual giran varios temas:

- El rol del juez (elementos de funcionalidad) con nuevos institutos procesales (elementos procesales).
- La inconstitucionalidad por omisión y de oficio (nuevas herramientas constitucionales)⁴.
- Garantías constitucionales (elementos limitativos).

De allí nacen los siguientes interrogantes ¿cómo ha comenzado el activismo judicial?, ¿cuáles son las reglas que lo regulan? Y lo más importante, ¿cómo puede ser utilizado en el Poder Judicial para un mejor servicio de justicia, para beneficio de toda la sociedad?

II. Evolución histórica del Poder Judicial en la Argentina

En el Cabildo se desarrollaba todo el ordenamiento jurídico de la ciudad, como lo establecían las Leyes de Indias. Don Juan de Garay, la mañana del 11 de junio de 1580, día de San Bernabé, suscribió el acta fundacional de la ciudad de la Trinidad y Puerto de Santa María de Buenos Aires y creó el Cabildo.

2. Los tribunales inferiores que enuncia la Constitución están compuestos por las Cámaras de Apelaciones (en materia penal debemos agregar los Tribunales Orales y la Cámara de Casación) y los juzgados de primera instancia.

3. Fallos 300:1282; LL 1979 –A-430.

4. Herramientas estas que resultan de vital importancia en el fiel resguardo de los preceptos constitucionales.

Cabildo proviene del latín *capitulum*, es decir, “a la cabeza”. Estas instituciones típicamente españolas se revitalizaron 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 tomaban decisiones que escapaban a su competencia institucional, pero que fueron cimiento de la emancipación argentina.⁵

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 aquéllos fueron reemplazados por conjuces criollos con atribuciones judiciales, que se mantenían en sus cargos mientras durara su buena conducta.

Estas cámaras tenían injerencia del Poder Ejecutivo, atento a 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 sólo debían aplicarla.

Es sabido que en el período señalado el activismo judicial no existía, pues los encargados de velar por un mejor ordenamiento jurídico para los ciudadanos no eran los jueces a través de sus sentencias, sino la ley. Más aún, los magistrados no tenían facultades para interpretarla, pues estaba vedado para ellos.

En el proyecto constitucional de 1826 se reguló la creación de una Corte Suprema de Justicia Nacional con funciones más comprometedoras en la interpretación de la ley, pero iniciada y finalizada en el mismo tribunal a través de dos salas, una de tres miembros, que conocerían en grado de primera instancia, mientras que la otra estaba compuesta por seis miembros, que eran los que entendían en última instancia en apelación de la anterior. Quizás ello podría ser una fructífera solución a la problemática de todas aquellas causas iniciadas en forma originaria y exclusiva ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en donde no se respeta la doble instancia de revisión exigida por los arts. 8º, inc. 2º. h. (para delitos) y 25, inc. 2º. b

5. www.cultura.gov.ar/direcciones.

(compromiso de protección judicial) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En la ley 182 de 1858, dictada por la Confederación, se establecieron dos vías de impugnación, a saber: 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). Otro punto importante de la reforma constitucional de 1860 fue la derogación del art. 97 en lo atinente a la posibilidad de que el Poder Judicial Nacional actuara ante los conflictos entre los diferentes poderes públicos de una misma provincia.

Luego, en el año 1862 se dictó la ley 27, donde se crearon los juzgados federales y se dejó sin efecto la posibilidad de recurrir las sentencias de los juzgados de provincia a los juzgados federales.

La Corte comenzó a funcionar en septiembre de 1863 con siete miembros con las funciones que hoy conocemos. Luego de sendas regulaciones normativas⁶ y pretorianas⁷ se fue forjando un mayor número de causas que produjo en los últimos años una excesiva saturación en el Máximo Tribunal, que en muchas ocasiones se ha transformado en una tercera instancia de cuestiones procesales.

En lo que respecta a la regulación constitucional de las atribuciones y las funciones del Poder Judicial, en grado comparativo con los restantes poderes, se la ve exigua, casi imperceptible, si tenemos en cuenta que la Constitución dedicó treinta y dos incisos del art. 75 para enunciar las atribuciones del Poder Legislativo y veinte incisos del art. 99 para describir las funciones del Poder Ejecutivo. Mientras que en el Poder Judicial tan sólo tenemos: a) el preámbulo (“...afianzar la justicia...”), y b) el art. 116 (“...conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes...”).

Sin embargo, los jueces a través de los años han adquirido una actitud muy fuerte en el plano jurídico, sociológico y político, que se seguirá incre-

6. Leyes 48, 4055 y decreto-ley 1285/58, entre otras.

7. Arbitrariedad de sentencia y gravedad institucional.

mentando producto de una sociedad más peticionante y demandante de los derechos constitucionales.

III. Activismo judicial

1. Génesis

Activismo es toda actitud activa, frontal y directa frente a diferentes obstáculos que se pueden presentar en el camino hacia un determinado objetivo. La palabra “activa” deriva del latín *activus*, que significa facultad de obrar con diligencia, eficacia y prontitud, sin dilación.⁸

Aquí encontramos la característica general y los elementos esenciales del activismo. Dentro de la primera tenemos la facultad de obrar sin dilación, mientras que sus componentes esenciales son: a) diligencia,⁹ b) eficacia,¹⁰ y c) prontitud.¹¹

La locución “activismo judicial” fue, posiblemente, usada por vez primera por la Suprema Corte de EE.UU. alrededor de 1954 cuando se auto-proclamó “activista”, muy especialmente bajo la presidencia del Juez Earl Warren, con el célebre caso “Brown vs. Board of Education” del 17/5/1954, en el que se declaró, por unanimidad, la inconstitucionalidad de la segregación.

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

9. Una persona diligente es todo actuar rápido en el obrar, activo. La negligencia se nutre con nuestras dilaciones: “Todavía tengo tiempo, aún falta para..., mañana lo haré, ya veré si encuentro alguien que lo haga, no hay apuro...”. Esas postergaciones equivalen a olvidos; la única diferencia es que, en lugar de relegar las obligaciones al subconsciente, las relegamos en el tiempo.

La negligencia se nutre con las cosas hechas a medias, para salir del paso, para cumplir con lo justo o algo menos, sin que se note demasiado la escasa efectividad. Esas cosas hechas a medias son peores que las mal hechas: si hemos de dar el ejemplo, poco lo daremos con un trabajo al que le faltan detalles, mal terminado, con dudosa calidad, a lo que se suma el mal gusto de echarle la culpa a otros compañeros o a las “difíciles circunstancias”, por lo que pudo haber sido y no fue (www.nuevaacropolis.org.ar/negligencia-o-diligencia).

10. Cualidad de eficaz. Se aplica a la persona o cosa que realiza satisfactoriamente su función.

11. Rapidez en hacer algo. Deriva de la palabra *pronto* que significa *rápido y diligente*.

ción racial en las escuelas norteamericanas. Lo curioso de este caso, de ahí la posición activista, es que nada se dijo sobre la forma de ejecución de dicha sentencia, ni incorporaba a los cinco chicos demandantes, ni obligaba a las cinco mil escuelas a dejar de lado la norma inconstitucional que beneficiaría a tres millones de estudiantes de color.

Los jueces, en este caso, tuvieron dos caminos, obligaban a acatar la sentencia de cumplimiento imposible o tomaban un rol protagónico político cuya decisión se basaría en tan sólo colocar en la sentencia a la gente que el sistema excluía, demostrando que chocaba con los derechos constitucionales y que estaban en vías de extinción. La Corte optó por esto último y, al año, es decir, en 1955, las grandes ciudades y los centros marginales habían cumplido la sentencia; los Estados sureños fueron los que más se resistieron al cambio, y recién a los siete años las escuelas lo cumplieron en su totalidad. Dicha modificación comenzó en el año 1958 con el fallo “Cooper vs. Aaron” en el que la Corte reafirmó su posición, estableciendo su obligatoriedad para la Legislatura y los Tribunales de Justicia de dicho Estado.

Esta decisión con ribetes políticos no altera la división de poderes que, como sostiene Alberto Bianchi,¹² es la reafirmación dinámica del Estado de Derecho.

Si bien como se ha señalado la palabra activismo tuvo sus comienzos en los fallos de la Corte de EE.UU., el instituto tuvo sus antecedentes hace más de setecientos años en las 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” otorgándole un poder muy amplio (activismo), siempre que lo sea en aras de esclarecer la verdad del litigio.

Ello fue sostenido por Estévez Seguí¹³ –uno de nuestros primeros procesalistas argentinos– que había rescatado esta facultad proveniente de las partidas, antes de que la Ley de Enjuiciamiento Civil Española señalara en su tratado que el juez podía buscar la verdad en cualquier tiempo hasta la sentencia. Es por ello que aquél no sólo fue el primer procesalista, sino también el primer activista judicial.

12. BIANCHI, Alberto, *Dinámica del Estado de Derecho*, Ábaco, Bs. As., 1996.

13. CARNOTA, Walter, “El activismo judicial en materia de seguridad social”, La ley, diario del 17 de julio de 2008.

Resumiendo, un juez activista es un magistrado que desprovisto de toda formalidad brega por el cumplimiento de sus propósitos en búsqueda de la verdad jurídica objetiva con respeto de los derechos constitucionales.

2. *Causas y factores*

Este realce de la función jurisdiccional con el activismo judicial, 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,¹⁴ que pueden sintetizarse en los siguientes:

- Triángulo invertido, peticiones individuales de los justiciables hacia un ensanche del sistema, y de los órganos políticos.
- La lentitud de las causas producto de la burocracia procesal.
- Cláusulas constitucionales y legales de textura abierta.
- El sentir que la democracia es el “derecho de tener derechos”, ha hecho mucho por hipertrofiar el papel del juez en las sociedades contemporáneas.
- Desapego entre el juez, las partes y la causa.

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 muy 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 el de la “preponderancia del Ejecutivo”, la centuria en la que vivimos será, para utilizar la jerga de Norberto Bobbio, la “era de los jueces”.

14. “La Corte Suprema en acción”, Lexis Nexis, 2007.

3. Características especiales

Morello¹⁵ da como características esenciales del activismo los siguientes elementos:

- El poder judicial como verdadero poder del Estado, fijando políticas judiciales.
- Respeto de la Constitución por sobre todas las normas y fundamentaciones jurídicas de las partes.
- Búsqueda primordial de la justa solución del caso
- Creatividad de las sentencias.
- Protagonismo del tribunal.
- *Aggiornamento*¹⁶ del servicio de justicia.

Según Peyrano, el activismo judicial es creativo y ha aportado numerosos institutos procesales como: a) las medidas autosatisfactivas, b) el recurso indiferente, c) la reposición *in extremis*, d) la llamada tutela anticipatoria, y f) el recurso *in finitum* (esto se relaciona con la pretermisión de trámites, es decir, “dejar de lado” u omitir), entre muchos otros.¹⁷

A ello habrá que adunarle la inconstitucionalidad de oficio y por omisión, herramientas éstas que resultan de vital importancia en el fiel resguardo de 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 autosatisfactivas,¹⁸ las cargas probatorias dinámicas,¹⁹ la reposición *in extremis*,²⁰ la denuncia

15. Italianismo que significa remozar (dar un aspecto más nuevo o moderno a algo) o actualizar (más que reinventar algo es adaptarlo a los cambios competitivos).

16. LL 26/2/2008.

17. 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 11.529 sobre violencia familiar.

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

19. Art. 241 bis del Código de rito de Corrientes.

20. Primero se obtiene la resolución o sentencia y luego se escucha al demandado –*solve*

de daño temido (art. 623 bis, CPCCN), la oposición a la ejecución de reparaciones urgentes (art. 623 ter, CPCCN), los procesos monitorios²¹ y las medidas cautelares innovativas,²² que más adelante veremos.

El activismo se preocupa, ante todo, por la justa solución del caso y por el respeto de los principios y derechos constitucionales, y no tanto por no contradecir o erosionar el sistema.

4. Tipos o clases de activismo judicial

Una parte de la doctrina[□] 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).

Sin embargo, esas señales innovadoras pueden ser razonables e irrazonables; como ya dijimos, el activismo se preocupa ante todo por la justa solución del caso y no tanto por no contradecir o erosionar el sistema. Por lo tanto, podemos establecer dos tipos de activismo, el razonable o justo y el irrazonable o injusto.

a) Activismo razonable o justo

Puede consistir, por ejemplo, en:

- Ampliar las garantías procesales para la protección de los derechos, sea mediante nuevas garantías o mediante la interpretación amplia de las existentes.²³

aut repete (pague o discuta)–. Se ha incorporado en Uruguay, Brasil –1995– y en el art. 472 del Código Procesal Civil y Comercial de Entre Ríos.

21. *Ibidem*.

22. Ver MANILI, Pablo, La Ley 2006-D, 1285.

23. Casos “Ángel Siri (1957)” y “Samuel Kot SRL” (1958) cuando dio nacimiento a la acción de amparo, que luego se plasmó en la ley 16.986 (1966) y en el art. 321 del CPCCN,

- “Crear” derechos, es decir, garantizar la protección de un derecho no enumerado por considerarlo de raigambre constitucional, ampliando así la nómina de derechos protegidos –derivación del art. 33 de la CN–.²⁴
- Señalarle al Congreso la necesidad de una reforma legislativa en determinada materia.²⁵
- Establecer sentencias como modelo social a seguir por el Estado y por todos los ciudadanos.²⁶

b) Activismo irrazonable o injusto

Si bien se cumple con los designios activistas, van a contramano de los preceptos axiológicos de justicia.

- Allanar los caminos procesales para facilitar y homologar el accionar del Gobierno, a través de un salto de instancias.²⁷
- Convalidar normas de emergencia restrictivas de los derechos fundamentales.²⁸
- Convalidar excesos del poder en general. Este punto tendría una función residual por la cual toda conducta que no tenga

para actos contra otros particulares. Muy recientemente, en el caso “Halabi” (2009) la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha creado la garantía constitucional de “acción de clase”.

24. Caso “Sejean” (1986).

25. Art. 170, inc. 8º 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”.

26. Caso de la Corte de EE.UU. “Brown vs. Board of education” (1954).

27. Casos “Dormí”, 1990; “Reirizt”, 1996; “UOM”, 1996 y “Rodríguez”, 1997.

28. “Ercolano vs. Lanteri” y “Avico vs. De la Pesa” se invocó 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 invocó el bienestar directo. Fallos “Peralta”, “Busto” y “Galli” en los que convalidaron la “pesificación de ahorros y de bonos de deuda del Estado, respectivamente.

una regulación específica en lo atinente a los excesos de poder entraría dentro de los actos de excesos de poder general.

c) Activismo social

La Justicia puede y debe generar cambios sociales cuando la política y los políticos se muestran impotentes o, simplemente, no están dispuestos a impulsarlos, sostiene William Koski, abogado y doctor en educación docente e investigador en la Universidad de Stanford, en Palo Alto, California; es, además, activista civil norteamericano que procura la igualdad de oportunidades educativas, por ejemplo, la posibilidad de que los chicos más vulnerables puedan tener una educación completa.²⁹

En California, el Estado de donde proviene, empieza a haber cierta conciencia de que la educación de los chicos vulnerables es la clave para el progreso de todos, y no sólo del sector directamente beneficiado.

Barack Obama es descendiente directo de este movimiento, que cree que se puede y se debe usar la Justicia para terminar con la discriminación y generar cambios en la sociedad cuando los canales políticos están cerrados.

Koski explica que este movimiento civil, que busca en la Justicia una aliada para terminar con la discriminación, se remonta a 1954, cuando el Tribunal Supremo, a través de un histórico fallo (conocido como el caso Brown), declaró inconstitucional separar a los niños negros de los blancos en las escuelas públicas. “A partir de ese momento, dice, también se volvió inconstitucional la segregación en cualquier otro sitio público. Y fue un precedente para otros grupos discriminados, como las mujeres en el ámbito laboral, que empezaron a ver la justicia como una vía eficaz para reclamar por sus derechos.”

El caso Brown tuvo dos alcances: uno amplio y otro más limitado. En el corto plazo fue muy difícil, porque los líderes políticos del Sur se resistieron a la medida. Hay una imagen muy fuerte del gobernador de Arkansas, en Little Rock, bloqueando la escuela para impedir el acceso a los chicos negros. Tuvo que ir la Guardia Nacional para desbloquearla. Las familias blancas abandonaban la ciudad para evitar que sus hijos se mezclaran con

29. La Nación, diario del 28/10/2009.

los de color. Sin embargo, la generación siguiente a la de Brown vivió el proceso de desagregación. Aún hoy en algunas escuelas estadounidenses el racismo sigue siendo fuerte y la segregación continúa. Con todo, el avance es innegable.

En EE.UU. no hay un derecho que garantice la educación universitaria; la obligatoria es sólo hasta los dieciocho años y en algunos Estados, hasta los 16. Pero la discriminación empieza mucho antes, en la provisión no igualitaria de un servicio que debería ser de igual calidad para todos.

Hubo un caso interesante en Kentucky, en 1999. La Corte, basándose en el derecho a recibir una educación completa, dijo que todo el sistema educativo del Estado era inconstitucional. Este tipo de fallos abre un surco e instala el debate.

En este sentido, la Argentina, con todos sus problemas, es un sistema de avanzada, atento a que existe la gratuidad también a nivel universitario, que en muchos casos resulta, incluso, mejor que otras universidades privadas. Además, en EE.UU. no tienen garantizado el derecho a la educación preescolar, y nuestro país sí.

Otra cuestión preocupante en grado comparativo es que, en términos de acceso a la vivienda y a la salud, en Estados Unidos esos derechos no están protegidos por la Constitución o por leyes que estén siendo vulnerados por el Estado. Entonces, no existe, en principio, ningún derecho que reclamarle a aquél.

IV. El rol del juez en el activismo judicial

Existen muchos interrogantes sobre esta cuestión; quizás haya sido la figura institucional que más cambio ha tenido a lo largo de la historia social y política de los Estados. Pero ¿cuál es el verdadero rol del juez en un sistema republicano, democrático y federal?, ¿qué límites ostenta la magistratura en su función específica?

La crisis político institucional en toda Europa y en especial en Alemania (1919), posibilitó la elaboración de cambios en las reglas institucionales. Carl Schmitt en su libro *La defensa de la Constitución*, escrito en 1931, fijó algunos conceptos al tema en cuestión, donde el Poder Judicial no puede ser protector de la Constitución. El presidente del Reich es su único defensor. El parlamento es curador del derecho. Control concentrado y difuso.

Por otro lado, Hans Kelsen en su libro escrito en 1932 llamado *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, propone que el juez es el único

guardián de la Constitución por ser un poder no influenciado políticamente y técnico en la materia. Diseña un control de constitucionalidad concentrado a través de un Tribunal constitucional independiente. En este contexto, el juez puede declarar la inconstitucionalidad de oficio o a pedido del Gobierno. La declaración es principal, autónoma y tiene fuerza en el caso concreto.

Por lo tanto, el Poder Judicial es:

- Miembro de un Poder del Estado.
- Busca y protege los derechos y el equilibrio de justicia.
- Es el guardián de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales de derecho humanos.

1. *Los modelos de justicia*³⁰

Si bien el rol del juez tuvo muchas aristas, Adolfo Alvarado Velloso³¹ sintetizó que para poder ejercer correctamente su función debe tener:

- Independencia,
- ciencia,
- diligencia,
- lealtad, y
- decoro.

En sus comienzos, el modelo de justicia era *legalista liberal*, para luego transformarse en *normativo tecnocrático*. El primero es el que más 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.

30. MORELLO, Augusto, ob. cit.

31. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, "El juez del siglo XXI", LL, Suplemento Realidad Judicial del 13-12-2002.

En un encuadre sustancialmente diferente, la justicia *normativa tecnocrática 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 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.

La cuña gravitante de la transformación del servicio radica en la nueva posición y actitud del juez y en el modo de aplicar la teoría de la interpretación de las normas.

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 preestablecidos y el *judicial-power model* en donde el juez no tiene dudas en consagrar reglas y valores nuevos.³²

En este último aspecto está la nueva figura del juez que ha decidido ser el único guardián de la Constitución, de las libertades y las garantías constitucionales, sin atarse al silencio de la norma (inconstitucionalidad por omisión) o a la mala norma (inconstitucionalidad de oficio), sino tan sólo mantenerse en su rol de intérprete final de la Constitución y de creador, donde, sobre todo, privilegia la verificación de los resultados a que su exégesis conduzca en el caso concreto, como muchas veces lo ha definido la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación.³³

32. WINTER, "The judiciary in a democratic society", Lexington, 1979.

33. Caso "Baliarda, José y otros", consid. 3, Fallos 300:359.

2. Los tres modelos de juez

Hasta aquí el perfil del juez es el de entrenador, pacificador o protector, (*juge-pacificateur, juge-arbitre y juge-entraîneur*, respectivamente).³⁴

Por otro lado, el profesor belga Ganshof Van Der Meersch sostiene que lo que atañe a la especialidad de los magistrados, la creación de secciones es compartida por la Asociación de Expertos –los asesores laicos– en las deliberaciones de los jueces tradicionales.³⁵

Bien se puntualiza 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 “médico”. El futuro juez de familia deberá ser un padre 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.

En Francia se multiplican los proyectos de reforma a través de los tribunales de familia que favorecen las concepciones médico-educativas por encima de las soluciones estrictamente jurídicas, en los que se aplican diversas técnicas de las ciencias humanas (asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras, consejeros conyugales) y que irrumpen con fuerza avasallante susceptible de poner un nuevo modelo de justicia.³⁶ Es entonces cuando aparecen fórmulas híbridas de intervención judicial e intervención administrativa, dejándose abierta la posibilidad revisora de lo actuado administrativamente ante una instancia judicial. Todo demuestra las preferencias por las técnicas informales de resolución de conflictos (conciliación, mediación y arbitraje).

Del conjunto de reflexiones que aporta el autor, hace hincapié en tres variantes: el juez *pacificado* (prototipo del modelo de las sociedades tradi-

34. OST, Francois, “Trois modèles de justice: juge-pacificateur, juge arbitre, juge entraîneur”.

35. “Réflexions sur l’art de juger et l’exercice de la fonction judiciaire”, J.-T. p. 520, citado por Morello ob. cit.

36. Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Comparado celebrado en Pau, Francia, en 1981.

cionales preliberales), el *juez árbitro* (juez neutral en el sistema liberal) y el *juez entrenador o acompañante* (del tiempo posindustrial).

Alcalá-Zamora y Castillo,³⁷ gran jurista hispano, lo clasificó 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, la de juez dictador; 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).³⁸ Además, el juez dictador es aquel que malversa el activismo judicial en forma arbitraria e injusta.

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 éstas. Alerta sobre el error de contraponer el principio “dispositivo” al “publicístico”, o el de confundir el primero con el “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).

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

3. Nuevas perspectivas en el pensamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Dra. Elena Highton –Jueza de la Corte Suprema de Justicia de la Nación–³⁹ ha ratificado el compromiso que ésta mantiene con los derechos y

37. “El proceso civil” ob. cit. p. 127.

38. HERRERO, Luis René, *El derecho a ser oído. Eficacia del debate procesal*, libro colectivo sobre debido proceso, Rubinzal-Culzoni, 2003.

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

garantías en el área de los derechos humanos, diciendo: “El objeto de la Corte es la democratización”, pronosticando sin ninguna duda que “éste será el siglo del acceso a la justicia”.

Por su parte, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Ricardo Lorenzetti,⁴⁰ ha dicho que “éste es el siglo de los jueces”.

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

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

En materia de derechos individuales, los jueces han establecido contenidos mínimos sin los cuales una persona no puede ser considerada como tal: 1) un bloque constitucional como base jurídica de los derechos fundamentales indispensables;⁴¹ 2) el respeto de los derechos del contrato social; 3) en materia laboral se inclinaron por la reparación integral del trabajador; 4) en el derecho a la salud las prestaciones deben contener una cobertura mínima, que, en última instancia, debe supletoriamente subsidiar el Estado; 5) en los derechos jubilatorios debe existir un haber mínimo para vivir dignamente; 6) la alimentación como un contenido mínimo; y 7) el derecho a ser feliz.⁴²

40. Palabras expresadas 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.

41. CSJN in re “Simón” del 14//2005.

42. La Cámara Nacional Civil Sala A, en el considerando III de la mayoría, del caso “M. J. C. L. vs. O. V. s/divorcio” del 26/5/2008, dejó sentado el siguiente criterio:

“...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 redundaría 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 estar

Aquí el Poder Judicial actuó activamente para solucionar dichas necesidades, pero no se debe confundir esto con el valor justicia, sino tan sólo debemos inclinarnos hacia el respeto de los derechos mínimos e indispensables de todo ser humano.

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 éstas cuestiones políticas, lo deben resolver los poderes políticos y no los jueces, pero ante la inercia, burocracia o desidia, el poder judicial en casos excepcionales debe actuar eficaz y eficientemente.

Aunque en algunas cuestiones con muy pocos resultados positivos, como en el caso “Pérez de Smith y otros”⁴³ del 21/12/1978 el máximo tribunal incitó 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 denuncia 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”.⁴⁴

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 dar las soluciones complejas. Si antes la coherencia del sistema era *a priori* ahora es *a posteriori*.

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

Hubo una época en la que el Dr. Lorenzetti lo llamó “era del orden”, en la que existía una diferencia estrictamente marcada entre las esferas de

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 efímeros pasos por la vida...”.

43. Fallos 300:1282.

44. FUENTE ALBA, Carlos, Boletín informativo del derecho al día, del jueves 17 de mayo de 2007.

lo público y de lo privado. Ambas 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 la que lo público y lo privado están totalmente relacionados. En el ámbito de lo público, 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 vs. Blaisdell” del año 1934, en el que se 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 haya 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 ramificaciones es conocido como el poder de policía, es un ejercicio del soberano derecho del Gobierno para proteger la vida, salud, moral, solaz (‘comfort’) 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 EE.UU., 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 injerencia gubernativa. Pero ni los derechos de propiedad ni los derechos contractuales son absolutos (“Munn vs. State of Illinois”, 94 U.S. 113 [1876]), porque el Gobierno no puede existir si el ciudadano puede usar a voluntad 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 vs 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.

El activismo judicial también ha servido para que no hubiera movimientos estancos en el orden público y privado, sino que entre ambos buscaran las soluciones a las problemáticas imperantes en 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.

Aunque resulta muy difícil la elaboración de cambios cuando desdibujamos las verdaderas potestades de la Corte como una vía de excepción constitucional, como lo es la Corte de EE.UU. con una población diez veces mayor a la Argentina. Aquélla dicta de cien a doscientas cincuenta sentencias –por ejemplo en el año 2004 resolvió noventa y tres causas⁴⁵– donde aproximadamente el 10% de ellas son sobre gravedad institucional, en las que se tratan delicadas cuestiones sociales que conmueven a la sociedad, que van más allá del interés de las partes. Mientras que nuestro Máximo Tribunal ha llegado a resolver en el año 1998 –como única vez en su historia– 45.800 causas, teniendo en cuenta que 40.067 eran expedientes previsionales.

V. El activismo procesal⁴⁶

1. Deberes y obligaciones en las causas judiciales a tenor de la reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

En este punto debemos separar lo que acontecía en materia penal, pues en el proceso penal regía el sistema inquisitivo, es por ello que nunca se ha discutido el activismo judicial, pues la actividad de juez, sin petición ni impulso de partes, era una obligación legal. Sin embargo, ello ha tenido una modificación significativa en los últimos cambios legislativos, donde ha ga-

45. www.caselaw.lp.findlaw.

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

nado terreno el rol de los fiscales en toda la etapa de instrucción, es decir, que se da una especie de activismo compartido entre jueces y fiscales.

Ahora bien, con la ley 25.488, publicada en el Boletín Oficial el 22 de noviembre de 2001, que recién entró 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 (en adelante CPCCN), reformando más de sesenta artículos, derogando dieciocho e incorporando cuatro.

La celeridad en el procedimiento 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 CPCCN.⁴⁷

En su dictamen, el Senador Nacional Ricardo Branda indicó que la reforma “...provee al proceso judicial normas que tienden a facilitar, simplificar y agilizar ciertos aspectos del procedimiento, con miras a lograr, asimismo una razonable unidad en el espíritu del ordenamiento vigente...”⁴⁸

Resulta conveniente recordar que el juez, si bien tenía un papel activo en las diferentes etapas del proceso, éstas resultaban de aplicación potestativa en muchos casos, pero ello se ha reformado transformándose en un verdadero imperativo legal, cuyos deberes disciplinarios, ordenatorios e instructorios constituyen una obligación para los magistrados de la causa, luego de la modificación de los artículos 35 y 36 del CPCCN⁴⁹ y cuyo incumplimiento podría traerles cierto grado de responsabilidad en su inacción judicial. Aunque dichas obligaciones resultan de algún modo un poco desmesuradas, si tenemos en cuenta las múltiples tareas que ostenta un magistrado, que van 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.

47. OSTROWER, Ricardo y SORIA, Santiago, “Reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, LL, diario del 12/12/2001.

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

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

Las modificaciones en los artículos mencionados se centran concretamente en el cambio de la palabra “podrán” –facultativo– por “deberán” –imperativo–.

El deber es un mandato legal que nos fuerza a actuar de determinado modo frente a situaciones específicas. Se muestra como un vínculo genérico-social, donde debe responderse al grupo social en cumplimiento de sus intereses, por cargos por él mismo otorgados.⁵⁰ En cambio, por facultades debe entenderse las “atribuciones que la ley confiere expresa o implícitamente, pero cuyo ejercicio depende del arbitrio de ellos, quienes, por lo tanto, pueden asumir o no la conducta correspondiente”.⁵¹

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 las partes, 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 éste es el imperante en el procedimiento civil.

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 discutible.⁵²

Podemos sostener 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, existen funciones que sólo pueden ejercer las partes, como por ejemplo, el pedido de regulación de honorarios, la apelación, etcétera.

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

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

52. MARANIELLO, Patricio A., *Manual de despachos e interlocutorios judiciales*, Grün, 2001.

Con la modificaciones señaladas, la relación juez y partes se ha alterado, debiendo el juez enderezar las causas cuando las partes: 1) dejan caer el procedimiento por falta de impulso, 2) presentan escritos estériles con el único objetivo de retrasar el momento del dictado de la sentencia, que seguramente iba a resultar en su contra, y 3) incurran en actos contrarios al deber de lealtad, probidad y buena fe.⁵³

Mientras que por el lado del juez, lo que antes era potestativo, ahora es obligatorio en su función específica, como: 1) dictar sentencia fundamentándola en los elementos fácticos traídos por las partes y en el derecho impe-

53. Ello así tenemos que los jueces, según las normas mencionadas, deberán:

1. Tomar intervención saneando nulidades (art. 34, inc. 5º, apart. b], CPCCN).
2. Mantener la igualdad de las partes en el proceso (art. 34, inc. 5º apart. c], CPCCN).
3. Prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe (art. 34, inc. 5º, apart. d], CPCCN).
4. Vigilar para que en la tramitación de la causa se procure la mayor economía procesal (art. 34, inc. 5º, apart. e], 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. 6º, 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. 1º, CPCCN).
8. Excluir de las audiencias a quienes perturben indebidamente su curso (art. 35, inc. 2º, CPCCN).
9. Aplicar las correcciones disciplinarias autorizadas por este Código y por 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. 1º, CPCCN).
10. Evitar la paralización del proceso (art. 36, inc. 1º, CPCCN).
11. Intentar una conciliación total o parcial del conflicto (art. 36, inc. 2º, CPCCN).
12. Proponer a las partes fórmulas para simplificar y disminuir las cuestiones litigiosas surgidas en el proceso o respecto de la actividad probatoria (art. 36, inc. 3º, CPCCN).
13. Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos (art. 36, inc. 4º, CPCCN).

rante, 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 a que el control de constitucionalidad es una cuestión de orden público que excede el mero interés de las partes.⁵⁴

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

La respuesta no podría ser otra que la siguiente: el juez no debe ser un mero espectador en las causas que por él tramitan, sino por el contrario, un guardián del proceso. Sin embargo –como ya se dijo– para una verdadera solución se deberá realizar una nueva lectura en las normas que regulan la tramitación de las causas, nombrar más jueces, llevar procedimientos a la oralidad, modificar aún más el rol del juez, del secretario, del prosecretario y de las partes en el proceso.

En síntesis, estas modificaciones en algunos casos resultan impracticables. Por un lado, tenemos totalmente saturados de expedientes los tribunales civiles, comerciales, contencioso administrativos y previsionales federales de todo el país y, por otra parte, el personal resulta sumamente escaso y en algunos casos no capacitado; ello nos trae como resultado la poca probabilidad de llevar adelante con eficacia estos beneficios innovadores, sin una mejora en los servicios de justicia imperantes. Sumado a la resistencia ejercida por un sector del Poder Judicial que se opone al cambio del añejo y vetusto paradigma.

2. Los nuevos institutos procesales del activismo judicial

Según Peyrano, el activismo judicial es creativo y ha aportado numerosos institutos procesales, como:

54. Ver sobre este aspecto MARANIELLO, Patricio, *Declaración de inconstitucionalidad de oficio*, El Jurista, 2008.

a) *Medidas autosatisfactivas*. Es una especie de proceso urgente, género global que abarca otras hipótesis en las cuales el factor tiempo posee especial resonancia. Estas medidas tienen elementos divergentes con la medida cautelar, pero se encuentran en la urgencia e inmediatez de la decisión. Dentro de los procesos urgentes existen dos tipos diferentes: 1) *los autónomos* y 2) *los dependientes o accesorios*. Los primeros se caracterizan por carecer de la necesidad de iniciar una acción posterior para tener validez jurídica y completar la acción judicial entablada, es decir, no dependen de un proceso posterior; entre ellos encontramos el amparo, el hábeas corpus y las medidas autosatisfactivas.⁵⁵ Mientras que en el segundo es accesorio y dependiente de una acción principal ya iniciada o a iniciarse con posterioridad.

b) *Recurso indiferente*.⁵⁶ También llamado recurso paralelo, es aquel que sin ser el que la ley prescribe expresamente para el caso (o que siéndolo, se han omitido elementos formales), produce, no obstante, los mismos efectos respecto de la procedibilidad de la vía recursiva, que el recurso correctamente articulado. Nos dice Goldschmidt que si se ofrecen dudas acerca de la procedencia de la impugnación y de la clase de recurso, a causa de que el defecto de la resolución a impugnar consiste en que no se ha pronunciado una que debió dictarse (p. ej.; se ha emitido una sentencia definitiva en lugar de una incidental o de un auto, o al contrario; o una sentencia ordinaria en lugar de una contumacia, o viceversa), hay que resolverlo en el sentido de estimar la admisibilidad del recurso interpuesto (principio del “mayor favor”). Es decir, que el recurso es admisible tanto si corresponde a la resolución que por él se induce que hubiera deseado el recurrente (teoría subjetiva), como si es el adecuado a la que se ha dictado (teoría objetiva). Esto constituye la teoría del recurso indiferente (*Sowohalls auch-Theorie*). En Francia, este recurso nació como una consecuencia de las decisiones del Consejo de Estado respecto del contencioso de plena jurisdicción, para la mayor defensa de los administrados.

c) *Reposición in extremis*. Es un recurso subsidiario y de procedencia

55. MARANIELLO, Patricio, “El fin o el reciclado de las medidas autosatisfactivas”, www.eldial.com, DC903.

56. FALCÓN, Enrique, “El recurso indiferente”, Artículos doctrinarios, Astrea, 2001.

excepcional, cuya sustanciación y recaudos se corresponden, en principio, con los parámetros legalmente previstos para los recursos de revocatoria codificados. Con su auxilio se puede intentar subsanar errores materiales –y también excepcionalmente yerros de los denominados “esenciales”, groseros y evidentes– deslizados en un pronunciamiento de mérito –dictado en primera o ulteriores instancias– que no pueden corregirse a través de aclaratorias y que generan un agravio trascendente para una o varias partes. Se entiende por error esencial aquel que sin ser un yerro material es tan grosero y palmario que puede y debe asimilarse a este último. No puede emplearse para suplir una equivocación jurídica o un déficit de actividad de las partes en materia de recolección de material probatorio. Su interposición exitosa presupone que se está atacando, total o parcialmente, una resolución que no es susceptible de otras vías impugnativas o, que si fuera posible, serían de muy difícil acceso, o cuya procedencia fuera notoriamente incierta. Se advierte una tendencia jurisprudencial inclinada en favor de distribuir en el orden causado las costas suscitadas por la sustanciación de una reposición *in extremis*.⁵⁷ Cabe especialmente destacar que desde el *leading case* “Burlli de Orban, Irma” (del 24/2/2000) el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Corrientes ha sostenido una vigorosa doctrina que recibe y aplica los principios de la reposición *in extremis*.

d) *Tutela anticipatoria*. Es aquella que apunta a la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda, cuando de la insatisfacción pueda derivar un perjuicio irreparable. Si bien posee caracteres comunes con las medidas cautelares típicas (instrumentalidad, provisoriedad, no causa prejuzgamiento y es de ejecutabilidad inmediata), ciertamente goza de particularidades que le son propias. El dictado de una sentencia anticipatoria presupone un conocimiento en grado de “certeza provisional” del derecho invocado en la demanda y la “irreparabilidad del perjuicio” en el caso de subsistir la tardanza en el otorgamiento. Un caso típico de tutela anticipada fue

57. PEYRANO, Jorge W., “Estado de la doctrina judicial de la reposición *in extremis*. Muestreo jurisprudencial”, en *Procedimiento civil y comercial. Conflictos procesales*, t. 2, Ed. Juris, 2003, p. 105.

resuelto por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación en el *leading case* “Camacho Acosta, M. vs. Grafi Graf SRL y otros” (CSJN, Fallos 320:1634, agosto 7/1997), donde la Corte haciendo un uso anómalo, pero eficiente, de la medida cautelar innovativa consagró, pretorianamente, bajo el ropaje de dicha cautelar, un verdadero anticipo parcial de la tutela de mérito y traspoló (sin decirlo) a nuestro medio los recaudos legalmente exigidos por el art. 273 de la legislación procesal brasileña para habilitar el dictado de una sentencia anticipatoria.⁵⁸

e) *Recurso infinitud*. Se relaciona con la pretermisión de trámites, es decir, “dejar de lado” u omitir, entre muchos otros.⁵⁹

Si bien mucho del ideario activista permanece en el plano pretoriano, debe consignarse que parte de su repertorio ya se ha plasmado legislativamente. Así ha acontecido, por ejemplo, con las medidas autosatisfactivas,⁶⁰ las cargas probatorias dinámicas,⁶¹ la reposición *in extremis*,⁶² la denuncia de daño temido (art. 623 bis, CPCCN), la oposición a la ejecución de reparaciones urgentes (art. 623 ter, CPCCN) y los procesos monitorios.⁶³

3. *El activismo procesal 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

58. PEYRANO, Jorge W., “Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria. Las recientes innovaciones brasileñas”, en *Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*, Editorial Fundación de cultura universitaria, Montevideo, 1999, ps.131 y siguientes.

59. LL 26/2/2008.

60. Art. 232 bis del Código Procesal Civil de la Provincia de Chaco, arts. 785 al 790 del Código de Corrientes y la ley de Santa Fe 11.529 sobre violencia familiar.

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

62. Art. 241 bis del Código. de rito de Corrientes.

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

lo postulado por 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 es puramente dispositivo, sino integrado justamente con el activismo judicial.

De esa manera, Mabel de los Santos⁶⁴ 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 peticiona,⁶⁵ como así también a la posibilidad de fallar *ultra petita* en el proceso laboral, que encuentra su fundamento cuando aparece alguna irregularidad no planteada, siempre que la solución sea a favor 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, 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 sólo así podremos hacer efectivo el tránsito desde un garantismo formal –muchas veces interpretado a favor del exceso ritual– hacia uno funcional o teleológico, que facilite y no malogre el acceso a la justicia.

VI. 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 estímulo.⁶⁶ 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 entre-

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

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

66. PEYRANO, ob.cit.

ver 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 ha dejado la Constitución histórica de 1853/60. El término “afianzar” tiene varias acepciones, tales como:

- apoyar,
- sostener,
- afirmar
- asegurar,
- hacer firme,
- consolidar algo (p. ej.: El éxito de la novela afianzó su carrera).

Por otro lado, “justicia” está dentro de las políticas de Estado que se relacionan con el derecho, la razón y la equidad.

Por lo tanto, afianzar la justicia es apoyarla cuando no está estable o corre riesgos en su esencia, o sostenerla cuando no está muy firme con elementos que la ayuden a una mejor administración, aplicados 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 justas de gobernantes y gobernados. La Corte ha dicho⁶⁷ que esta cláusula es operativa y que obliga a todo el Gobierno federal.

Los datos estadísticos nos dicen que la justicia no está 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.

El estudio llevado a cabo por la Corporación Latinobarómetro sobre gobernabilidad 2004 establece que más de la mitad de la ciudadanía (54,75%, como promedio, de los países para los que hay datos) estima que la calidad general de los servicios prestados por la justicia es “mala” o “muy

67. CSJN in re “Pérez Smith, Ana M. y otro s/despido”, consids. 3 y 6, Fallos 300:1282, LL 1979-A-430.

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.

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.⁶⁸

1. 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 el poder político.

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 han tomado decisiones típicas de políticas económicas, sociales y culturales.

Como ejemplo podemos citar el considerando 13 del caso “Rinaldi”⁶⁹ en el que la Corte dijo: “Que aceptada la situación de grave perturbación económica, social y política que representa máximo peligro para el país, resulta 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 so-

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

69. CSJN 15/3/2007.

cial 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)...”

2. Inconstitucionalidad por omisión

Dentro de las diversas formas que puede asumir el activismo de los jueces, una de las más importantes se encuentra configurada por la declaración de inconstitucionalidad por omisión.

La omisión inconstitucional es el control sobre los silencios del legislador y de las demás autoridades públicas que violan el derecho de la Constitución.

Al respecto ha sostenido Germán J. Bidart Campos: “La fuerza normativa de la Constitución no se circunscribe a prohibir que se la transgreda positiva o afirmativamente mediante una actividad –normativa o de otra índole– contraria a ella que implique hacer lo que ella veda, sino que también se proyecta a ordenar con imperio que no haya abstenciones o dilaciones que cohíban su aplicación efectiva”. Señala que no se estima reprochable cualquier omisión, sino aquella que incumple un mandato de obrar. De ahí que el no hacer en la omisión inconstitucional merece ser reputado no sólo como inacción, sino como infracción a una exigencia constitucional de acción. La abstención debe, por eso, encadenarse al deber concreto de actuar”.⁷⁰

Los principios de supremacía y de normatividad constitucional se conectan con el de rigidez (planteamiento de dificultades para su reforma), puesto que el no cumplimiento de los mandatos de la Ley Fundamental (incumplimiento gestado al influjo de la desidia del órgano público encargado de hacerlo) implicaría un “contrabando normativo” al permitir una suerte de elíptica modificación del mandato constitucional por una vía distinta de la establecida por el texto constitucional, concretado cuando el órgano remiso deja de hacer lo que la Constitución le impone realizar.⁷¹

70. BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*, Ediar, p. 348.

71. BAZÁN Víctor, “Hacia la plena exigibilidad de los Preceptos Constitucionales: el con-

El primigenio constitucionalismo acentuaba el rol del legislador (arts. 14, 16, 17, 19 y concs., CN). La que expropia, la que fija penas, la que regula, en principio es la ley, emparentándose todo ello con la noción rousseauiana de que “la ley es expresión de la voluntad general”. Pero el constitucionalismo del siglo XX, sobre todo el de sus últimas décadas, es un “constitucionalismo de derechos” o “basado en derechos”. Los derechos humanos o fundamentales asumen tal importancia, que es menester que los poderes públicos los aseguren, afiancen o garanticen, más allá de las respectivas fórmulas verbales o lexicales.⁷²

Lo que el constitucionalismo busca es achicar la brecha entre validez y vigencia. En otros términos, se procura que la declaración de derechos no sea meramente declamatoria, expresiva de deseos del autor de la norma, sino norma positiva, en el sentido de que sea real y concreta en el plano de las conductas.⁷³

Cabe mencionar que en los últimos tiempos varios Estados, entre los cuales la Argentina se encuentra incluida, han contraído obligaciones internacionales, especialmente en lo que respecta a derechos económicos, sociales y culturales. Y si bien es cierto y ello está previsto en varios tratados, los Estados deberán ir asegurando estos derechos en la medida de sus recursos; lo cierto es que ello no implica que queda totalmente a su arbitrio la implementación, dado que algunos derechos, como el derecho a la salud, no admiten excusas de falta de recursos para ser asegurados y, con respecto a otros, tienen que cumplirse gradualmente de acuerdo con las posibilidades.

Participamos de la tesis que concibe la inconstitucionalidad por omisión de una forma amplia, es decir, no sólo limitada a la función legisferante del Congreso, sino también de los otros poderes.

Además, y para que se configure una omisión de legislar, la división entre normas operativas y programáticas es antigua, ya que el legislador tiene que trabajar sobre todo el plexo normativo procurando regular los derechos que así lo requieren, de manera que sea posible su ejercicio por los sujetos legitimados.

trol de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina”. En *Inconstitucionalidad por omisión*, coordinada por Victor Bazán, Temis, p.49.

72. CARNOTA-MARANIELLO, *Derecho constitucional*, La Ley, ps. 87 y 88.

73. CARNOTA-MARANIELLO, *Derecho constitucional*, La Ley, p. 88.

Decimos pues que el *bill* de derechos contiene una presunción de operatividad. No se necesita más que la consagración del derecho para que éste funcione, salvo que el constituyente haya redactado la norma en clave de “programa” o “futuro”. En ese caso, el derecho es programático y no directamente operativo.⁷⁴ Igualmente, y aun en el supuesto de una norma programática (como podría ser la participación en las ganancias de las empresas, del art. 14 bis), eso no significa dejar librado el dictado de la norma reglamentaria a la total discreción del Congreso. De no sancionarse en un lapso razonable esa normativa, se verifica la “inconstitucionalidad por omisión”, dado que el Congreso debió hacer algo que la Ley Suprema le ordenaba realizar.⁷⁵

Según Villaverde Menéndez, idea a la que adherimos, el fundamento del control jurídico de los silencios del legislador no es otro que la garantía de la supremacía constitucional, de forma que el control jurisdiccional de los silencios legislativos no es sino la forma más radical de hacer valer esa supremacía, examinando la validez de las normas implícitas que resultan de los silencios del legislador y sus leyes.⁷⁶

Para poder defender esta figura frente a la separación de poderes, debemos siempre partir de la supremacía constitucional. *No se trata de los jueces ordenando al Poder Legislativo o Ejecutivo que cumplan con su deber, sino de los jueces haciendo cumplir la supremacía constitucional.*⁷⁷

3. Declaración de inconstitucionalidad de oficio

La declaración de inconstitucionalidad de oficio, expresión de un juez activista, procede debido a que esta facultad no viola ningún derecho o principio, ya que:

74. CARNOTA-MARANIELLO, *Derecho constitucional*, La Ley, p. 88.

75. CARBONELL, Miguel (coordinador). En busca de las normas ausentes (ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión), México, 2003. citado por Carnota y Maraniello, ob. cit. p. 89.

76. OROZCO SOLANO, Víctor-CRUZ PATIÑO, Silvia, “La inconstitucionalidad por omisión en Costa Rica”.

77. OROZCO SOLANO-PATIÑO CRUZ, ob. cit.

- 1) Si bien es cierto que para declarar la invalidez de una norma es preciso que exista caso concreto, de ahí no se sigue la necesidad de petición expresa de parte interesada.
- 2) Por el principio *iura novit curia* es posible el examen oficioso, porque el control de constitucionalidad requiere el análisis de una cuestión de derecho y no de hecho. La potestad del juez de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31, CN) aplicando en caso de colisión, la norma de mayor rango.
- 3) Se desestima asimismo el argumento relativo a la violación del principio de división de poderes por considerar que la cuestión no difiere cuando el control se ejerce a pedido de parte.
- 4) El control oficioso no se opone a la presunción de validez de los actos de los poderes públicos, ya que aquélla cede cuando el acto es contrario a la Constitución.
- 5) El control oficioso no afecta el derecho de defensa de las partes. Si así fuera, debería descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma no invocada por ellas.

Con respecto a la declaración de inconstitucionalidad de oficio en las provincias argentinas, podemos observar cómo algunas de ellas se separan del criterio federal, ya sea expresándolo en sus constituciones o a través de su jurisprudencia.

Esta separación nos parece realmente importante, puesto que puede ser el origen de un cambio rotundo y definitivo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

No se debe perder de vista que la potestad de declarar la inconstitucionalidad de una norma es algo excepcional, y de hacerlo sólo lo será en casos excepcionales, cuando la violación del principio de supremacía de la Constitución aparezca flagrante e indudable, no viole la división de poderes ni la defensa en juicio de los derechos de ambas partes.

Para este último aspecto sería conveniente dar traslado a las partes para que puedan expresar libremente su opinión al respecto, sea ésta favorable o desfavorable, para aventar esta última posible lesión.

Nuestro máximo tribunal se ha valido de esta facultad en “Mill de Pe-reyra” (Fallos: 324:3219), fallo que sirvió para que cada uno viera lo que quisiera ver: algunos sostuvieron que finalmente la Corte había acogido la

inconstitucionalidad oficiosa, mientras que otros afirmaron que era un caso tangencial o marginal. Estas dudas interpretativas llevaron incluso a que uno de los jueces tuviera que explicar en la doctrina *ex post* las razones de su voto.⁷⁸

Para ello debemos tener en cuenta que el análisis de la cuestión es tan sólo en un caso concreto y, cuando se ha desnaturalizado, alterado o quebrantado algún derecho o principio constitucional, el juez tiene la obligación de seguir el derecho y no la ley inconstitucional. Todo ello sin tener la intención de remplazar ningún poder, sino de controlar y respetar la Constitución, actuando como un juez y no fijando políticas de Estado generales, que resultan de incumbencia de los otros poderes del Estado.

Cabe señalar que cuando resulte evidente la inconstitucionalidad de las alegaciones jurídicas formuladas por las partes en el proceso el juez tiene el deber de declarar dicha inconstitucionalidad, pues de lo contrario incurriría en lo que denominamos inconstitucionalidad por omisión judicial.

Uno de los avances más importantes en la función del control de constitucionalidad en las políticas públicas por parte del Poder Judicial es el caso “Verbitsky”, en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha actuado como “una Corte constitucional” que “fija pautas y establece estándares jurídicos a partir de los cuales se elabora la política en cuestión” (consid. 26). El *self-restraint* que mostraron las jurisdicciones superiores provinciales ha dado paso a un activismo que se da en un contexto –justo es reconocerlo– de deserción de los poderes políticos frente a un problema humano y jurídico de envergadura.⁷⁹

Por todo lo expuesto, no sólo el control de constitucionalidad de oficio no choca contra la división de poderes, sino por el contrario lo hace aún más fuerte, robusteciendo su facultad implícita y exclusiva en el control de constitucionalidad de oficio, sin menguar el sistema republicano y priorizando la aplicación del derecho por sobre la ley y lo peticionado por las partes.

Todo ello en defensa de la más sagrada de las normas, que es la Constitución, donde los jueces son sus guardianes en forma permanente sin poder

78. CARNOTA, Walter, “La inconstitucionalidad de oficio una cuestión saldada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *www.eldial.com*, agosto de 2004.

79. CARNOTA, Walter, “Un problemático supuesto de ‘hábeas corpus colectivo’ (nota al fallo “Verbitsky””, *www.eldial.com*, mayo de 2005.

tener excusa alguna para no resguardarla, porque en ella radica el verdadero límite del poder a los otros dos poderes, ya que esa es la esencia de la división de aquéllos. Como nos recuerda Hans Kelsen:⁸⁰ “...La función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder...” y, “...como toda norma, también la Constitución puede ser violada por aquellos que deben cumplirla...”.

Para finalizar, debemos destacar que nunca la declaración de inconstitucionalidad es un acto de partes en el proceso, sino que es un acto institucional que tiene como protagonista principal la jurisdicción judicial, pues es el último ordenador del Estado de derecho constitucional sin importar que las partes lo hayan o no peticionado en la causa. Por ello, sus efectos no pueden ir más allá del caso del expediente en cuestión, con la salvedad hecha en los amparos colectivos.

En resumen, la declaración de inconstitucionalidad es una cuestión de orden público.

VII. Garantías constitucionales

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido el concepto de “garantía” como aquella que sirve para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho.⁸¹

El movimiento garantista fue cercenando al activismo, limitándolo en su esencia, donde en algunas ocasiones fue bien utilizado el garantismo teológico 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 ha realizado un mejor tratamiento de esta temática.

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)”.⁸²

80. KELSEN, Hans *El defensor de la Constitución*, Tecnos, España, 1995.

81. Opinión consultiva OC 8/87, del 30/1/1987.

82. GOZÁINI, Osvaldo, “El Neoprocesalismo” en *La Ley*, 2005-E, 1328.

El mismo autor⁸³ 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 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 se ha dado en llamar activismo “malo”, es decir, aquel 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 de él 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.⁸⁴

El garantismo operará como una suerte de contenedor a la utilización de un activismo que no respete las garantías constitucionales, entre las que podemos citar: a) el derecho a la jurisdicción, b) el derecho a ser oído, y c) el derecho de defensa.

Sin embargo, no podemos obviar que el activismo indudablemente chocará con las garantías constitucionales. La solución la tenemos en el simple hecho de que ninguno de ambos institutos destruya a otro; podrá

83. Conf. “Problemas actuales del Derecho Procesal”, *Activismo versus garantismo procesal*, Querétaro, Fundap, 2002, p. 10.

84. MANILI, Pablo, ob. cit.

disminuirlo en aras de una mejor protección de los derechos, pero nunca destruirlo. Aquí debemos hacer una salvedad: cuando estemos frente a cuestiones de orden público ciertas garantías pasan de estar en manos de los particulares a la órbita del interés público.

1. El derecho a la jurisdicción

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 sólo en tener un acceso a un tribunal de justicia, sino que requiere que se cumpla además la garantía del debido proceso (art. 18, CN), con una sentencia justa y oportuna en tiempo y forma.

Por lo tanto, dentro del derecho a la jurisdicción encontramos el “debido proceso”, la “defensa en juicio de la persona y los derechos⁸⁵”, la “tutela judicial efectiva” y el “derecho a ser oído”.

2. El derecho a ser oído

Bidart Campos⁸⁶ considera que el derecho a ser oído constituye sólo una fase del derecho a la jurisdicción, posterior al acceso al órgano jurisdiccional y anterior a la sentencia “oportuna”, “fundada” y “justa” que resuelve la pretensión.

3. El derecho de defensa

Algunas personas confunden el derecho a ser oído con el derecho de defensa; si bien ambos son elementos que tienen las partes para expresarse previo al dictado de la sentencia, estos institutos resultan totalmente diferentes. Mientras el primero tan sólo exige, que una vez admitida la acción,

85. Terminología usada para los países de habla hispana, pero el sistema anglosajón utiliza “el debido proceso legal”, desarrollado en la Constitución de EE.UU. en las enmiendas V (1791) y XIV (1868). Enlaza una gama de diferentes variantes: juez natural, no declarar contra sí mismo, posibilidad de presentar pruebas, etcétera.

86. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, Ediar, 1985, p. 465.

ser escuchado mediante los elementos probatorios que aportará a la causa, el segundo tiene una actitud más conteste ante una contienda que pueda llegar a perjudicarlo, haciendo valer todos los motivos y argumentos jurídicos en el sostenimiento de los derechos e intereses propios y la pretensión de que sean valoradas las circunstancias que invoca el individuo en su favor.

La inviolabilidad de la defensa en juicio (art. 18, CN) constituye una garantía fundamental para los ciudadanos, pues sólo a través de ella se podrán ejercitar en el marco de un proceso todas las demás garantías que la Constitución establece.

En su magnífica obra *Derecho y razón*, Luigi Ferrajoli describe, simple pero contundentemente, cómo debería funcionar el sistema: “Para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria, por otro lado, la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar, que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; en segundo lugar, que se admita su papel contradictor, en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio, de los experimentos judiciales y de las pericias al interrogatorio del imputado, desde los reconocimientos hasta las declaraciones testimoniales y los careos”.⁸⁷

VIII. El abogado proactivo⁸⁸

Si bien la percepción que la sociedad tiene del abogado está cambiando (como lo demuestran las últimas encuestas realizadas), lo cierto es que la imagen que existe de aquél es la del luchador que han inculcado las películas americanas y que se ha visto ensalzada por la falta de información sobre la evolución a la que se ha encontrado sometida nuestra profesión.

Desde esta perspectiva, el abogado es el último recurso para auxiliar al cliente. Lucha ante el Tribunal, interroga a los testigos, argumenta y convence al jurado y, en la mayoría de las ocasiones, gana el caso. Es un profesional que sirve para resolver problemas, un “apaga fuegos”. Sin embargo, todos

87. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 614.

88. FERNÁNDEZ LEÓN, Óscar, “El abogado proactivo”, publicado por www.abogados.com.ar, 09:02 AM, 17 de noviembre 2011.

sabemos que existen otros roles, funciones o facetas de su actividad en las que, como veremos, la proactividad se convierte en su *piedra de toque*.

El comportamiento proactivo, si bien no es un concepto tradicionalmente asociado a la abogacía, constituye una cualidad fundamental del abogado, y ello debido a que la actividad que desarrolla exige una forma de actuar basada en la anticipación y en la acción orientada a los resultados, elementos esenciales en dicho comportamiento.

Por tanto, aunque pueda desconocerse este concepto, lo cierto es que un abogado que carezca de proactividad tendrá muchas dificultades en desarrollar su trabajo en todos y cada uno de los ámbitos en los que interviene (clientes, organización interna, preparación de juicios, negociaciones, etc.), mientras que el abogado proactivo será, sencillamente, mejor abogado.

La proactividad o la conducta proactiva es un concepto relativamente reciente. Concretamente, se atribuye al neurólogo y psiquiatra austriaco Víctor Frankl, que narró su experiencia como prisionero de un campo de concentración nazi en el libro *El hombre en busca de sentido*, en el que define la proactividad como “la libertad de elegir nuestra actitud frente a las circunstancias de nuestra propia vida”. En el cruel contexto que le tocó vivir, Frankl afirma que nadie pudo arrebatarle su libertad interior: el decidir de qué modo le afectaría lo que le estaba pasando.

Si bien hay numerosas definiciones de proactividad, no todas coincidentes, existen puntos en común que pueden facilitarnos una idea bastante clara de aquélla. Así, la proactividad puede definirse como la capacidad del ser humano de liderar su propia vida como consecuencia del potencial que dispone para mejorarse a sí mismo, su situación y a su entorno mediante la toma de las iniciativas necesarias para crear cambios en su vida (extraído de las definiciones de Steven Covey, Ralf Schwarzer y Bateman y Crant).

De la definición anterior, y conforme a los resultados de los trabajos de investigación llevados a cabo por Bateman y Crant, podemos señalar las siguientes características esenciales de las personas proactivas:

1. Están buscando continuamente nuevas oportunidades.
2. Se marcan objetivos efectivos orientados al cambio.
3. Anticipan y previenen problemas.
4. Hacen cosas diferentes o actúan de forma diferente.
5. Emprenden la acción y se aventuran a pesar de la incertidumbre.

6. Perseveran y persisten en sus esfuerzos.
7. Consiguen resultados tangibles, puesto que están orientadas a ellos.

Como puede colegirse, el comportamiento proactivo está íntimamente emparentado a la idea de responsabilidad, acción y cambio. En la medida en que los problemas nos afectan, somos nosotros los responsables de optar por la respuesta adecuada a ellos, decidiendo qué hacer en cada momento y actuando con iniciativa en busca de los cambios necesarios para hacerles frente. Igualmente, ante la previsión de problemas, la persona proactiva se anticipa a ellos con determinación y constancia, generando nuevas oportunidades. En ambos casos, su comportamiento está orientado a los resultados, asumiendo la responsabilidad de que las cosas sucedan.

El comportamiento proactivo también está muy relacionado con la forma de afrontar el cambio. Las personas proactivas no lo rechazan, todo lo contrario, están dispuestas a aceptarlo con la necesaria flexibilidad y a integrarse en él, como también, si es imprescindible, a impulsarlo para acabar con situaciones de incertidumbre o perjudiciales.

Resumiendo, las personas proactivas toman la iniciativa, pasan a la acción, corren riesgos, obtienen resultados y son asertivas.

El perfil opuesto a ellas es el de las personas reactivas, que se caracterizan por centrarse en problemas y circunstancias sobre las que no tienen ningún control, por lo que carecen de libertad y capacidad de elegir sus acciones, lo que las conduce a una actitud pasiva y conformista. Por el contrario, las proactivas centran sus esfuerzos en aquellas áreas en las que pueden influir y generar cambios. No obstante, es posible la transformación de una persona reactiva en proactiva. Para ello es necesario identificar las áreas en las que se puede mejorar y comenzar a actuar de forma diferente, importando las características propias de la persona proactiva. Ser proactivo se cotiza en alza.

El abogado puede emplear la proactividad en diversos terrenos de su actividad. Distinguiremos dos ámbitos, uno, vinculado al concepto de habilidad y otro, relacionado con el modo de ejercer la abogacía.

La proactividad como habilidad no es más que un trasunto del concepto anteriormente analizado al quehacer diario del abogado. A modo de ejemplo, en su trabajo, el abogado tiene que convertirse en un líder en busca de una mejora continua en los procesos de funcionamiento del despacho, buscando permanentemente opciones que le permitan mejorarlo para al-

canzar los resultados previstos; la gestión del tiempo y la organización del trabajo constituyen caldos de cultivo esenciales para poner en práctica la proactividad; con el cliente, el abogado debe anticiparse continuamente a sus necesidades manteniendo el contacto y tratando de adoptar iniciativas que lo ayuden a conseguir sus objetivos; deberá estar en permanente contacto con su equipo para conocer sus necesidades y estar atento a aquellas situaciones que le permitan superar problemas o dificultades; en la preparación del caso deberá organizarse con tiempo para no dejar ningún cabo suelto. En definitiva, el abogado, deberá hacerlo todo con un espíritu proactivo.

La proactividad como forma de ejercicio de la abogacía se observa en una actividad más cercana al “diseño” de una solución que a la resolución de un problema. Estamos hablando de la abogacía preventiva.

Así, el abogado, lejos de limitarse a la intervención como última posibilidad, deberá incentivar su capacidad de suministrar ideas, opciones y recursos para adoptar la decisión más adecuada en el negocio planteado por el cliente. Conocedor de la necesidad de éste, el abogado deberá disponer de las habilidades necesarias para anticiparse al conflicto y facilitar aquellas soluciones que le permitan a aquél sortar los numerosos obstáculos que se interponen en el desarrollo de su actividad y obtener los resultados pretendidos. Esto puede darse en una negociación, en la elaboración de un contrato, en el asesoramiento al empresario en el cumplimiento de las obligaciones legales que afectan a la empresa con el fin de eludir el perjuicio que para ésta supondrá la apertura de un procedimiento administrativo o judicial.

Naturalmente, ello no obsta para que en caso del, a veces inevitable, litigio judicial, el abogado temple su capacidad, astucia, energía para defender con éxito los intereses de su cliente, o lo que es lo mismo, como dice sabiamente Polonio a su hijo Alertes en la obra de Shakespeare *Hamlet*: “Guárdate de entrar en pendencia; pero, una vez en ella, obra de modo que sea el contrario quien se guarde de ti.”

En definitiva, el abogado, a través de la proactividad, debe diseñar e implementar soluciones creativas que marquen la diferencia respecto a la conducta reactiva que tradicionalmente se ha esperado de nosotros.

IX. El activismo en el derecho de familia⁸⁹

La Cámara de Familia de Segunda Nominación de Córdoba decidió que la vía judicial era la adecuada para resolver acerca de un pedido de constancia de idoneidad para adoptar en el extranjero, ante la ausencia de órganos administrativos competentes para abordar la cuestión. La solicitud fue planteada por una pareja que quería realizar una adopción internacional en Haití.

Los magistrados Fabián Faraoni, Graciela Moreno de Ugarte y Roberto Rossi entendieron que la petición del matrimonio consistía en “un derecho que no puede ser desconocido, pues lo contrario importaría una denegación de justicia”. En consecuencia, el Tribunal de Alzada declaró competente a un Juzgado del mismo fuero para que tramitara la sumaria informativa requerida por la pareja.

Además, los camaristas destacaron que “no estamos en presencia de un proceso de adopción, sino en un estadio anterior en el cual la tramitación de la información sumaria por la vía judicial viene a aportar la transparencia que requiere la futura adopción en Haití, propósito por demás noble y humanitario, dados los hechos de público conocimiento”.

La solicitud de una constancia de idoneidad fue planteada por una pareja que quería realizar una adopción internacional en Haití, ante el Juzgado de Familia de Cuarta Nominación. Sin embargo, el órgano judicial se declaró incompetente. Entonces, los peticionantes apelaron dicha resolución.

En particular, los vocales de la Cámara de Familia señalaron que los tribunales de este fuero son “los órganos con competencia exclusiva en materia de adopción” y que, por ende, “la certificación de idoneidad requerida cae bajo la órbita de su actuación”. “El certificado de idoneidad no es más que un documento que da fe de la aptitud de los pretendientes para adoptar en un país determinado y, en principio, se emite luego de que el juez valora un informe psicológico y una encuesta ambiental de los postulantes de la adopción internacional y estima que reúnen las condiciones morales, económicas y personales necesarias para ello”, explicó el Tribunal de Apelaciones.

Luego, la Justicia de Alzada manifestó que en la Argentina “la única vía para lograr informes psicológicos y la encuesta ambiental que se ha

89. Diario Judicial del jueves 17 de mayo: “La transparencia de la Justicia avala sus juicios de idoneidad”.

considerado como oficial es la de un proceso judicial, donde los pretendientes solicitan la producción de determinadas pruebas periciales mediante una información sumaria que establezca la idoneidad o no de los mismos para aspirar una adopción internacional de un niño que se llevará a cabo en un determinado país.”

“Se trata de una cuestión de índole extrapatrimonial, derivada de la relación familiar” y el pedido “tiene como único cometido que el órgano judicial emita el certificado requerido a los efectos de tramitar una futura adopción internacional, la cual no es objeto de merituación ni tratamiento en estas actuaciones, y que, en todo caso, se registrará por la normativa aplicable en el derecho interno de Haití”, precisó el Tribunal cordobés.

Los magistrados también recordaron que “no existe un organismo administrativo estatal que tenga competencia para otorgar el certificado de idoneidad requerido, con lo cual la vía que resulta idónea para ello no es otra que la judicial”, pues “le da el carácter oficial que en cuestiones de esta naturaleza se impone y luce como la más conveniente y adecuada”.

Por lo tanto, la Cámara de Familia de Segunda Nominación de Córdoba hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por la pareja y declaró competente al Juzgado de Familia de Cuarta Nominación para resolver acerca del certificado de idoneidad solicitado por los actores, órgano judicial que inicialmente se había declarado incompetente.

X. A modo de conclusión

Si bien el activismo judicial, como se vio, es una herramienta fundamental en el actual esquema de justicia 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 todos los abogados, matriculados en el Colegio de Abogados a través del art. 5° de la ley 23.187 (promulgada el 25 de junio de 1985), en el ejercicio profesional estarán equiparados a los magistrados en cuanto a la consideración y al respeto que se les 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 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.

De lo expuesto podría decirse que el activismo judicial es una herramienta que ayuda al procedimiento; sin embargo, un ágil y expedito trámite se logrará con nuevos elementos que modifiquen los tiempos procesales con generosos cambios en los códigos de rito; a ello lo denominamos “activismo procesal”.

Por su parte, el Profesor Italiano Zagrebelsky ha dicho que los principios constitucionales encierran un mandato tácito que, llegado el caso pueden determinar que se deba dejar de lado la aplicación de una ley cuando de ella derivaría la solución injusta de un litigio.⁹⁰

90. “El derecho dúctil”, traducción de Marina Gascón, Trotta, Madrid, 1997, p. 134.