

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales



**Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Centro de Estudios Constitucionales**

Julio de 2006

LIBROTECNIA®

Estudios Constitucionales
Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca
Québec 415 esq. Av. Condell
Providencia • Chile
Página web: www.cecococh.cl / E-mail: cecococh@utalca.cl

REPRESENTANTE LEGAL:

Dr. Juan Antonio Rock Tarud.
Rector de la Universidad de Talca. Chile. jrock@utalca.cl

DIRECTOR:

Humberto Nogueira Alcalá.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional,
Universidad de Talca. Chile. nogueira@utalca.cl

SUBDIRECTOR:

Jorge Precht Pizarro.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Público, Magíster en Derecho Constitucional,
Universidad de Talca. Chile. jorgeprecht@gmail.com

CONSEJO EDITORIAL NACIONAL

Eduardo Aldunate Lizana.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional.
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Chile. ealdunat@ucv.cl

Andrés Bernasconi Ramírez.
PH. D. Universidad de Boston. Instituto de Políticas Públicas.
Universidad Nacional Andrés Bello. Santiago, Chile. abernasconi@nab.cl

Raúl Bertelsen Repetto.
Magíster en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Vicerrector Universidad
de los Andes. Santiago. Chile. tribunalconstitucional@entelchile.net

José Luis Cea Egaña.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Director del Magíster de
Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago. Chile.
tribunalconstitucional@entelchile.net

Kamel Cazor Aliste.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho.
Universidad Católica del Norte. La Serena. Chile. cazor@ucn.cl

Miguel Ángel Fernández.
Magíster en Derecho Constitucional. Profesor de Derecho Constitucional de las
Universidades de los Andes. Pontificia Universidad Católica de Santiago y
Universidad de Talca. Santiago. Chile. mafernande@cb.cl

Emilio Pfeffer Urquiaga.
Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho.
Universidad Diego Portales. Chile. emiliopfeffer@pfeffer.cl

Jorge Tapia Valdés.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Decano de la Facultad
de Derecho de la Universidad Arturo Prat. Iquique. Chile. jortapia@unap.cl

Francisco Zúñiga Urbina.
Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Central de Chile. Santiago. Chile.
zdc@zdcabogados.cl

CONSEJO CONSULTIVO INTERNACIONAL

Carlos Ayala Corao.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de las Universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela. Presidente de la Comisión Andina de Juristas. Ex Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caracas. Venezuela. cayala@cjlegal.net

Paulo Benavides.

Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal do Ceará-UFC. Doctor Honoris causa de la Universidad de Lisboa. Fundador y Director de la Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionales. Fortaleza. Brasil. pbonavides@ultranet.com.br

Eduardo Cifuentes Muñoz.

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Los Andes, Santa Fe de Bogotá. Ex Magistrado y Presidente de la Corte Constitucional de Colombia. Bogotá. Colombia. ecifuentes@uniandes.edu.co

Jorge Carpizzo.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional e Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y ex Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México. México. jcmjur@servidor.unam.mx

Francisco Eguiguren Praeli.

Profesor de Derecho Constitucional y Director Magister en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Perú. eguiguren@speedy.com.pe

Francisco Fernández Segado.

Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Director de la Revista Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. España. fdezsegado@der.ucm.es

Carmen María Gutiérrez de Colmenares.

Profesora de Derecho. Universidad Rafael Landívar de Ciudad de Guatemala y ex Magistrada de la Corte Constitucional de Guatemala. ccolmenares@asies.org.gt

Luca Mezzetti.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de Bologna y Udine. Italia. mezzettiluca@yahoo.it

Pablo Pérez Trems.

Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III, Madrid, España. Director de la Revista Electrónica Foro Constitucional Iberoamericano. Universidad Carlos III. Magistrado del Tribunal Constitucional español. Madrid. España. pperez@der-pu.uc3m.es / ptrems@tribunalconstitucional.es

Néstor Pedro Sagüés.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de las Universidades de Buenos Aires y Católica de Rosario. Argentina. nestorsagues@arnet.com.ar

Bases de datos en que figura la Revista Estudios Constitucionales:

www.latindex.unam.mx

<http://biblioteca.atalca.cl>

Correo electrónico: cecoch@atalca.cl

Editado y distribuido por

EDITORIAL LIBROTECNIA

Bombero Salas 1369, Of. 408. Santiago • Chile

Fonofax: (56-2) 6967076

www.librotecnia.cl / info@librotecnia.cl

FUNCIONES DEL JUEZ EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

Functions of a judge in constitutional procedure

Oswaldo Alfredo Gozáini *

RESUMEN

En el presente artículo el autor examina la función del juez en el proceso histórico latinoamericano y las diferencias con el juez europeo, deteniéndose en el análisis de las potestades del juez, considerando las funciones que puede ejercer en virtud del derecho transnacional. Asimismo se analiza la necesidad de que los jueces superen las rigideces técnicas, puedan atender a las situaciones urgentes y busquen la verdad de los hechos. Finalmente, se analizan las potestades de los jueces en los procesos constitucionales.

PALABRAS CLAVE

Función de los jueces. Procesos constitucionales.

* Catedrático de Derecho Procesal Civil. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Correo Electrónico: osvaldo@gozaini.com Recibido el 20 de diciembre de 2005. Aprobado el 6 de marzo de 2006.

ABSTRACT

The author examines the role of the judge in Latin American history and its differences with the European judge, with special attention to the powers of a magistrate, and considering the functions (s)he can perform by way of transnational law. Further, it is argued that judges must leave technical rigidities behind, so that they can intervene in urgent cases and seek the truth of the facts. Finally, the powers of judges in constitutional procedures are analyzed.

KEY WORDS

Functions of judges. Constitutional procedures.

1. ACLARACIONES PRELIMINARES

Es necesario señalar que entre los poderes jurisdiccionales del magistrado Europeo respecto del Americano, hay diferencias; ellas no son esenciales, pero indican un punto de partida político desigual. Ello condiciona la naturaleza de los actos que dinamizan la función, porque mientras unos saben que su señorío se acota al tipo de procedimiento donde actúan (v. gr., jurisdicción administrativa; jurisdicción ordinaria; justicia constitucional, etc.), otros confunden de modo permanente las potestades, al tener que actuar simultáneamente, como fiscales del obrar de gobierno y como órganos destinados a preservar la supremacía de la Constitución y demás normas fundamentales.

Con ello, la sutil diferencia entre ser tribunales que administran justicia respecto a quienes ejercen un poder judicial, no parece superficial, pese a la generalidad del aserto.

Sin embargo, también es cierto que el origen de los modelos ha variado en el curso de los tiempos, siendo posible aceptar a través de los índices estadísticos de confiabilidad en la justicia, que la *desconfianza* Europea torna hacia un respaldo mayor, donde las potestades jurisdiccionales aumentan pese a que se contienen en los límites de la división por competencias; mientras que los jueces americanos son genéricamente presa de severas críticas por su falta de independencia e imparcialidad, que ha tornado el sistema de la *confianza* en un espejismo absoluto.

Se lee en una nota periodística aparecida en Washington, editado por un llamado Grupo Reforma (29.11.2000) que la actual Suprema Corte Federal de Estados Unidos sufre la misma desconfianza, aunque tildada por la politicidad

de sus miembros. Así, su presidente *William Rehnquist*, se integra con otros tres conservadores, cuatro liberales y dos moderados. Estos últimos tejen alianzas en el seno del tribunal en función de los temas que tratan. Sus fallos son adoptados por mayoría.

Hay un *bloque conservador* que lidera, *William Rehnquist*, de 78 años, presidente del tribunal, fue designado en 1972 por el Presidente republicano Richard Nixon y promovido a la Presidencia del cuerpo por Ronald Reagan. *Clarence Thomas*, de 54 años, fue designado en 1991 por el Presidente republicano George Bush. El Senado demoró en votar la venia de Thomas por acusaciones de una antigua colega, Anita Hill, que dijo que él la había acosado sexualmente. Este Magistrado de raza negra, que se muestra taciturno durante las audiencias, a veces sorprende con votaciones que lo sacan de contexto. *Antonin Scalia*, de 66 años, nombrado por Reagan en 1986. Padre de nueve hijos, ávido deportista (jugador de squash), es un ultraconservador dotado de una brillante elocuencia y mordacidad. Es partidario de una estricta interpretación de la Constitución.

El *bloque liberal* lo conforman: *Stephen Breyer*, de 65 años, fue designado en 1994 por el Presidente demócrata, Bill Clinton. Es un liberal prudente, que se preocupa por no vulnerar inútilmente la jurisprudencia. *Ruth Bader Ginsburg*, 69 años, fue designada por Clinton en 1993. *David Souter*, 61 años, nombrado por Bush en 1990, precedido de una reputación de hombre conservador, se alinea no obstante en el bloque liberal, para gran decepción de los conservadores. *John Paul Stevens*, de 82 años, fue designado por el republicano Gerald Ford en 1975. Es un liberal vigoroso de cabellos blancos y que usa moño, es dueño de las fundamentaciones más prolíficas de la Suprema Corte.

El *bloque moderado* lo encabeza Anthony Kennedy, 66 años, nombrado por Reagan en 1988, es el más conservador de los Magistrados centristas. Se siente cómodo en el campo conservador en asuntos tales como el aborto, las políticas de tratamiento preferencial a las minorías, la limitación de los poderes del Estado federal, etc. *Sandra Day O'Connor*, 72 años, la primera mujer que llegó al máximo tribunal en la historia de Estados Unidos, fue nombrada por el Presidente Ronald Reagan en 1981. Aconseja la "cautela judicial" y vota en consonancia con la opinión pública, tanto con los conservadores como con los liberales, desempeñando una función estabilizadora en el seno de la Suprema Corte.

En este contexto, uno se puede tentar con planteos teóricos y reiterar el interrogante clásico acerca de ¿cuál es la misión constitucional de los Jueces?, para caer en posiciones restringidas a la aplicación de la ley; o en otras más elásticas que admiten la interpretación de la norma; o pensar en un magistrado con posturas suficientes para constituir un órgano más en la estructura del Poder

político, de manera que también el Juez resuelva y decida con criterios económicos, políticos y sociales; entre otros muchos criterios, que llevan a modelos potenciales del Juez, como se expone al final del capítulo.

Asignada la tendencia, cuadra posicionar al Tribunal en el marco previsto como opción valorativa (y como tal, subjetiva y plenamente opinable) y proyectar cómo puede desempeñarse en el proceso, para que éste sea, el *debido proceso* premeditado como principio general, antes que una sumatoria de reglas.

En este encuadre preliminar el punto de partida puede ser distinto. Algunos lo ciñen al deber constitucional de realizar la justicia aplicando la ley tal como ésta se formula. Ferrajoli lo define desde el llamado garantismo, y encuentra apoyos locales en Alvarado Velloso y Benabentos. El primero, por ejemplo, dice que el garantismo procesal no tolera alzamiento alguno contra la norma fundamental; por lo contrario, se contenta modestamente con que los jueces –comprometidos *sólo con la ley*– declaren la *certeza de las relaciones jurídicas conflictivas* otorgando un adecuado derecho de defensa a todos los interesados y resguardando la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional para, así, hacer plenamente efectiva la tutela legal de todos los derechos. Otros, en cambio, toman en cuenta las nuevas funciones del juez y asumen progresivamente, junto al clásico rol del decisor de los conflictos, *nuevas funciones no tradicionales*. En el *proceso civil* se dibuja un modelo de *juez administrador, gestor, o componedor económico social*. Así lo presenta el informado relatorio de Roberto Berzonce en el Congreso Mundial de Derecho Procesal celebrado en Viena (Austria) en el año 1999.

Comienza así una difícil tarea de esclarecimientos, donde la función no se concibe lineal (no es igual la responsabilidad de juzgar en el campo penal que la derivada de temas civiles) y por eso los principios generales pueden mostrarse, a veces, inconsistentes ante la urgencia, apáticos hacia una realidad que les reclama adaptación, o incongruentes con la finalidad de ser justos.

La tarea de acople con los tiempos es evidente en la transformación de la legitimación procesal, donde el llamado por un acceso a la justicia sin restricciones, terminó aligerando la tensión con los recaudos impertérritos de la *legitimación ad causam* y *ad processum*, permitiendo con la creación de nuevas categorías (derechos colectivos, de pertenencia difusa; o los llamados derechos de masa) una apertura del proceso a los antes soslayados por la consolidación del derecho subjetivo, que obligaba al actor a ser un damnificado directo para poder reclamar ante los jueces.

La cuestión, entonces, se posiciona desde una atalaya no habitual, donde el conflicto a resolver se suscita con el alcance que significa ser juez en uno u otro sistema constitucional, porque los poderes de la jurisdicción varían; de manera

que el debido proceso señalará reglas comunes (v. gr., hacer que se cumpla el paradigma de la supremacía de la Constitución), pero la actividad propiamente dicha, sufrirá adaptaciones acordes con la finalidad de cada proceso, y la misión que se encuentre prevista para el juez, en cada caso.

Una vez más conviene recordar los dos aspectos que abarca la noción de debido proceso. Por una vertiente se consideran los *aspectos formales* que encolumnan bases, reglas y principios, tales como la bilateralidad, el derecho a la contradicción, el deber de ser oído, el derecho a la prueba, a obtener sentencia en un plazo razonable, y a ejecutarla rápidamente sin reabrir la controversia. En materia penal, esos cánones se integran y completan con equilibrios, como el estado de inocencia, el derecho a ser informado en el idioma del inculcado de las causas de la acusación, el derecho a tener un abogado de confianza, a que se lo juzgue sin dilaciones indebidas, a probar y recurrir toda sentencia condenatoria, y a ser indemnizado por el error judicial.

Para Ferrajoli, el constitucionalismo, tal como resulta de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva, corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico. Si la primera revolución se expresó mediante la afirmación de la omnipotencia del legislador, es decir, del principio de mera legalidad (o de legalidad formal) como norma de reconocimiento de la existencia de las normas, esta segunda revolución se ha realizado con la afirmación del que podemos llamar *principio de estricta legalidad (o de legalidad sustancial)*. O sea, con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no sólo formales sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones.

Este primer continente implementa un conjunto de seguimientos en el debido proceso formal (o procesal) que delinea una marca un camino. A veces, este sendero tiene bifurcaciones que admiten torcer la regla; ello se puede hacer porque no se afecta el debido proceso *in totum* cuando se lo complementa con el segundo aspecto: *el debido proceso sustancial*.

Esta faceta se refiere a la razonabilidad de las decisiones; es un límite a la arbitrariedad y la injusticia.

Hemos dicho que el debido proceso sustancial, como concepto preventivo, es un mensaje al gobierno (administración y legislación) para que no exceda la discrecionalidad y asegure en sus actos el principio de razonabilidad. Implícitamente queda encuadrada la noción de seguridad jurídica, pues incorpora en la garantía del debido proceso sustancial la obligación de impedir resoluciones contradictorias o arbitrarias, de modo tal que el control también comprende la actividad jurisdiccional.

El empalme entre los dos tipos integrados al estudio del debido proceso, dan pie suficiente para analizar la función del juez en cada una de las potestades clásicas como debe desenvolver su magisterio, esto es:

- a) El juez constitucional y sus poderes-deberes en el control de constitucionalidad;
- b) El juez de competencia común (civil y comercial);
- c) El juez con actuación en procesos sociales (familia, laborales, seguridad social);
- d) El juez que trabaja con conflictos estatales (contencioso-administrativos);
- e) Los jueces con competencia penal en sus diversas ramificaciones.

Sin embargo, un examen de esta contextura sería errado, porque significaría tanto como afirmar que hay tantos modelos para el “debido proceso”, como ramales de jurisdicciones.

Por ello, sin caer en el reduccionismo simple y peligroso de modelar un poder de juzgamiento genérico, conviene poner de relieve, como un anticipo de nuestras conclusiones, que el juez puede apartarse de las reglas sin violar los principios, cuando adapta sus pronunciamientos al sentido social y justo que lo anima. En todo caso, la exigencia constitucional será motivar suficientemente la sentencia que dicta.

2. EL JUEZ EN LA HISTORIA LATINOAMERICANA

Nuestra historia tiene raíces en los jueces españoles, donde tradicionalmente el bien común era el objetivo de la función judicial.

Los monarcas visigodos habían creado el “Fuero Juzgo” que señalaba: “*Ca de la mesura de los príncipes nace el ordenamiento de las leas, et de las leas nacen las bonas costumpnes, de las bonas costumpnes nace ella paz et ella concordia entre los poblos, et de la concordia de los poblos nace el vencimiento de los enemigos*”. Criterio que se va a repetir en las Leyes de Partidas, que señalan los mismos objetivos en la acción del Estado: “*Justicia es una de las cosas porque mejor, e mas enderecadamente se mantiene el mundo*”, “*faciendo beuir a cada vno en paz, segund su estado*”.

España, más que ninguna otra comunidad medieval –dice Mayorga–, había recibido y asimilado la influencia tanto del Derecho Romano como de la religión católica. Ambas, aunque inspiradas en móviles de distinta naturaleza, coincidían en dar a la justicia un puesto sobresaliente en el ordenamiento social, colocándola por encima de todas las virtudes, puesto que las comprende y perfecciona,

tal como señalaba Aristóteles en la *Ética a Nicómaco* y Santo Tomás en la *Suma Teológica*. Sabían los españoles que tanto la libertad como la riqueza sólo tenían sentido en un régimen justiciero y bajo el imperio de la Ley. Más que la grandeza de la monarquía, aspiraban a crear un orden justo, a fin de no caer en el despotismo ni en la idolatría del Estado. Y aplicando el pensamiento político católico, reconocían que sólo la justicia daba existencia legítima a una comunidad.

Estos ideales se trasladaron de inmediato a la legislación indiana, siendo la Recopilación de las Leyes de Indias el más expresivo volumen de la voluntad y señorío de los reyes, y de todos los funcionarios del reino.

Cumplir con las leyes haciendo justicia fue la consigna esencial, y tal virtud era el sostén de *Las Partidas* (*“Vicarios de Dios son los Reyes, cada uno en su Reyno, puestos sobre las gentes, para mantenerlas en justicia, e en verdad quanto en lo temporal”*), en la más pura doctrina escolástica.

La justicia del rey se proyectaba en todos los ámbitos del ejercicio, haciendo una diferencia notable e importante, entre quienes dirigían el Estado a través de actos de *justicia distributiva*, y los jueces del reino, con la función de realizar *justicia conmutativa*, es decir que la doctrina hispánica sigue a Aristóteles que había distinguido la justicia distributiva, *“de los honores, de la fortuna y de todas las demás ventajas que pueden alcanzar todos los miembros de la ciudad”* y la justicia conmutativa, *“que regula las condiciones legales de las relaciones civiles y de los contratos”*.

Informa Mayorga que, al rey y a las autoridades superiores correspondía, en primer término, ejercer la justicia distributiva, mientras la conmutativa era normalmente del resorte judicial. También permanecía aquella a los virreyes y gobernadores como ejecutores de la voluntad real y delegados administrativos. Y en tal sentido la aplicaban al repartir tierras o encomiendas a los conquistadores, al recomendar a los funcionarios o al proponer candidatos para llenar las vacantes eclesiásticas o civiles.

En lo que toca al ejercicio de la función de la justicia conmutativa, debe señalarse que no existieron órganos con facultades exclusivamente jurisdiccionales, ni tribunales dedicados por entero al cumplimiento de esa función, como existen en los sistemas constitucionales modernos, en los que un poder del Estado se encarga especialmente de la tarea judicial.

Cabe observar que el período colonial no distingue efectivamente la separación de funciones en el poder, apareciendo cuatro espacios virtualmente independientes entre sí: el gobierno, la justicia, la guerra y la administración de la real hacienda, que derivaban todos del rey. Así por ejemplo, en virtud de una ficción legal que implicaba igualmente un homenaje a la soberanía del monarca, todos

los magistrados impartían la justicia en nombre del rey, aunque no hubieran sido designados por él. Por eso los Alcaldes, que recibían su título del Cabildo, llevaban “*la vara de la real justicia*”, símbolo a la vez de la jurisdicción y del sistema político que integraban.

Para Mayorga era muy extraño que no hubiera en este sistema magistrados encargados exclusivamente de esta función. El gobierno y la guerra quedaron a cargo de los virreyes, gobernadores y demás funcionarios menores; el manejo de la hacienda correspondía a los oficiales reales, pero la función judicial no tuvo magistrados autónomos.

Todos los jueces de primera instancia fueron a la vez mandatarios de otras categorías: los alcaldes ejercían también funciones administrativas en el gobierno comunal; los gobernadores, corregidores y tenientes acumulaban atribuciones políticas, militares y judiciales; los oficiales reales, además del cobro, cuidado y aplicación de las rentas podían perseguir a los deudores del fisco sin necesidad de recurrir a los tribunales.

Y si se analiza la organización de las Audiencias, que eran los tribunales superiores en América, es fácil advertir que a sus facultades predominantemente judiciales, unían otras de índole gubernativa, realizando idéntica acumulación.

Pero la enumeración de estos magistrados –agrega Mayorga– no agota el complejo mecanismo de la justicia en Indias. La abundancia de los jueces y la diversidad de los fueros que por motivos diversos iban apareciendo en el escenario americano obligan al intento de una nueva clasificación de los tribunales que actuaron en América durante la época colonial.

Pueden distinguirse, en efecto, cuatro categorías fundamentales de órganos jurisdiccionales, hubo *jueces capitulares*, *reales*, *eclesiásticos* y los que integraban el sistema de la Audiencia, sin contar con otros tribunales especiales de características propias, como el consulado, el protomedicato y el fuero universitario.

Los *jueces capitulares* eran los que formaban parte o recibían su nombramiento de la corporación municipal. Alcaldes ordinarios, de la Santa Hermandad, de indios, de aguas, jueces de menores y algunos funcionarios auxiliares como los defensores de pobres y de menores, los escribanos del Cabildo, los alguaciles y los ministros, todos ellos integraban un sistema judicial constituido por magistrados electivos, que no recibían sueldo de la corona, carecían de títulos universitarios, desempeñaban casi siempre una función anual y dependían exclusivamente del Ayuntamiento. No era necesario tener conocimientos jurídicos para desempeñar esos cargos, pero sí era preciso ser vecino de la ciudad en donde iban a actuar, y tener otras condiciones señaladas en las leyes. Completaban este sistema, aunque sin tener todas sus características, los alcaldes provin-

ciales de la Santa Hermandad que adquirían su título en remate público y formaban parte del Cabildo a perpetuidad. El ayuntamiento era, a su vez, tribunal de alzada en juicios civiles de menor cuantía.

Los *jueces reales* constituyen otro grupo completamente diferenciado del anterior. En él pueden agruparse los gobernadores, sus tenientes y los jueces comisionados nombrados por ellos; los capitanes generales y demás militares subalternos que actuaban en el fuero de la guerra; los oficiales de reales como magistrados encargados de conocer en los pleitos del fisco; los intendentes, sus asesores letrados y la Junta Superior de Real Hacienda; los virreyes, y por último, los jueces de residencia nombrados por el rey. Salvo estos últimos, que ejercían una magistratura limitada por su objeto, los demás desempeñaban el cargo por un plazo incierto que generalmente duraba varios años. Todos ellos recibían un sueldo fijo y eran nombrados directa o indirectamente por el soberano, ejerciendo al mismo tiempo funciones ejecutivas mucho más importantes que sus tareas judiciales. Tampoco necesitaban ser letrados para desempeñar el cargo, salvo asesores de intendencia que requerían tener esa condición. Integrando este sistema actuaban numerosos funcionarios auxiliares o ejecutores, como los escribanos, alguaciles, asesores letrados, tenientes de los oficiales reales, subdelegados de real hacienda, comandantes de armas, comisionados de justicia, administradores de rentas, etc., la denominación de jueces reales era común en la época, pero se empleaba con diversos significados. A veces se hacía referencia a la justicia real por oposición a la eclesiástica, y otras comprendía tanto a los magistrados enumerados como a los oidores y demás jueces que integraban el sistema de la Audiencia.

Los *jueces eclesiásticos*, que debían ser religiosos y por lo general no pertenecientes a ordenes monásticas, se diferenciaban totalmente de los anteriores, que eran casi siempre legos, y a los cuales se les denominaba genéricamente como jueces seculares. Aquellos eran los obispos y arzobispos, los vicarios generales, capitulares y foráneos; los jueces conservadores; los capellanes castrenses, los jueces hacedores de diezmos; el tribunal de la Santa Cruzada y el Tribunal de la Inquisición. Eran peritos en el derecho canónico que de preferencia aplicaban, recibían su investidura directa o indirectamente del Sumo Pontífice, aunque el rey realizara la presentación del candidato. Y en razón de aquella investidura actuaban con independencia de las autoridades seculares, aunque excepcionalmente las audiencias podían modificar sus decisiones mediante los llamados recurso de fuerza.

Las *Audiencias* constituían los supremos tribunales indianos, en representación directa del monarca en cuyo nombre actuaban, pudiendo, incluso, corregir los abusos de los funcionarios. Como organismos colegiados estaban formados por los oidores, y su jurisdicción se ejercía generalmente en segunda o tercera instancia. Pero a su vez oidores se desempeñaban individualmente como jueces

de provincia, de bienes de difuntos, comisionados de los virreyes en casos especiales, jueces de alzada en el fuero mercantil, integrando el tribunal del protomedicato y como alcaldes del crimen en Lima y en México. A su vez la Audiencia –o su presidente– podían nombrar a uno de sus miembros o a otra persona para actuar como visitador, juez de comisión, juez pesquisador, juez de tierras, o para residencias a funcionarios que no eran de nombramiento real. Estos últimos eran magistrados, con poderes definidos en cada caso, y que se limitaban al desempeño de una determinada misión.

En cambio, *los oidores* ejercían un cargo vitalicio, eran nombrados por el rey con sueldo fijo y constituyeron durante la mayor parte de la época colonial la única magistratura ejercida por peritos en derecho, en cuya ciencia más de uno se destacó.

Quedaría incompleto el cuadro de la administración de justicia indiana si no se mencionara a los tribunales residentes en la península, de los cuales sin duda el de mayor importancia era el *Consejo Real y Supremo de las Indias*, que empezó a funcionar en agosto de 1524 y, en materias de justicia, ejercía el control de los tribunales que funcionaban en el Nuevo Mundo y tenía jurisdicción suprema en las causas judiciales. Para evitar el recargo de trabajo, en las Nuevas Leyes de 1542 se resolvió que en lo posible los pleitos concluyeran en las Audiencias de Indias, pudiendo solo elevarse al Consejo mediante el recurso de segunda suplicación, o cuando el rey por cédula especial así lo disponía. No obstante, mantuvo su competencia para resolver en definitiva los juicios de residencia de los funcionarios nombrados en España, los pleitos sobre Encomiendas de Indios superiores a mil ducados, las causas de contrabando y las apelaciones de la Casa de la Contratación.

¿Por qué mostrar el cuadro histórico en estos párrafos?, pues, simplemente, para señalar que desde siempre la función judicial tuvo paradigmas en las acciones que se podían realizar. La aplicación de la ley era el objeto central de los tribunales en sus variadas competencias, mientras que el bien común solo era mentas del poder político. Inclusive, después de la Revolución Francesa, se profundiza más la diferencia, sin tener demasiada influencia lo sucedido en Estados Unidos tras su propia revolución (con la influencia constitucional emergente), ni el famoso “*Marbury vs. Madison*” (que si bien abrió una importante brecha para la interpretación normativa no despejó la idea de que la función judicial es aplicar estrictamente la ley).

En suma, ni más ni menos que la reflexión pura de la desconfianza en los jueces que se nos transmite desde España, y que fue la fuente de inspiración de un sistema jurisdiccional que siendo el nuestro no respeta la idiosincrasia.

Al Juez americano se le confiaron demasiadas cuestiones, y ello se recepta en los mecanismos constitucionales que los convierte en fiscales de la supremacía constitucional; también son magistrados de equidad resolviendo según su leal saber y entender aunque no se aplique ciegamente la ley; son tutores de la legalidad administrativa y valuartes de la seguridad jurídica que reclama el debido proceso sustancial.

Por eso, con tal cuadro de situación ¿es posible pensar que el juez americano debe aplicar la ley sin previa interpretación?; no es mejor recapacitar que nuestros jueces tienen la virtud de erigirse, por sus potestades naturales, en agentes del cambio social haciendo y creando el derecho para una sociedad que reclama por valores y ejemplos.

En definitiva, sin perder la imparcialidad que es la unción de su confianza, el Juez está llamado a cumplir un oficio diferente al acostumbrado, tal como veremos en los párrafos que siguen.

El papel asignado al juez en la moderna sociedad –dice Ruiz Pérez– se aparta de las rigideces de la concepción que venía siendo tradicional. Hay que tomar posición entre aquellos dos puntos radicales y distantes: el que lo sitúa alejado y libre de influjos de la comunidad en que vive, preservado de toda contaminación al aplicar estrictamente la ley, y el que, a través de la concepción del conflicto social, lo considera particularmente sensible a las reivindicaciones de los más débiles, convertido en instancia de estos frente a las clases privilegiadas y al poder, siempre arbitrario y opresor. Entre ambas, está el juez sometido a la legalidad, pero integrado en la sociedad y partícipe de sus aspiraciones y de las valoraciones vigentes en su tiempo.

3. BREVES APUNTES SOBRE LAS TEORÍAS DE LA JURISDICCIÓN

Las teorías elaboradas sobre la naturaleza jurídica de la jurisdicción subrayan por lo general dos facetas: aquellas que analizan el aspecto puramente *subjetivo* de la cuestión, pretendiendo deducir de sus conceptos el servicio que presta la institución; y otros que prefieren desarrollar los contenidos *objetivos* de aquella, expuestos a partir de quienes la cumplen, sosteniendo en síntesis que la jurisdicción la expresan los jueces y se manifiesta con sus sentencias.

En realidad, las posiciones sustentan criterios acordes con la época cuando se exteriorizan, siendo claro que en un primer momento la ciencia procesal abordó el dilema jurisdiccional en la perspectiva de la tutela asistida para los derechos de los particulares, y como una descripción del fenómeno que por esos tiempos (siglo XIX) importaba el concepto de acción.

Luego vendrán los planteos sobre la preeminencia o preexistencia del derecho de fondo antes que el derecho procesal, o viceversa; para culminar en esta etapa con la noción sociológica que permite desenvolver al proceso como procedimiento para solucionar conflictos.

Estas primeras estaciones son las que germinan una ciencia nueva que, conseguida en los albores del siglo XX, desplaza el interés hacia los organismos que van a desdoblarse las potestades jurisdiccionales, y esencialmente, en la determinación de cuáles serán las principales funciones: *actuar la voluntad de la ley; proteger los derechos sustanciales; crear el Derecho por la sentencia*, etc. De este modo las orientaciones asumen perfiles que analizan el problema de la función jurisdiccional en la medida de los actos que realizan.

Por una vertiente asoman las teorías subjetivas que entienden al proceso civil como una herramienta al servicio de los intereses de los particulares. Desde esta perspectiva se elabora la noción de proceso como lucha entre partes y donde aparece Carnelutti edificando una corriente propia con su teoría de la litis.

La hora signaba una preocupación esencial, cual era mostrar la importancia del Estado como organizador de la convivencia armónica en base a un conjunto de disposiciones normativas orgánicas, que diferenciaban roles singulares cuando atendían al conjunto de la sociedad, o bien, al resolver conflictos entre conductas antagónicas.

De una parte se concreta la objetivación del ordenamiento jurídico; por otro, la identificación de la jurisdicción como una de las funciones del Estado.

Claramente lo dice Ramos Méndez: “Por una lado, frente al derecho subjetivo de los particulares, centro de atención de todas las teorías de la acción, se constata la existencia de las leyes que tienden a ordenar la conducta jurídica de los individuos. Estos son como el baremo que prevé con carácter general las actividades posibles de todos ellos, estableciendo su regulación conforme a derecho, su modo de devenir jurídicamente. Por otro lado, se distinguen en el Estado diversas funciones, cada una con una misión específica. Con toda facilidad se identifica la función del Estado que crea las normas jurídicas con validez general: la legislación. A las otras dos funciones, jurisdicción y administración, no les incumbe sino aplicar la norma al caso concreto, cada uno dentro de su específico cometido y según sus particulares modos de proceder”.

La proposición se reduce a reconocer en los jueces un verdadero *poder delegado*, que recibe del Pueblo para que le resuelva sus controversias; que al mismo tiempo constituye un *deber* de prestación que se concreta en dictar sentencias, porque de no hacerlo se deniega justicia a quien le encomendó esa tarea.

Conocido que la jurisdicción es un poder-deber sostenido en un monopolio o exclusividad mentado como atributo de la soberanía, resta saber para qué sirve.

Al respecto existen dos corrientes principales, sin perjuicio de las variaciones precedentemente expuestas: a) *resuelve conflictos o controversias*; o bien, b) *actúa el derecho objetivo*.

Pero tal división exagera las funciones, porque es evidente que se puede solucionar el caso aplicando la ley pertinente. El problema, entonces, surge cuando el juez tiene que hacer una opción porque el derecho positivo le parece injusto, o porque resolviendo fuera del mismo pueda considerarse arbitrario.

Tenemos por cierto que el ejercicio de la actividad jurisdiccional emana de la misma necesidad de conciliar intereses en una sociedad civilizada. Si antes la figura del *pater familias*, el jefe del clan, el anciano regidor, etc., era de simple pacificador entre individuos con aspiraciones contrapuestas, en la actualidad se privilegian fines específicos de prevención a partir de un ordenamiento jurídico determinado; y de represión tendientes a penetrar en la causa del desvío procurando restablecer el orden primitivo.

Si fuera entonces finalidad de la jurisdicción resolver conflictos o controversias, encontraríamos una gran zona de actuación judicial que no ingresa en el terreno de la mera composición.

A su turno, si fuese de actuación del derecho objetivo, sería forzoso trazar distancias con los otros poderes del Estado que también aplican en su campo normas sustanciales.

Basados en la garantía fundamental que establece la jurisdicción en el concierto de los poderes del Estado se impone considerar la protección suprema que esa atribución significa, de modo tal que la tésis esencial de la *jurisdictio*, no sea tanto la de aplicar el orden jurídico preestablecido, como sí tomar el valor y respeto que esas normas ponderan al conjuro de un cuerpo jurídico superior.

De esta forma, a la jurisdicción no sólo cabe aplicar las leyes, sino controlar su constitucionalidad y fiscalizar la legalidad de los actos administrativos. Este sería el verdadero contrapeso del Poder Judicial, en el equilibrio pensado para los poderes del Estado.

Tomadas estas responsabilidades, siempre presentes en todo tipo de procesos, es natural concluir que el juez americano tiene actividades más amplias que el Europeo.

Una vez más se observa que mientras nuestros tribunales dinamizan las tres funciones al unísono; en Europa se condiciona y limita el oficio de acuerdo al sistema constitucional y al mecanismo procesal propio de cada proceso (es distinto el obrar en sede administrativa, respecto al tribunal constitucional, o cuando en los procesos particulares se enjuicia con la ley especial del caso).

¿Es mejor uno sobre el otro? La respuesta es esquivada, al no ser manifiestamente expresivo que la eficacia sea elocuente para alguno; es más, en algunos sectores como la justicia constitucional, la tendencia a limitar el acceso a los Tribunales Constitucionales europeos se tomó de requisitos o presupuestos del sistema difuso (caso concreto, petición de parte, actualidad del perjuicio, etc.); mientras que los americanos, ante la crisis del Estado de Derecho, echó mano a la jurisdicción concentrada en varios lugares del continente.

4. LOS PODERES DEL JUEZ

Antes de continuar es menester aclarar que la tendencia a dar al juez más posibilidades de actuar discrecionalmente, para evitar por ejemplo una ley procesal mezquina (cuando su aplicación sea puro ritualismo), o para interpretar las normas sustanciales dándole el sentido de justicia que al dictar sentencia exprese, no significa alentar que la propia función jurisdiccional sea hecha *ex lege* o *contra lege*; todo lo contrario, se trata solamente de fomentar un sentido donde coincida la seguridad y la justicia.

Hemos hablado –dice Ruiz Pérez– de ley y de justicia, relacionándolas con la sociedad. Pero el epicentro de la administración de justicia, su verdadero protagonista, es el juez. Por la extensión e importancia de sus funciones, constituye la figura clave dentro de la maquinaria judicial. Su condición de jurista y de dispensador de justicia permite la ordenación equitativa de la convivencia. Por esta razón, la constante sociológica del juez es la de ser un factor de equilibrio en la comunidad en que vive; promueve la lucha contra la desarmonía y la injusticia e impone un orden dinámico para la pervivencia del derecho, como medio de instaurar la justicia, con lo que puede garantizarse a cada uno lo que de cada uno es.

La polémica se instaura en las potestades que tiene el juez cuando se enfrenta a la diatriba de su función: *¿aplica a ciegas la ley que es injusta?* En este caso, la respuesta es simple: NO, porque tiene la posibilidad de interpretar toda norma cuyo empleo se solicita y adaptarla con las finalidades constitucionales.

¿Puede vulnerar algunos principios cuando el caso lo exige? Aquí la solución es más difícil, y abre sendas y alternativas de improbable conciliación.

Algunas veces, cuando se trata de superar el obstáculo que significa una norma procesal (v. gr., la prueba documental se debe acompañar con los escritos constitutivos del proceso) no hay tanto dilema, porque la verdad puesta como norte impide desconocer una realidad palpable. Los ejemplos del exceso ritual manifiesto son suficientes para demostrar la afirmación.

Otras son más cuestionables: *¿puede ser resuelta una pretensión sobre la base de una prueba que el juez haya obtenido de su propia actividad?* También en esto nos hemos pronunciado por la afirmativa, porque la adquisición de la prueba no es el producto de quien la ofrece o la produce, sino del interés en obtener un grado de certeza suficiente para arribar sin conflictos a una sentencia justa.

Algunas circunstancias son gravemente criticadas, como sucede con las resoluciones dictadas en la denominada *tutela de urgencia*, donde la bilateralidad se posterga (algunas veces, directamente no existe) y el derecho a la contradicción se elude amparado en la necesidad de actuar oportunamente.

En líneas generales, el trance sucede con dos tendencias, bien sintetizadas por Vallespín Pérez: Un proceso privado de formas y abandonado a los criterios del juzgador comporta graves peligros en orden a conseguir el respeto inescrupuloso de la igualdad de las partes en el proceso. De igual modo, un proceso sustentado básicamente sobre la iniciativa de las partes, formalmente muy elaborado, da lugar a la dilatación del proceso y a la aparición de sentencias basadas en circunstancias forzadas o, en todo caso, no coincidentes en su totalidad con la realidad.

¿Es constitucional la sentencia que no escucha a una de las partes? La contrariedad a zanjar estriba en el desplazamiento de una regla clásica y estereotipada del debido proceso. Inclusive, se ha repetido al hartazgo que se viola el derecho de defensa en juicio cuando se dicta un pronunciamiento sin oír a una parte, ni darle oportunidad para hacerlo.

Sin embargo, la tutela cautelar admite postergar el contradictorio y nadie duda de la constitucionalidad de las medidas precautorias; las que actualmente se han instalado en el terreno abonado por la *eficacia procesal* amparado en la necesidad de una tutela judicial segura y continua.

No obstante, algún cono de sombra proyecta la reforma procesal española al incluir un sistema de audiencia previa, con carácter general, para disponer una medida cautelar; aunque a renglón seguido tolera la procedencia “*inaudita pars*” en el régimen tradicional.

Dice Vallespín Pérez que, en uno y otro caso, se respeta el principio de contradicción, hoy integrante del modelo constitucional de proceso justo, aunque en

el primer caso se trataría de una audiencia previa a la concesión, y en el segundo de una contradicción diferida (inversión del contradictorio), pues la oposición a la adopción tendrá lugar en el plazo y forma fijados en los arts. 739 a 742 de la nueva LEC.

La crisis mayor asienta en las denominadas *medidas autosatisfactivas* donde se resuelve sin escuchar y de manera definitiva, al ser medidas que se agotan al concretarse (v. gr., examen de los libros por el socio –art. 781, CPC argentino–).

En otra obra sostuvimos que estas resoluciones no son medidas cautelares, aunque se les parecen; se trata de medidas urgentes que resuelven sobre la urgencia y la verosimilitud del derecho, impidiendo que el respeto por las formas postergue una decisión que, siendo provisoriamente estimable, se anularía en su eficacia si se dictara tardíamente. Y será tardía, cuando los tiempos del proceso se cumplen en su deleznable mezquindad y sofisma (no olvidemos que los plazos del Código, sumado a la contradicción necesaria, lleva a que 48 hrs. se puedan convertir en una semana, o 10 días en un larguísimo mes). Estas tutelas urgentes tienen variables: a) sentencias anticipadas; b) medidas autosatisfactivas; ambas responden a este esquema de urgencia, que el garantismo resiste atacándolas por inconstitucional. Dicen que, al no respetar la bilateralidad y la contradicción, no respetarían el debido proceso.

Pero, como ya se dijo, el proceso constitucional no es solo defensa en juicio, sino antes que todo, proceso útil y efectivo (no utilitarista, ni concreto, sino confiable y eficaz).

En todas las presentaciones surge como hecho a resaltar, el activismo que a los jueces se reclama y que propician el llamado "*decisionismo judicial*", que tantas resistencias provoca.

Lo cierto es que nuestros jueces no están animados a un cambio tan grande, pese al clamoroso pedido de la sociedad que los pone en la vanguardia de una resistencia a la opresión.

Si queremos actuar con cautela será preciso armonizar las funciones con las posibilidades que el cuadro fundamental de las garantías otorga. Ello se nutre de los Tratados y Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos, que por su esencia trascienden los acuerdos entre partes y las singulares conveniencias; después se integra con los principios y garantías constitucionales, y se acompaña con las leyes que van implementando las nuevas consignas.

Efectivamente se ha abierto un espacio de investigación sobre los problemas prácticos del derecho judicial, donde el jurista práctico, el legislador, el docente, y los jueces suelen diferir en los enfoques aunque coincidan en el diagnóstico

del caos y la asolación. Hay una realidad sociológica que no puede evitarse, porque muchos paradigmas no son tales, como tener a la ley como voluntad suprema del Pueblo; o que el juez es el equilibrio en la distribución del Poder; o bien, que la Administración es independiente del poder legislativo; así, como muchos desatinos más que se repiten como verdades inciertas.

Bien dice Lavilla que, la función de control no se ejerce para hacer frente a los ataques a la Constitución procedentes del poder mismo; actos a los que, en principio y hasta que no se produzca la decisión del órgano que tiene encomendada la función de control, hay que reputar lícitos por haber sido adoptados con arreglo al procedimiento legal al efecto establecido y por no contravenir, desde el punto de vista material, la legalidad ordinaria.

5. FUNCIONES QUE AUTORIZA EL DERECHO TRANSNACIONAL

Las facultades del juez en el proceso pueden ser estudiadas desde la plataforma sencilla de los principios y presupuestos procesales, de manera que se concreten las reglas de dirección material, el control disciplinario, el orden y la regularidad de los trámites, las potestades para usar la fuerza legitimada por el poder jurisdiccional, etc.

En este campo se exponen las polémicas sobre la interpretación entre “autoridad” y “autoritarismo” en el proceso; la iniciativa probatoria del juez; los efectos y alcance de principios como el dispositivo, o el de economía procesal, o bien para resolver los límites objetivos y subjetivos de la cosa juzgada. Son temas y cuestiones de larga data y profusa bibliografía, donde hemos opinado a lo largo de este libro y a esas partes remitimos.

Otra visión se puede adoptar desde la finalidad, o la misión propiamente dicha que tienen los jueces en la sociedad. Aquí deben circunscribirse algunos puntos cruciales en el debate; por ejemplo, ¿cuáles son las fronteras que se pueden cruzar en busca de la verdad?, ¿tiene que ser siempre el juez quien dirija todo el procedimiento?, ¿no es diferente la acción que se realiza en un proceso constitucional respecto a uno civil, o penal?

En este último tramo es donde colabora la interpretación jurisprudencial y consultiva del sistema interamericano de derechos humanos, al corresponder las garantías judiciales previstas en el art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica, con el art. 25 del mismo cuerpo legal que clama por un “recurso sencillo y eficaz”.

Lógicamente, a los fines de deducir nuevas reglas, la noción de *recurso* no se puede seguir desde el plano procesal: no se refiere el art. 25 a un medio de

gravamen o a un mecanismo de impugnación; sino a una vía siempre disponible para reclamar por los derechos humanos que se consideren violados (v. gr., recuérdese que en los estados de emergencia siempre será valedero el amparo y el hábeas corpus); la sencillez se relaciona con lo simple, que sea comprensible, adaptado a la urgencia de la pretensión, sin ritualismo ni solemnidades, es decir, en pocas palabras, un proceso que consiga ser eficaz en base a la confianza que surja de sus propios postulados.

La actuación judicial competente es vital para lograr resultados satisfactorios, porque, en definitiva, la justicia la hacen los hombres y no las leyes ni los principios.

Ahora bien, ¿cuáles son las misiones que se pueden explicar?

En líneas generales, el primer objetivo es superar las rigideces técnicas; evitar que las solemnidades del acceso condicionen la lectura de pretensiones viables que podrían ser entorpecidas por requisitos de legitimación; saber qué pasó en los hechos que se le plantean como casos controvertidos, con el fin de alcanzar la verdad; asumir que hay reglas tradicionales como la bilateralidad y la contradicción que en algunos procesos, como los constitucionales, se desplazan o aminoran; en suma, un juez comprometido con la sociedad donde vive y que lo quiere participe de sus necesidades y concluyente con sus reclamos.

6. EL JUEZ DEBE SUPERAR RIGIDECES TÉCNICAS

El proceso judicial tiene una lógica interior que es respetable y afirma en el modelo dispuesto una construcción para la seguridad jurídica. Quien conoce las reglas se somete a ellas con el fin de tener un sistema donde debatir en igualdad de condiciones y oportunidades.

Lo que el debido proceso no quiere es que las formas se conviertan en rituales que constituyan una finalidad en sí mismas. Las solemnidades están al servicio de los derechos sustanciales y se han de adaptar con flexibilidades razonables al espíritu de usar el proceso para lograr justicia en el caso concreto.

Esta idea aflora desde hace largo tiempo en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de manera que no se puede poner de manifiesto como una regla nueva. Tan solo confirma una tendencia que instala un deber de la jurisdicción.

Sin embargo, hay otra tendencia que en lugar de potenciar las facultades del juez persigue despojarlo de la tarea de administración procesal, dejando en manos

de un funcionario delegado toda la actuación procedimental, de manera que los formalismos se cumplan ante él, permitiendo, entonces, que el juez dicte sentencia en forma oportuna y liberado de compromisos.

La posibilidad se afirma partiendo de la base de sostener que, en toda Europa los tribunales están desbordados de trabajo. Desde hace algunos años, la creación de un Tribunal europeo de primera instancia, además de la Corte de Justicia, prueba que en el ámbito del orden judicial europeo de la UE, *sensu stricto*, se están buscando soluciones para hacer frente a una creciente presión de trabajo y a una demanda de especialización.

El Consejo de Europa, que ha estudiado el problema, ha sugerido en la Recomendación R(86) 12, evitar un aumento del volumen de las tareas no judiciales de los jueces y su reducción progresiva (en ciertos supuestos) confiando estas tareas a otras personas y otros órganos. En un anexo a esta recomendación se enumeran varios ejemplos de tareas de las que podrían descargarse a los jueces, teniendo en cuenta las características de cada país (cambios de nombre, reconocimiento de la paternidad, actas y registro de estados civiles...).

La “*Europäische Union der Rechtspfleger*” (EUR) se ha tomado esta recomendación muy en serio y se ha puesto manos a la obra en la redacción de un estatuto modelo para el Jurista/Secretario de Juzgado europeo. Para incrementar la eficacia de los tribunales y garantizar a los ciudadanos que los juicios se celebrarán en un plazo de tiempo razonable, propone la creación de una especie de órgano judicial independiente: el “*europäische Rechtspfleger* (jurista/ secretario de juzgado)”. Este dato debería retomarse en la legislación de cada país, de manera que las disposiciones legales puedan regular la transferencia de ciertas tareas judiciales, por ejemplo, las que atañen al derecho de familia, al derecho de sucesión, a la ciudadanía, a la imposición de multas, a la presentación de testigos, a la administración judicial... a estas nuevas instancias.

El EUR se ha inspirado, de hecho, en los modelos existentes en Austria y Alemania, casi desconocidos en otros países. Él “*Rechtspfleger*” es un órgano de la Justicia que se sitúa entre el juez y el secretario de justicia. Él o ella no son magistrados, sin embargo, descarga al juez de una serie de tareas cuyas leyes de procedimiento prevén que normalmente pertenecen a la competencia. Con esta finalidad, convendría plantearse el tema, si procede, incluso la posibilidad de transplantar el modelo alemán y austriaco a otros países, teniendo en cuenta las diferentes culturas del derecho existentes en Europa.

En efecto, entre muchos otros casos que admiten clasificarse según la materia atendida, se afirma que debe dejarse sin efecto la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires que no hizo lugar al recurso de inaplicabilidad

de ley interpuesto por la actora contra la decisión que no admitió la suspensión del plazo de prescripción, por considerar que la omisión por el tribunal de grado inferior de considerar un documento agregado a la causa, remitía al examen de una cuestión de hecho y prueba y a la determinación de la eventual existencia de absurdo, cuya apreciación le estaba vedada por no haber señalado el apelante el precepto legal que regla la tarea axiológica del juzgador. Ello así, pues al desconocerse los efectos de un telegrama a los autos y considerarse el a quo impedido de resolver la eventual transgresión del art. 3986 del Código Civil, por la circunstancia de no haber alegado el recurrente la configuración del absurdo, consagra un exceso ritual manifiesto con menoscabo de la verdad jurídica objetiva (CS, 1986/04/10, “*Baracco de Perdome, María del Carmen y otro c. Banco del Acuerdo, S. A.*”, La Ley, 1987-A, 490).

En el caso se advierte cómo afecta el derecho de defensa, una técnica requerida en la presentación del recurso extraordinario local.

En sentido similar se dice que, debe dejarse sin efecto la sentencia que rechaza la demanda de daños y perjuicios promovida por la actora a raíz de la muerte de su hijo, en ejercicio de la opción que prevé el art. 17 de la Ley 9688, fundándose el fallo en que el trabajo que se había encomendado a la víctima consiste en la poda de árboles, no era una tarea riesgosa, susceptible de comprometer la responsabilidad de la empresa demandada en los términos del art. 1113 del Código Civil. Ello así, pues no obstante haber admitido el pronunciamiento que la muerte por electrocución del obrero se había producido al cumplir éste la orden recibida de la accionada de podar las ramas de un árbol que rozaban una línea eléctrica de alta tensión, omitió luego el tribunal computar debidamente esta última circunstancia y, por otra parte, es irrazonable la decisión del a quo de abstenerse de analizar lo referente a la culpa patronal porque tal cuestión dice que no integró la litis, ya que al proceder de ese modo incurre en un exceso ritual manifiesto y se aparta de las constancias de la causa por lo cual el fallo no satisface el requisito de validez de las sentencias judiciales de ser derivación razonada del derecho vigente con aplicación a los hechos comprobados de la litis. (En disidencia el ministro doctor Martínez Vivot, considera improcedente el recurso extraordinario por remitir la sentencia al análisis de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, no revisables en la instancia de excepción, no obstante la tacha de arbitrariedad invocada (CS, 1983/11/03, “*Burgos de Casimiro, Julia c. Kocourek, S. A.*”, La Ley, 1984-B, 64).)

Aquí el formalismo sucede al aplicarse la regla de aplicar la prueba legal sin interpretar el contexto, de manera que se afecta con evidencia elocuente, la realidad afrontada para ser resuelta sobre la base de un principio formal pero carente de lógica racional.

En otras oportunidades, la rigidez técnica puede conducir a situaciones irremediables que deben admitir elasticidades que impidan consagrar una auténtica injusticia. Es verdad que las reglas dicen una cosa, pero la razón lleva a caminos alternativos.

Así fue “*leading case*”, el pronunciamiento que sostuvo que el carácter limitativo de las excepciones en los juicios ejecutivos no puede llevarse al extremo de consagrar un exceso ritual manifiesto, incompatible con el ejercicio del derecho de defensa, lo que ocurriría –en el caso, en el que está en juego la vivienda del deudor y su familia– si se privase a la deudora de la posibilidad de alegar las modificaciones cambiarias y los remedios legales conducentes a paliar sus efectos, sin otro fundamento que la mera aserción dogmática señalada, ineficaz para excluir el análisis de los planteos atinentes a la teoría de la imprevisión y al ejercicio regular de los derechos (CS, 1983/03/08, “*Burman, Leonardo c. Alvarez, Joaquín*”, La Ley, 1983-B, 445 - JA, 983-II-446 - ED, 103-651).

A veces el formalismo se expone en cuestiones simples y exageradas en las consecuencias que provoca. Por eso, existe exceso ritual manifiesto en el pronunciamiento que rechaza la queja por falta de copias de la resolución recurrida, de las actuaciones que dieron lugar a ella, y otros recaudos, si las circunstancias que por ello dice desconocerse el a quo surgen con claridad del escrito en que aquélla se dedujo (CS, 1982/06/29, “*Caja Federal de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c. Saravia, Juan C.*”, Fallos, 304-950).

También, debe dejarse sin efecto la resolución que incurre en arbitrariedad por exceso ritual manifiesto –en el caso, la que rechaza el pedido de que se fije nueva audiencia para recibir la declaración a un testigo propuesto por la defensa que no pudo prestar su testimonio por motivos de salud, si aquél era decisivo para esclarecer el hecho investigado–, pues tal situación configura una lesión al derecho de defensa del imputado –art. 18, Constitución Nacional–, toda vez que se otorga primacía a ritos caprichosos sobre la verdad jurídica objetiva (CS, 2000/03/21, “*D., E. E. y otro*”, La Ley, 2000-C, 872, con nota de Augusto M. Morello - DJ, 2000-2-948).

El tiempo es producto de numerosas observaciones, donde se señala que razones de justicia y equidad hacen que no deba incurrirse en un exceso ritual manifiesto, con directa violación del derecho de defensa, frustrando una justa expectativa del litigante, en desmedro de la verdad objetiva, frente a la exigüidad de la demora de presentación del recurso –cinco minutos–, haciendo excepción, dadas las particularidades del caso –una indisposición de salud del presentante– a los principios de perentoriedad de los plazos procesales –art. 155, Código Procesal– y de extemporaneidad– (del voto en disidencia de los doctores Moliné O’Connor y Fayt) (CS, 1996/10/22, “*Duarte Meira, Enrique M. c. Dirección Gral. Impositiva*”, La Ley, 1997-B, 112 - DJ, 1997-1-504).

Con más precisión se busca que las formales procesales tengan un sentido útil antes que razonarse como pura técnica, por tanto, la nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, porque cuando se adopta en el solo interés del formal cumplimiento de la ley, importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia (CS, 1988/08/11, “*Fiscal c. Soto, Waldo R. y otros*”, La Ley, 1989-B, 610, J. Agrup., caso 5950).

Donde la temática queda de manifiesto claramente es con la apreciación de la prueba, que siendo posible reflejar con ella una verdad revelada, se deja de lado por la oportunidad o el tiempo cuando se introduce al proceso.

Se ha dicho que corresponde dejar sin efecto la sentencia que –omitiendo considerar que dentro del sobre de reserva de la documental se encontraba el acta de nacimiento que acreditaba el vínculo de filiación invocado– rechazó el reclamo indemnizatorio por falta de prueba de la relación de parentesco con la víctima del accidente. Ello así, pues tal resolución supone interpretar el proceso como un conjunto de formas desprovistas de sentido y una renuncia consciente a la verdad jurídica objetiva en orden a un hecho decisivo para la solución del litigio, lo cual configura un exceso ritual manifiesto incompatible con el adecuado servicio de justicia que garantiza el art. 18 de la Constitución Nacional (CS, 1983/07/26, “*Virardi de Moreno, Josefina N. y otro c. Fernández, Segundo F.*”, Fallos, 305-944).

En síntesis, la doctrina de la Corte sobre el exceso ritual manifiesto exige –para su aplicación– que el sometimiento a las normas procesales signifique prescindir de la finalidad última que las inspira.

7. EL JUEZ DEBE ATENDER LAS SITUACIONES DE URGENCIA

El segundo paso a dar es más riesgoso, pero la aventura tiene justificativos porque se funda en resolver sobre la angustia y el derecho a una decisión pronta que llega a la justa composición del conflicto, aunque no se cumplan las etapas y formalidades propias de las reglas del contradictorio.

La eficacia de la jurisdicción autoriza en el marco de las normas transnacionales, asumir con valentía este tipo de providencias que toman el nombre de *tutela urgente en el proceso*.

Explica Peyrano que la tutela de urgencia o “proceso urgente” reconoce en la actualidad tres tipos de mecanismos diferenciados entre sí: las medidas cautelares, las medidas autosatisfactivas y la tutela anticipatoria.

Importa destacar –agrega– que ya Denti señalaba que la tutela de urgencia constituye un atributo fundamental de la función jurisdiccional, atributo que es un servido idóneamente por los tres precitados de “proceso urgente”. Acontece que en otros países la circunstancia de contar como única solución de urgencia general con la medida cautelar, revirtió en que se “desfigurara” a la misma para dar respuesta a las necesidades insatisfechas por el perfil ortodoxo de lo precautorio. De alguna manera al obrarse de tal modo quizá se transformó a la tutela cautelar en una suerte de técnica de sumarización en miras a remediar la falta de efectividad del procedimiento ordinario.

Los modelos dispuestos parten desde la *autonomía de las medidas cautelares*, evitando que éstas sean únicamente un soporte provisional de una eventual sentencia de condena.

Hay veces que una precautoria resuelta oportunamente puede evitar conflictos posteriores (v. gr., secuestro de la cosa reclamada), o ser fuente de negociaciones inmediatas que solucionan la crisis por medios alternativos diferentes al proceso.

Por ejemplo, la posibilidad que tiene toda persona afectada por una situación de violencia familiar para solicitar una tutela judicial urgente de carácter sustantivo requiere de la concurrencia de los siguientes presupuestos: 1) un comportamiento lesivo, 2) un daño injusto, 3) relación de causalidad entre la conducta y el daño y 4) la atribución del hecho a una persona (T. Familia, Formosa, 1998/09/04, “V., D. E. c. E. G., E.”, LL Litoral, 1999-70). De este modo, un accionar oportuno evita la continuidad del daño y actúa preventivamente.

Pero no se agota en el modelo cautelar la insistencia por conseguir una justicia oportuna y efectiva.

Las *sentencias anticipadas* son un remedio experimental que, actuando amparada en lo contextual y evidente, admite dictar un pronunciamiento inmediato apenas contestada la demanda o transcurrido el plazo para hacerlo.

Algunos sostienen que es necesario efectuar una petición concreta en tal sentido y que ella sea sustanciada con el fin de garantizar el principio de bilateralidad y el derecho a la contradicción. Nosotros creemos que la bilateralidad ya se consolidó con la contestación, de manera que entra en la órbita de la función jurisdiccional asumir –inclusive de oficio– el dictado de una sentencia inmediata.

Peyrano, teniendo presente el modelo brasileño, dice que existen cuatro presupuestos: a) prestación de contracautela; b) que los efectos de la resolución anticipatoria sean fácilmente reversibles, lo que viene a explicar el hecho de que

no se acepte que su dictado pueda involucrar transferencias de dominio; c) prueba inequívoca de la atendibilidad del planteo del requirente. No basta con una simple verosimilitud siendo, en cambio, menester una fuerte probabilidad de que la posición del requirente sea la jurídicamente correcta; d) la concurrencia de una suerte de plus por sobre el “peligro en la demora” corriente en las demoras cautelares. En efecto, aquí se exige, además, la existencia de una situación conexa que aqueje al requirente (riesgo de sufrir un perjuicio irreparable o de difícil reparación o la circunstancia de que resulte víctima de un abuso de derecho de defensa por parte de la contraria).

La idea es que actividad judicial no se agote en la solución de la litis, cuando la realidad de los hechos indica que se deben adoptar, oficiosamente, medidas que, aunque “*stricto iuris*”, alteren el principio dispositivo y el de congruencia, quedan autorizadas por la misión de prevenir el acaecimiento o la repetición de daños probables.

Por ello, se cuenta entre las atribuciones judiciales e implícitas que debe ejercer el juez con responsabilidad social. En este aspecto, se ha dicho que la organización empresaria de servicios sociales, incluida la atención de la salud de las personas, crea la necesidad de una activa vigilancia y contralor por parte del poder público. Las relaciones jurídicas que derivan de este tipo de contratación colectiva rebalsan el ámbito del derecho privado y se proyectan con fuerza creciente en la satisfacción de necesidad comunitarias, que comprometen el orden público y social. Es misión de los jueces analizar con cuidado el estricto cumplimiento de los derechos y obligaciones emergentes de este tipo de contradicción masiva y, en especial, la “burocratización” del quehacer médico, que puede comprometer la vida o integridad física de los beneficiarios (CNCiv., Sala D, 1979/08/23, “*Cerquetti, Albino P. c. Cruz Azul, S. A.*”, JA, 979-IV-663 -ED, 86-511).

Igual criterio se sigue cuando se afirma que, dado que media certeza provisional del derecho a indemnización invocado en la demanda así como respecto del daño causado por lucro cesante a los actores, corresponde hacer lugar a la medida cautelar innovativa solicitada y otorgar el anticipo provisional de la indemnización de daños y perjuicios, sin que ello importe prejuzgamiento alguno y al solo efecto de la tutela urgente pretendida (CNCiv., Sala F, 2000/05/10, “*Elías, Julio y oros c. G.C.B.A.*”, JA, 2000-IV-520).

Aquí se agrega que, la medida cautelar innovativa peticionada –anticipo de indemnización por daños y perjuicios– configura la llamada “tutela anticipada”, cuya finalidad estriba no en asegurar el objeto del proceso o la eficacia de la sentencia, función típicamente cautelar, sino en adelantar total o parcialmente la pretensión contenida en la demanda cuando de la insatisfacción de tal pretensión urgente deriva un perjuicio irreparable.

Asimismo, la imposición de medidas precautorias, en los términos de la ley 24.417, no depende de la posterior iniciación de un proceso y no puede limitarse sólo a los supuestos en los cuales ninguna de las partes quiera separarse definitivamente, sino que deben analizarse para su aplicación que exista una situación de riesgo que requiera la tutela jurisdiccional de forma urgente (CNCiv., Sala F, 1999/08/13, “*N., M. P. c. N., E.*”, ED, 188-57).

Inclusive, en materias propias de una legitimación difusa, el deber de prestación jurisdiccional tiene un deber de comportamiento social o de “acompañamiento” en el conflicto, donde el juez también es parte indirecta.

Por ejemplo, si hoy el derecho a un ambiente sano y equilibrado, apto para el desarrollo humano, está constitucionalmente garantizado para todos los habitantes y para las generaciones futuras (art. 42, Constitución Nacional), el mandato preventor brinda la solución jurídica adecuada y habrá de tenerse en cuenta que la misión de prevenir el acaecimiento o la repetición de daños probables se cuenta entre las atribuciones implícitas que debe ejercitar el juez con responsabilidad social de hogaño (C. 1ª Civ. y Com., La Plata, Sala III, 1995/02/09, “*Almada, Hugo N. c. Copetro S. A. y otro; Irazu, Margarita c. Copetro S. A. y otro; Klaus, Juan J. c. Copetro S. A. y otro*”, LLBA, 1996-46 - JA, 1995-IV-175).

Donde más riesgos se corren, es con las llamadas “*medidas autosatisfactivas*” que significan resolver sin oír a la parte contraria que afectará la decisión a tomar de inmediato. Como con la sentencia se cumple el objeto de la pretensión perdiendo sentido una revisión posterior, al ser irreversible, se ha sostenido la inconstitucionalidad de las providencias de este tipo.

La medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar, que se ordena en circunstancias extremas, por la que se procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial.

Posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no depende de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal.

Por ejemplo, una acción de amparo con medida cautelar innovativa tendientes a que una obra social provea un marcapasos definitivo a uno de sus afiliados con problemas cardíacos se puede encuadrar procesalmente como medida autosatisfactiva si existen riesgos serios para la integridad psicofísica de aquél, agotando la prestación médica reclamada con su eventual acogimiento.

Aunque no exista regulación legal de la medida autosatisfactiva, resulta procedente su acogimiento por cualquier carril procesal que se considere pertinente,

pues de lo contrario se desoiría el mandato constitucional que otorga a los particulares el derecho a obtener una respuesta expedita por parte del órgano jurisdiccional.

La acción no está legislada en el ordenamiento procesal de la Provincia de Buenos Aires pero encuentra su fundamento legal en el art. 15 de la Constitución provincial, que asegura la tutela judicial continua y efectiva y el acceso irrestricto a la justicia, como también en el art. 5º, inc. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto de San José de Costa Rica (del voto en disidencia de la doctora Zampini) (C. 1ª Civ. y Com., Mar del Plata, Sala II, 2002/03/26, "*Berlingieri, Fernando c. Sociedad Militar de Seguros de Vida*", LLBA, 2002-julio, 836 - LLBA, 2002, 836).

La Corte Nacional ha admitido la nominación y admite que es competente la justicia federal para conocer en la medida autosatisfactiva interpuesta por la titular de una concesión a fin de obtener que la provincia demandada garantice la libre circulación y el tránsito en el corredor vial concesionado nacional, pues se encuentra afectada la prestación de un servicio público interprovincial que brinda la accionante, existiendo una interferencia en la satisfacción de un propósito de interés público federal, en un lugar sometido a la jurisdicción del Estado nacional (del dictamen de la procuradora fiscal que la Corte hace suyo) (CS, 2002/03/12, "*Caminos del Valle Conces. S.A. c. Provincia del Neuquen*", DJ, 2002/07/10, 738 - DJ, 2002-2, 738).

En otros fueros se afirma que, es procedente la medida autosatisfactiva tendiente a remover a la sociedad que administra un consorcio, si se interrumpió un servicio público –provisión de gas– debido a una deuda por tal concepto, no se abonaban aportes patronales ni la cobertura sobre riesgos del trabajo por todos sus empleados –lo que motivó dos ejecuciones fiscales– y existen pedidos de quiebra contra la sociedad y sus socios y cheques devueltos por falta de pago librados a su nombre (CNCiv., Sala K, 2002/06/20, "*Ríos, Daniel A. c. Administración Arenales Soc. de hecho*", DJ, 2002-2-842).

El significado que adquiere se explica al sostener que, la resolución que acepta la medida autosatisfactiva equivale a una sentencia de mérito de un proceso de conocimiento, por lo que no hay razones que justifiquen su denegación en base a que su acogimiento importa el dictado de una sentencia definitiva (C. 1ª Civ. y Com., Mar del Plata, Sala II, 2000/04/27, "*Rivas, Alejandra V. c. Banco Río de la Plata*", ED, 190-339).

Entre otros casos, se dice que es procedente también, en el caso que se recalifique una acción de amparo con medida cautelar innovativa por aplicación del principio *iura novit curia* –pedida a favor de una persona con problemas cardíacos para que su obra social le provea un marcapasos definitivo–, si existen

riesgos ciertos para la integridad psicofísica de aquél, constituyendo la prestación reclamada una verdadera “terapia límite”, por lo que de no acogerse esta medida, se estaría incurriendo en una omisión constitucional lesiva del derecho a la salud integral, el que debe garantizarse en forma amplia (J. Crim. y Correc. Mar del Plata, N° 1 - Transición, 2002/04/12, “V. R. O.”, LLBA, 2002-julio, 842 - LLBA, 2002, 842).

También cabe confirmar el otorgamiento en forma parcial de una medida autosatisfactiva tendiente a que se devuelvan a la actora sus depósitos bancarios en moneda extranjera, afectados por el denominado “corralito”, y con la finalidad de concretar una futura intervención quirúrgica y tratamientos especializados, dada la ausencia de aportación de elementos de convicción referidos a la cantidad de dinero requerida para atender sus necesidades (CNFed. Civ. y Com., Sala II, 2002/05/21, “Ramírez Silva, José R. y otros c. Banco de la Nación Argentina”, *passim*).

Asimismo responde ordenar la rehabilitación del beneficio de retiro por invalidez, dentro del marco tuitivo del derecho de la seguridad social, si quien peticiona la medida se encuentra en gravísimo estado de salud, por lo que la urgencia se configura por el carácter alimentario de la prestación y el desamparo respecto de la cobertura médica (C. Fed. Seg. Social, Sala II, 2002/03/12, “Cañibano, Roberto R. c. Nación A.F.J.P. - Nación Seguros de Vida S. A.”, DT, 2002-A, 1097, con nota de María Alejandra Guillot).

La medida autosatisfactiva –en el caso, a fin de otorgar una jubilación por invalidez– constituye una especie del género de los procesos urgentes, como las medidas cautelares, las resoluciones anticipatorias, el régimen del amparo y del hábeas corpus, tutelas diferenciadas que están caracterizadas todas por reconocer que en su seno el factor tiempo posee una relevancia superlativa, y cuya creación la Constitución Nacional no desalienta (JNFed. Seg. Social, N° 7, 2000/03/17, “Alonso, Hugo M. c. ANSES”, La Ley, 2000-E, 554 - DJ, 2000-3-608).

Se agrega que, hasta tanto se regule la medida autosatisfactiva –en el caso, a fin de otorgar una jubilación por invalidez–, puede fundarse su dictado tanto en la medida cautelar genérica, como una interpretación analógica extensiva de las disposiciones legales que expresamente regulen diversos supuestos que puedan calificarse como tales, pudiendo al respecto aplicarse analógicamente el Código Procesal del Chaco, donde se incluyó este instituto.

La amplitud de posibilidades se continúa con estas resoluciones: La declaración de existencia o no de dumping es una facultad administrativa que queda fuera del ámbito de determinación judicial, siendo improcedente la medida autosatisfactiva incoada que busca, en el caso, ordenar a distintos organismos del P.E.N. que implementen medidas a fin de limitar la importación de pollos de la

República Federativa del Brasil (C. Fed. Paraná, 1999/12/30, “*F.E.P.A. S.A. y otros s/ Medida Cautelar*”, RDM, 2000-2-269).

Además es improcedente como medida cautelar –en el marco de una acción de amparo a fin de obtener el restablecimiento de la normal prestación del servicio de agua– la provisión de agua mineral a escuelas y a sus respectivos comedores escolares en tanto no se identifica concretamente con el objeto pretendido, y antes bien tiene características propias de una medida autosatisfactiva que con su otorgamiento agotaría la pretensión (J. Civ. y Com., Bahía Blanca, N° 7, 1999/08/30, “*Larraburu, Dámaso c. Azuriz S. A.*”, La Ley, 2000-D, 401 - LLBA, 2000-590).

Es procedente también cuando, adaptando el procedimiento previsto por el art. 232 del CPCC de la provincia de Buenos Aires, tiende a evitar que una obra social deje de prestar su servicio a una niña oxigenodependiente por haber transcurridos los tres meses de cobertura obligatoria luego de producido el distracto laboral de la madre de la menor, hasta tanto el Ministerio de Salud provea lo necesario para preservar su salud integral (T. Familia Lomas de Zamora, 1999/05/21, “*S., M. I.*”, JA, 2000-II-393).

8. EL JUEZ DEBE CONOCER LA VERDAD DE LOS HECHOS

La función judicial no puede empeñarse en hacer justicia articulando un proceso que trabaje sobre ficciones. El deber de las partes para exponer la verdad de los hechos, se debe acompañar con el juez facilitando en la etapa probatoria los medios necesarios para adquirir certeza suficiente.

En lo expuesto podemos hacer remisión al capítulo respectivo de este libro, pero vale agregar lo dicho por la Corte Nacional, en el sentido de afirmar que, en el ejercicio de la función judicial no cabe prescindir de la preocupación por la justicia, pues es deber de los magistrados asegurar la necesaria primacía de la verdad objetiva sin que nada excuse la indiferencia de los jueces al respecto en la misión de dar a cada uno lo suyo (CS, 1981/08/11, “*Matadero Frigorífico Moderno Arnaldo Velardez, S. A.*”, ED, 96-358).

No podemos olvidar que, la función de los jueces, comprometida con la búsqueda de la verdad para adoptar decisiones justas, no puede limitarse a los elementos que le son suministrados por las partes y debe hallarse en permanente disposición de decretar y practicar pruebas de oficio, de evaluar y someter a crítica las allegadas al proceso y de evitar, con los mecanismos a su alcance, las hipótesis procesales que dificulten o hagan imposible el fallo.

Sucede que, la verdad material se encuentra por encima de los requisitos formales y la renuncia consciente a ella es incompatible con el servicio de justicia, pues nada excusa la indiferencia de los jueces respecto de la objetiva verdad en la misión de dar a cada uno lo suyo. Por ello, éstos no pueden prescindir del uso de los medios a su alcance para determinar la verdad jurídica objetiva y evitar que el proceso se convierta en una sucesión de ritos caprichosos (CNCiv., Sala F, 1997/07/01, “*Lázaro, Rodolfo y otro c. Hutter, Silvina R.*”, La Ley, 1998-B, 240 - DJ, 1998-2-488).

9. EL JUEZ DEBE ACOMPAÑAR EL CONFLICTO SOCIAL

La función social que se reclama de los jueces no lleva a suponer que ellos la evadan o la tornen inexistente. De hecho son múltiples las manifestaciones que dan muestras suficientes de la adaptación permanente de las sentencias a la realidad donde se insertan.

Por ejemplo, para analizar la constitucionalidad del art. 24 de la ley 24.463 (Argentina), que establece su aplicación inmediata a las causas en trámite y la conversión de las radicadas ante la Cámara de Apelaciones de la Seguridad Social que se encuentren pendientes de sentencia al procedimiento previsto en esa ley, debe considerarse que la naturaleza alimentaria de los créditos previsionales exige una consideración particularmente cuidadosa para que no se afecten sus caracteres de integrales e irrenunciables. Asimismo, no debe olvidarse que el tema se relaciona con la justicia de protección o acompañamiento y que el derecho a obtener una rápida y eficaz decisión judicial integra la garantía de la defensa en juicio (CNSeg. Social. Sala II, 995/09/27, “*Hussar, Otto c. ANSeS*”, La Ley, 1996-B, 83, con nota de María del Carmen Besteiro - DJ, 1995-2-821 - DT, 1995-B, 2157).

El análisis que se propone es otro. Consiste en dar una pauta de conducta cuando la solución del conflicto necesita eludir alguna regla o pauta del proceso; sea formal (v. gr., un plazo), o sustancial (v. gr., dar patrones de cumplimiento en un contrato), y hasta constitucional (v. gr., extender los alcances de la cosa juzgada a quienes no han sido partes).

La justicia suele presentarse como “de acompañamiento”, donde la razón de a crisis permite eludir reglas estrictas para alcanzar una solución justa y proyectada al clamor social.

Es que, por debajo de lo que las leyes parecen decir literalmente, es lícito indagar lo que quieren decir jurídicamente y si bien no cabe prescindir de las

palabras de la ley, tampoco hay que atenerse rigurosamente a ellas cuando una interpretación sistemática así lo requiera, dado que la misión judicial no se agota con la remisión a su letra, ya que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la *ratio legis* y del espíritu de la norma (del dictamen del Procurador General) (CS, 1983/08/02, “*Abal Medina, Juan M.*”, ED, 107-165 - Fallos, 305-973 - JA, 984-I-30).

Esta es una primera lectura en un asunto común. Interpretar la ley es una potestad del Juez que no se puede controvertir ni limitar, y el sentimiento de hacer justicia se emparenta directamente con este poder.

La alta misión de hacer justicia que corresponden a los integrantes del Poder Judicial y la necesaria confianza que en él han de depositar los ciudadanos e instituciones del país en aras del bien común y de la paz social se contraponen con cualquier interpretación que, so color de fundarse en ellos, signifique detraer de los jueces naturales el conocimiento de las causas radicadas ante sus estrados (CS, 1994/12/06, “*Alonso, Jorge F. y otros*”, JA, 1995-II-624).

Claro está que la misión más delicada de los jueces es saber mantenerse dentro de su órbita, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes del Estado, de modo de preservar el prestigio y la eficacia del control judicial, evitando así enfrentamientos estériles (CS, 1996/03/26, “*B., N. H.*”, La Ley, 1996-C, 538 - DJ, 1996-2-425).

Lo que se quiere transmitir es que, la primera fuente de inteligencia de la ley es su letra, pero la misión judicial no se agota con ello, ya que los jueces, en cuanto servidores del derecho para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la intención del legislador y del espíritu de las normas, todo esto, a su vez, de manera que las conclusiones armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (CS, 1995/10/19, “*Dessy, Gustavo G.*”, La Ley, 1996-C, 316, con nota de Isidoro H. Goldenberg - DJ, 1996-2-97).

Criterio que se reitera hasta llegar a concluir que ningún juez puede prescindir de la intención del legislador y del espíritu de la norma, todo de manera que las conclusiones armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (CS, 1983/04/26, “*Perón, Juan D., suc.*”, La Ley, 1983-C, 139 - ED, 104-625, p. 139).

Desde esta posibilidad abierta, se continúa con la potestad de modificar cláusulas inconvenientes con la libertad de contratar, o cuando la manifestación de voluntad no sea libre o esté previamente condicionada, o directamente se evidencia abusiva.

En estos casos, la circunstancia de que algunos bancos privados e incluso instituciones oficiales puedan cobrar tasas superiores, no invalida la doctrina expuesta, pues frente a los posibles excesos en que pudieran incurrir tanto los particulares como las referidas instituciones, es misión de los jueces adecuar las convenciones a los límites que impone el ordenamiento jurídico cuidando de que no transgredan la regla moral (CNCiv., Sala E, 1979/02/15, “*Viviendas Cenit Argentino S.A. c. Tudela de Carbone, María J.*”, ED, 83-665).

Observemos qué se ha dicho cuando se trata de multas o intereses punitivos: Mientras no se haya demostrado un perjuicio cierto por la aplicación de una pena tan gravosa como la estipulada como cláusula penal, es privativo de los jueces reducirla a márgenes de razonabilidad, máxime si admitir la aplicación lisa y llana de la estipulación acordada en el contrato importa vulnerar el contenido ético del que no pueden apartarse las convenciones que celebran los particulares. La circunstancia de que algunas financieras cobren tasas superiores o el hecho de que deban hacer frente a costos, gastos administrativos, o de estructuras técnicas, etc., que disminuyan sus márgenes de ganancia, no desvirtúa la solución apuntada pues frente a los excesos en que se pudiera incurrir es misión del juez adecuar las convenciones a los límites que impone el ordenamiento jurídico para que no sea transgredida la regla moral. La reducción del interés por el órgano jurisdiccional está guiada pues por esos fines y tiene en miras la situación del deudor que debiendo devolver un capital actualizado pagaría de otra manera tasas usurarias (CNCiv., Sala G, 1981/03/12, “*Cosmos, S. a. c. Groisman, Mario L. y otra*”, La Ley, 1981-D, 213).

Cuando la limitación en las libertades afecta intereses generales, la atención se pone en el control de constitucionalidad y por eso se ha dicho que, es inconstitucional el art. 14 de la ley 25.453, en cuanto prohíbe dictar medidas precautorias que afecten los recursos del Estado nacional o impongan cargas personales pecuniarias a sus funcionarios, ya que al vedar de modo ilegítimo facultades propias de los jueces resulta incompatible con la misión jurisdiccional que prevé el art. 116 de la Constitución Nacional y atenta contra las garantías y derechos fundamentales de petición y defensa, acceso a la jurisdicción y debido proceso legal (C. Fed. La Plata, Sala III, 2001/10/11, “*Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires c. P.E.N.*”, LLBA, 2002-488).

El concepto de orden público tiende a corregir situaciones creadas, abusos del derecho e injusticias generales previstas por la organización social, por lo que cumple una misión reguladora, de carácter institucional, cara al Estado, como también una misión reparadora, y solidarista (CNCiv., Sala C, 1980/08/26, “*Olivera, Héctor J. c. Inmobiliaria Continental, S. R. L.*”, La Ley, 1981-A, 243).

Finalmente, la función ha de estar atenta a toda alteración que esté en sus manos corregir.

Se ha dicho que, episodios como el del “*sub judice*” en que empleados policiales exigen dinero para no llevar adelante un procedimiento merecen severo repudio y ejemplificadora sanción, para desalentar a quienes no quieren aún comprender que no pueden agraviar impunemente a las instrucciones sobre las que se asienta la paz y la seguridad de todos. Hechos de esta naturaleza, de reiteración desafortunada en los últimos tiempos producen alarma social, pues se ha corrompido la conciencia del servicio público y se ha adulterado hasta lo profundo la responsabilidad de aquellos a quien el Estado arma para defensa de sus conciudadanos. Ocasiona ello hondo deterioro que salpica a los que cumplen fielmente con su deber, al envolverlos en la generalizada desconfianza que se despierta en el hombre común cuando precisamente aquellos destinados a custodiarlo, lo esquilman y escarnecen con la alta misión que les fuera conferida (en el caso, se imponen cuatro años de prisión, ocho de inhabilitación especial, accesorias legales y costas para cada uno de los condenados, habiéndose absuelto a uno de los procesados por aplicación del art. 13 del Código de Proced. Criminal (CNCrim. y Correc., Sala IV, 1979/10/12, “*Lepera, José A.*”, La Ley, 1980-A, 531).

Claro es que esta posición es resistida por un sector polémico de la doctrina. Montero Aroca afirma que después de casi todo un siglo de entrecruzarse de concepciones sobre el proceso civil, en el que lo más destacado ha sido el intento de desvirtuación de la realidad de que por medio de él se pretende la tutela judicial efectiva de derechos e intereses de naturaleza privada, para intentar convertirlo en un instrumento del Estado, por medio del juez, para atender a la mejor protección de los intereses públicos, con lo que evidenciaba que se trataba de someter lo privado a lo público, lo que era claramente revelador de una ideología autoritaria, se está acabando de comprender que el proceso civil tiene que seguir siendo el instrumento para la mejor protección de los derechos de naturaleza privada.

10. PODERES DEL JUEZ EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

En los procesos constitucionales los poderes del juez acentúan una función específica que consiste en realizar el control de constitucionalidad de las leyes, aplicando el principio de legalidad.

Básicamente, todos los mecanismos son controversiales, sea contra el Estado (o la autoridad pública) o frente a actos de particulares. El debate se entabla entre un sujeto que plantea la amenaza o lesión de sus derechos constitucionales, teniendo como adversario al agente productor del acto lesivo.

Sin embargo, las reglas de la bilateralidad y la contradicción no se aplican a pie juntillas, porque la premisa conduce a observar los hechos antes que las personas afectadas. En realidad, éstas son el destino de la protección que se promueve.

De este modo, el asunto se concentra en la cuestión constitucional, evitando que las alegaciones de las partes alteren la actividad esencial que el sistema difuso tiene previsto para los Jueces americanos.

Lógicamente, como todo proceso, el derecho de defensa es un principio incanjeable, de manera que, corresponde oír a las partes en sus respectivas alegaciones. Pero la controversia supone tener partes enfrentadas en posiciones diversas, donde el juez debe actuar como equilibrio entre las fuerzas en conflicto.

En el amparo, por ejemplo, es fundamental y hace a la esencia de su función, controlar la constitucionalidad y legalidad de los actos de las autoridades –públicas y privadas–, de forma que la interpretación de los hechos y del derecho no puede tener el condicionante de lo alegado por las partes. Es imperioso ver hacia adelante, los efectos, las consecuencias y las circunstancias que tiene el caso concreto frente a toda la sociedad.

El mecanismo trabaja sobre el principio de legalidad y el correspondiente derecho de todas las personas a la legalidad; que en los procesos constitucionales reparan en los derechos fundamentales y en las garantías permanentes que resultan inalterables, llevando así a que se analicen más los conflictos de fondo que las angustias procesales.

Según Piza Escalante, en los términos más generales, el principio de legalidad en el Estado de derecho postula una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico, a partir de su definición básica según la cual toda autoridad o institución pública lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento, y normalmente a texto expreso –para las autoridades e instituciones públicas sólo está permitido lo que esté constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no les esté autorizado les está vedado–; así como sus dos corolarios más importantes, todavía dentro de un orden general: el principio de regulación mínima, que tiene especiales exigencias en materia procesal, y el de reserva de ley, que en este campo es casi absoluto.

Es en virtud de la presencia de todos esos elementos del principio de legalidad, que prácticamente toda la materia procesal está reservada a la ley formal, es decir, a normas emanadas del órgano legislativo y por los procedimientos de formación de las leyes, con exclusión total de reglamentos autónomos y casi total de los propios reglamentos ejecutivos de las leyes; así como que la ley procesal debe ser suficiente para disciplinar el ejercicio de la función jurisdiccio-

nal y de la actividad de las partes ante ella, en forma tal que no queden lagunas importantes por llenar reglamentaria ni subjetivamente; y, por último, que las exigencias de la ley procesal han de tener garantizada eficacia, material y formal, al punto de que en esta materia las violaciones a la mera legalidad se convierten, por virtud del principio, automáticamente en violaciones al debido proceso, por ende de rango constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- Alvarado Velloso, Adolfo. 2003, *El debido proceso de la garantía constitucional*, Editorial Zeus, Rosario.
- Berizonce, Roberto Omar. 1999, *El juez y la magistratura (Tendencias en los albores del siglo XXI)*, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.
- Ferrajoli Luigi. 1999, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid.
- Gozaini, Oswaldo Alfredo. 1992, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, volumen 1, Editorial Ediar, Buenos Aires.
- . 1999, *Derecho Procesal Constitucional*, tomo I, Editorial de Belgrano, Buenos Aires.
- . 2002, *Problemas actuales del derecho procesal. Garantismo vs. Activismo judicial*, Editorial Fundap, Querétaro, México.
- Lavilla Alsina, Landelino. 1977, *El control de constitucionalidad de las leyes*, discurso de apertura de los Tribunales, Servicio de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid.
- Mayorga, Fernando. 2001. “La administración de justicia en el período colonial. Instituciones e instancias del derecho indiano”, en *Revista Credencial, Historia*, abril 2001, Bogotá, pp. 136 y ss.
- Montero Aroca, Juan, 2001, “Los poderes del juez en el proceso civil”, en *Teoría Unitaria del Proceso*, Editorial Juris, Rosario, Argentina.
- Peyrano, Jorge Walter. 1999, “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*, edición Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.
- Ramos Méndez, Francisco. 1978, *Derecho y Proceso*, Editorial Bosch, Barcelona.
- Vallespín Pérez, David. 2002, *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Editorial Atelier, Barcelona.