

“ACTIVISMO JUDICIAL... EL JUEZ PARTE ?”

Gastón Fernando Fucile

Origen de los Jueces:

Es de destacar que cuando existe un conflicto de partes, es decir que dos o más personas no se ponen de acuerdo, sobre un suceso o contingencia, normalmente a los fines de solucionar dicha situación se debe recurrir ante un tercero, que merezca confianza y respeto de ambos, y que actúe de forma imparcial, a los fines que posteriormente de conocer los hechos pertinentes, juzgue y decida que parte tiene razón y en su defecto, manifieste como resolver el conflicto.

Dicho origen lo podemos encontrar en las primeras tribus y posteriormente más asentado en Roma.

En las primeras tribus se elegía como juez a la persona de más edad y con mejor reputación de la tribu, los cuales eran ancianos respetados por su honradez y sentido común, y ya que con la edad las ambiciones se atemperan.

Posteriormente la profesión de juez llegó a ser muy respetada, y acabó siendo ejercida no solo por ancianos sino por personas que deseaban dedicarse a ello y que con el fin de tener la mayor cantidad de clientes posible cuidaban al mayor extremo su reputación y la calidad y sensatez de sus decisiones judiciales.

En la antigua Roma, se destinaban a personalidades, a dicho fin, que por sus altas capacidades filosóficas y humanas inspiraban el respeto, gracias a lo justo de sus decisiones.

Ya en la última etapa de la historia de Roma la figura del juez ya era legal.

ORIGEN DEL ACTIVISMO JUDICIAL:

Podemos decir que el concepto de activismo judicial lo encontramos en Estados Unidos de América, a raíz de la conducta llevada a cabo por la Corte Suprema de Justicia de dicho país. El activismo judicial podría ser considerado –y lo es, en ocasiones– como una especie de subordinación de la actividad del juez a un norte político partidista. Desde una perspectiva crítica se puede estimar que el juez activista no es, en estos casos extremos, un agente pasivo dominado por su objetivo político sino uno dominado por las necesidades de la función que tradicionalmente se sustenta en el valor justicia (1)

La distinción se advierte en dos artículos de Roberto Gargarella. En uno de ellos se refiere al “activismo cívico” (2) que propone la fuerte participación de los ciudadanos en la vida política (sea local, regional o nacional); y en otro –de una data cercana al primero– menciona al activismo judicial como forma deliberativa de actuación del juez, superadora del juez elitista y del juez populista.-

La Corte del período del presidente Warren (1953-1969)

Este es el período se denomina “activismo judicial progresista, donde los tribunales, y particularmente la Corte Suprema, comienza realizar reformas sociales específicas que afectan con intereses directos, dispuestas a perjudicar personas como los afro-americanos, trabajadores, partidarios de una creencia política, o realizar cambios en las políticas públicas con impacto nacional.

Podríamos manifestar que el activismo judicial –entendido en esos términos– se caracteriza por diversos rasgos:

- a) La aplicación de la revisión judicial (*judicial review*) como procedimiento para invalidar leyes segregacionistas (*Brown I*)
 - b) La adopción de un curso de acción cuasi político para implementar el cumplimiento de las medidas judiciales con toda la rapidez necesaria (*Brown II*)
-

c) La intervención de la Corte en materias consideradas habitualmente fuera del poder del ámbito judicial, como las cuestiones políticas no justiciables (*Baker v. Carr*)

d) La imposición –y aceptación por el pueblo estadounidense– del concepto de supremacía judicial en *Cooper v. Aron*, de 1958, en cuanto establece que la última palabra en la interpretación constitucional de la ley corresponde a la Corte Suprema la cual desplaza, correlativamente, la posibilidad de que otros poderes se encuentren igualmente legitimados para dar una interpretación última similar.

e) La difusión de un espíritu político-jurídico según el cual los jueces podían –y debían– ser el motor de un cambio que cercenara las estructuras retrógradas de la sociedad tradicional basadas en concepciones de raza, clase, género y delimitación electoral.

f) La creación de una especie de mito justificante de actuación judicial constituido por el activismo judicial en la Corte Warren que se extendió como modelo para el resto de los magistrados en sectores ajenos al mismo derecho constitucional.

Los autores conservadores estiman al criterio adoptado por la Corte Suprema estadounidense en esos casos como el procedimiento modélico de activismo judicial representativo de un sistema de cobertura del gobierno de los jueces, en el cual estos actúan como voceros de la academia liberal reformista.

Sin embargo, lo cierto es que no se dice en el derecho estadounidense que un magistrado es un activista judicial cuando despliega su actividad creadora en la resolución de un caso dentro del régimen del *commonlaw* cuyo modelo es la tarea del juez

Se ha producido, además, una vuelta de tuerca sobre el concepto de activismo judicial. Su uso mismo refleja el carácter peyorativo usado por las corrientes tradicionales que quedó instalado en el léxico estadounidense. De esta forma, la

referencia a jueces “activistas” o al “activismo judicial” se efectúa entre comillas porque se presupone en su mismo empleo una crítica respecto de los magistrados que efectúan una lectura expansiva de la Constitución que lleva al reconocimiento de derechos que los sectores tradicionales han pasado por alto bajo el uso del criterio de la autorrestricción judicial. La politización del término ha llevado, paradójicamente, a imbuir de contenido partisano a la autorrestricción judicial que era considerada como el punto de partida básico del derecho constitucional estadounidense. En un sentido amplio, activismo y contención son usados como epítetos para aporrear a opositores políticos y legales, con lo cual los límites tradicionales tienden también a desvanecerse en el medio de esta politización de lo jurídico.

El activismo judicial surge, en verdad, a partir de un trasfondo que le otorga a los tribunales un rol específico dentro del sistema constitucional estadounidense. De este modo, el activismo judicial se presenta como una reacción a una estructura altamente formalizada que operaba –y lo sigue haciendo– como un contrapeso a la actividad atribuida a los jueces desde el fallo *Marbury v. Madison*. Carece, pues, de sentido examinar al activismo judicial como un concepto autónomo porque en los Estados Unidos su surgimiento se originó como una corriente jurisprudencial y doctrinaria opuesta a otra teoría de gran importancia que es el *selfrestraint*. No se puede comprender uno sin el otro y de allí la necesidad de examinar este otro polo de esta tensión en la teoría constitucional que se encuentra también en la raíz misma del debate en nuestro país.

Tal como lo manifiesta Peyrano (3) el cual distingue entre dos formas de actuación procesal, tales como el juez “distribución de Justicia” y el juez “Dador de paz social”, nos encontramos con jueces que a los fines de resolver el conflicto como las pruebas no resultan claras o son insuficientes (juez distribuidor de justicia) requiere y solicita despachar pruebas de oficio, generando de esta manera herramientas procesales para solucionar adecuadamente el caso, nos estaríamos según mi criterio encantando con un Juez que a sería parte del litigio, y

que podría llegar a buscar el resultado del litio por la prueba que el mismo pidió, cuanto a entender de esta parte el juez solo tienen que limitarse a encontrar una solución pacífica ante un reclamo iniciado por un particular contra otro particular, lógicamente que el rol del juez tal caso tendría que estar vinculado con el principio de paz social y brindar las garantías de acción y defensa en juicio de las partes.-

PERFILES DE JUECES:

El Dr. Patricio A. Maraniello, clasifica a los jueces como: Juez entrenador, Juez pacificador o Juez protector, Por otro lado, el profesor belga Ganshof Van Der Meersch sostiene que lo que atañe a la especialidad de los magistrados, en las deliberaciones de los jueces tradicionales. Bien se puntualiza que generalmente a la multiplicación de conocimientos exigidos a los jueces corresponde que poseen conocimiento de los roles que deberán asumir. Es por eso que a un juez de menores se le requiere que sea al mismo tiempo un “padre”, un “confesor”, un “psicólogo” y un “médico”. El futuro juez de familia deberá ser un padre de familia que se hace psicólogo, sociólogo y consejero. El juez comercial, a su vez, deviene en guardián de la buena gestión financiera y comercial. Todo demuestra las preferencias por las técnicas informales de resolución de conflictos (conciliación, mediación y arbitraje).

El Jurista Alcalá-Zamora y Castillo, jurista hispano, realizó la clasificación también en tres clasificándolos como jueces espectadores, jueces directores y jueces dictadores, manifestando que durante el siglo XIX la figura que prevaleció fue la del juez espectador que actuaba como juez de campo en un torneo. Después, la de juez dictador; llegó la reacción positiva que centró la mirada en el juez como representante del Estado y sustituto intelectual y volitivo de las partes

en conflicto Además, el juez dictador es aquel que malversa el activismo judicial en forma arbitraria e injusta, recordemos que el juez debe dirigir el proceso, pero sin olvidar lo que es privativo de las partes, lo que es de libre disposición de éstas.

Destaca este jurista que la potestad que tienen las partes para disponer libremente de la materia litigiosa en virtud del principio dispositivo no impide que el juez quede en situaciones excepcionales para disponer medidas para mejor proveer, sin que ello implique lesionar la garantía de la defensa en juicio de las partes. Nuevas perspectivas en el pensamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación La Dra. Elena Highton –Jueza de la Corte Suprema de Justicia de la Nación– ha ratificado el compromiso que ésta mantiene con los derechos y el derecho a ser oído (9). “El objeto de la Corte es la democratización”, pronosticando sin ninguna duda que “éste será el siglo del acceso a la justicia”. Por su parte, el Ex presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Ricardo Lorenzetti, ha dicho que “éste es el siglo de los jueces”. Si se examinan las leyes actuales, en todo el mundo, hemos pasado de una lógica jurídica deontológica clásica, como era la descripción de reglas precisas, de una ley que decía “éste es el supuesto de hecho y ésta la solución” a toda una categoría nueva que se llama conceptos jurídicos indeterminados. De este modo se deben aplicar principios generales a soluciones particulares. Hoy estamos frente a jueces que resuelven cuestiones de toda índole.

A tal fin el activismo judicial es una herramienta de protección constitucional Aquí el Poder Judicial actuó activamente para solucionar dichas necesidades, pero no se debe confundir esto con el valor justicia, sino tan sólo debemos inclinarnos hacia el respeto de los derechos mínimos e indispensables de todo ser humano. Si nos remontamos a años anteriores, veremos que ya la Corte ha exhortado a los otros poderes a realizar actos en beneficio de la ciudadanía como circunstancia extraordinaria, sin olvidarnos que al ser éstas cuestiones políticas, lo deben resolver los poderes políticos y no los jueces, pero ante la inercia, burocracia o desidia, el poder judicial en casos excepcionales debe actuar eficaz y eficientemente.

RESUMEN FALLO ROE VS WADE

Una mujer soltera embarazada , Jane Roe, interpuso un recurso contra el artículo 1196 del Código Penal tejano que castigaba con pena de cárcel y de multa todo aborto, salvo para salvar la vida de la madre.

Es de destacar que perdió el pleito en instancias federales, y dio a luz contra su voluntad a un hijo.

En diciembre de 1971 el caso llegó al Tribunal Supremo, que lo estuvo estudiando hasta el 22 de enero de 1973 dictó dicho tribunal la sentencia *Roe vs Wade*.

El Tribunal Supremo como respuesta a lo anterior **dividió el embarazo en tres periodos** de aproximadamente tres meses cada uno. En el primer periodo la mujer tiene derecho a abortar libremente, tras haber obtenido la autorización medica correspondiente, esto fue una innovación incorporada a partir del análisis realizado por este tribunal. En los segundos tres meses los Estados sí pueden regular la cuestión, permitiendo abortar en caso de que exista algún riesgo para la salud de la madre. Soló en el último trimestre, en el momento de la viabilidad del feto, adquiere relevancia la potestad de los Estados para proteger la potencial vida humana, prohibiéndose todo aborto (Sin embargo el Tribunal Supremo precisó incluso en ese caso debe preverse la posibilidad de abortar si sólo así se salva la vida de la madre).

Las criticas fueron durísimas, se señalo que no había precedentes para constitucionalizar el derecho de aborto y que la cláusula del proceso debido en Derecho permite una interpretación tan amplia. También se dijo que la división entre trimestres y la fijación de un determinado momento a partir del cual el feto es viable fuera del vientre materno eran situaciones que no estaban científicamente demostradas.

Políticamente Roe, pudo haber sido contraproducente para el sector más progresista de la sociedad. No solo por dar más razones a quienes venían

acusando al Tribunal Supremo de excesivo activismo, tomando decisiones que en verdad correspondían al legislador, sino porque que dio alas a una reacción contraria que reivindicaba el Derecho a la vida. Esta tendencia presiono para que tanto a nivel estatal como a nivel federal se aprobasen leyes que, dentro del marco *Roe*, limitasen lo más posible el derecho a abortar. Sin embargo el Tribunal Supremo de los Estados Unidos señalo en los casos *Maher vs Roe* (1977) y en *Harris vs McRae* (1980) que ni el Estado ni el Congreso vulneran el derecho fundamental al aborto si prohibían la financiación pública de campañas que informaban sobre las posibilidades de las leyes reguladoras del aborto o de programas de aborto para mujeres de escasos recursos.

Ahora podemos observar el activismo judicial en el mencionado fallo, quien resultare ser punta de lanza en los orígenes del denominado juez activista, juez parte o juez legislador.

APLICACION ACTIVISMO ARGENTINA – MEDIDAS AUTOSATIFACTIVAS

PRIMEROS ANTECEDENTES :

En la República Argentina un tribunal Provincial de Chubut (11), en marzo de 2012, se dictó una insólita sentencia en la que, se autorizaba a una menor a practicarse un aborto, por haber quedado embarazado a consecuencia de un delito de violación por parte de su padrastro, el mismo no solo fue ratificado por la Corte sino que también los jueces entendieron que ningún aborto que tenga como causa la violación de la madre podría ser penalizado, y que tampoco habría razón alguna para impedir el libre acceso a este procedimiento a través de la solitud de una autorización al juez, la Corte Suprema descubre en las entrañas del

ordenamiento jurídico nacional un “derecho al aborto” jamás visto por ninguna otra corte o jurisdicción de la Nación y en la que peligrosamente se sobrevalora el poder de la judicatura y, con base en ello, los magistrados se auto facultaron a modificar lo establecido en la legislación.

De esta manera, se puso en peligro el principio de separación de poderes como garantía de la democracia y se ha empezado a transitar el camino hacia una sociedad cuyo gobierno está en manos de las resoluciones jurisdiccionales y donde las decisiones fundamentales no resultan de la libre elección del pueblo soberano.

Se puede llegar así a someter a sus ciudadanos a una “dictadura o tiranía de los jueces”

En tal fin se puede decir que se corre el riesgo de encontrarnos con una sociedad una sociedad en la que se ha perdido la noción de la soberanía y de la representación del pueblo en el poder legislativo y, en cambio, sin procedimiento constitucional alguno y sin previa consulta a los ciudadanos, el juez se transforma en un legislador y poseedor del poder constituyente delegado

De lo expuesto, es claramente constatable cómo, basándose en los criterios ideológicos y personales de un grupo de jueces, es posible tergiversar el contenido de la ley para adaptarla a la interpretación acorde con la percepción subjetiva de la misma, pretendiendo disfrazar esta arbitrariedad con base en argumentos de razón que a todas luces y con un análisis sin subjetivismos resultan claramente ilógicos y vacíos de contenido real

Por otro lado, no debe olvidarse que el pueblo aún es titular del poder constituyente y puede a través de sus representantes derogar del ordenamiento jurídico toda norma que resulte imperita, torpe o perniciosa para el ser humano, como es el caso de la “nueva ley” creada a través de esta sentencia.

Una enérgica actuación judicial oficiosa no solo se ha evidenciado en la mega causa “Mendoza” anclada en el derecho a un medio ambiente sano sino también in re “Defensor del Pueblo de la Nación c/Provincia del Chaco y Estado Nacional” en el que se ordenó cautelarmente al Estado nacional y a la Provincia del Chaco la ejecución de políticas integrales (en materia de alimentos, agua y transporte) para con ciertas poblaciones indígenas del Chaco. Además, en la causa “Uriarte” la Corte estableció y reglamentó el régimen de designación de jueces subrogantes hasta tanto el Poder Legislativo sancione un nuevo sistema que se ajuste a las pautas trazadas en ese pronunciamiento.- Asimismo, son cada vez más frecuentes los fallos exhortativos. Cabe recordar el pronunciamiento “Verbitsky”, en el que se “exhortó a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales”, el fallo “F., A. L.”¹⁰ –no obstante las numerosas críticas que pueden formularse a este pronunciamiento-, el vinculado al régimen de coparticipación, “Santa Fe, Provincia de” en el que se exhortó “a los órganos superiores de nuestra organización constitucional a dar cumplimiento con la disposición transitoria sexta de la Constitución Nacional, e instituir el nuevo régimen de coparticipación federal, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, y a dictar la consecuente ley-convenio, en orden al mandato contenido en el inciso 2° del artículo 75” y más recientemente el resonante caso “Cepis” sobre las tarifas de gas, en el que se exhortó al Congreso de la Nación para que proceda a designar al Defensor del Pueblo de la Nación. En varios de estos fallos, es posible verificar una paulatina amplitud en la revisión de políticas públicas. El avance del control judicial sobre problemas que otrora hubieran sido considerados “cuestiones Principalmente, se ha evidenciado en casos donde están en juego derechos sociales que afectan a un vasto número de personas y que las políticas llevadas a cabo por la Administración –si es que las hay- no son idóneas para garantizar los derechos fundamentales de los grupos vulnerables (al respecto véase la causa “Quispe Castro” (Fallos: 335:452 del

24.4.2012) en la que la Corte precisa el alcance y los límites del control judicial sobre una política estatal – en el caso, política de vivienda-. De similar manera, in re “Unión de Usuarios y Consumidores” (Fallos: 337:790 del 24.6.2014) se ponderó la política de infraestructura y el servicio de ferrocarriles del ramal Once-Moreno, concluyendo en que ésta no satisfacía los parámetros constitucionales). Este fenómeno está siendo estudiado bajo lo que se denomina “litigios de reforma estructural” (Verbic, 2013). Aquí también se advierte que los desafíos al derecho procesal son inescindibles a la problemática del Derecho constitucional moderno donde justamente se está planteando un “constitucionalismo dialógico” que postula no la tradicional división de los poderes como compartimentos estancos sino que brega por la resolución de los asuntos constitucionales fundamentales mediante una conversación y cooperación extendida y persistente en el tiempo entre los distintos poderes (Gargarella, 2014). En similar sentido, y propiciando nuevas formas de cumplir con la faena judicial, se encuentran un conjunto de fallos que postulan que ya el juez no es únicamente la “boca de la ley” sino que debe apreciar los valores comprometidos en la causa sujeta a su juzgamiento (Peyrano, 2011). En forma preponderante, ha tenido lugar en el marco de procesos de familia, en los que la Corte emplazó y ordenó a los magistrados de las instancias inferiores “a obrar con la premura y la mesura que el caso amerita en la resolución definitiva del conflicto, de modo de hacer efectivo el mencionado interés superior de la menor que como principio rector enuncia la Convención sobre los Derechos del Niño” 14. Las pruebas de oficio son también aceptadas por la Corte federal. Recientemente, las ordenó previo a dictar el fallo “Cepis” (citado). Así afirmó que: “Esta Corte cuenta con las atribuciones necesarias para disponer, en el marco de todas las causas promovidas ante sus estrados por las diversas vías legalmente contempladas, la adopción de medidas que juzgare convenientes para obtener información sobre circunstancias concernientes a los asuntos sobre los que es El avance del control judicial sobre problemas que otrora hubieran sido considerados “cuestiones página sesenta y cinco llamada a intervenir (conf. Fallos: 307: 1229; Morello, Augusto “Medidas para mejor proveer y hechos sobrevinientes

en el trámite del recurso extraordinario”, E-O, TO 111 pág. 527). Que en las condiciones expresadas y sin abrir juicio sobre la concurrencia de los requisitos que condicionan la admisibilidad del recurso promovido por el Estado Nacional, corresponde disponer la realización de las medidas para mejor proveer que se consideran apropiadas”¹⁵ y así requirió numerosos informes al Estado Nacional (ENARGAS) como así también a Tribunales inferiores. - CONCLUSIONES En suma, en esta breve reseña, es posible observar a la luz de la jurisprudencia del Máximo Tribunal del país, que el rol activista del Poder Judicial se sustenta y justifica en los principios y valores que emanan del Estado Social Constitucional de Derecho. Con ello, no se desconoce la importancia del debido proceso, sino que se le asigna su justo lugar desde una perspectiva teleológica a fin de que verdaderamente la persona y su dignidad sean el eje y centro del sistema jurídico. Se exige así un rol activo de los jueces involucrados en el justo y acorde trámite del proceso, y no como mero espectadores hasta la etapa del pronunciamiento, para una adecuada resolución de los conflictos en los cuales los moldes legales llevan a una inexorable injusticia.-

No obstante lo expuesto, cabe señalar que el garantismo tiene el deber de evitar el péndulo, y que se haga de la excepción regla, logrando, como el eslogan de una vieja campaña publicitaria, el tan ansiado “equilibrio justo”.-

En suma, en esta breve reseña, es posible observar a la luz de la jurisprudencia del Máximo Tribunal del país, que el rol activista del Poder Judicial se sustenta y justifica en los principios y valores que emanan del Estado Social Constitucional de Derecho. Con ello, no se desconoce la importancia del debido proceso, sino que se le asigna su justo lugar desde una perspectiva teleológica a fin de que verdaderamente la persona y su dignidad sean el eje y centro

EL PRINCIPIO DISPOSITIVO:

Antes que nada tendremos que recordar el principio que rige en el derecho civil argentino en el cual no hay juicio sin actor, ni el juez puede iniciarlo de oficio (nemo iudex sine actore) y el que manifiesta que “No hay juicio sin parte que lo promueva” (ne procedat iudex ex officio), a diferencia de lo que puede pasar en el Derecho penal Argentino, en el cual al haber derecho de orden publico, el estado tienen la obligación de brindar y satisfacer una sentencia para el estado, incluso en cierto delitos (orden publico) no es necesaria la figura del actor para iniciarlo ni para concluirlo, en el derecho civil la premisa es completamente contraria, y se requiere de una persona que inicie un reclamo ante un tercero imparcial, siendo esta la figura del juez, quien previo brindar el derecho de defensa a la otra parte, conforme a la prueba que posee tendrá que otorgar una sentencia para resolver el conflicto.

A tal fin definimos el Principio dispositivo como aquel cuya actividad recae en la actividad de las partes, siendo estas las que manejan las etapas y partes del proceso, en rigor de eso las partes son libres para iniciar el proceso, delimitar el objeto de la discusión, oponer excepciones, como asi poner termino al reclamo en el momento que lo considere oportuno

Es así que si bien se mantiene el principio de que el juez solo puede pronunciarse sobre los hechos invocados por las partes, va perdiendo aplicación el que a ellas le corresponde exclusivamente aportar la pruebas, admitiéndose en cambio que el juez pueda completar el material de conocimiento; se mantiene también el principio de que las partes son las dueñas de la acción pero la facultas de impulsar el procedimiento mediante peticiones, acuse de rebeldía, etc. va siendo substituida por la perentoriedad de los términos y el pase de un estadio a otro sin requerimiento de parte, por obra del juez o de la ley

El garantismo constituyó un principio básico dentro de las modernas formas de organización social.

PREJUDICIALIDAD CIVIL

En el afán de evitar escándalos jurídicos e inseguridad de parte de los justiciables ante la posibilidad de dictado diferentes en materias penales y civiles referente a un mismo hecho, es que se decide incorporar este principio , al respecto podemos encontrarlo en el Art 1775 del Código Civil Y comercial de la Nación, el cual expresa “Si la acción penal precede a la accion civil, o es intentada durante su curso, el dictado de la sentencia definitiva debe suspenderse en el proceso civil hasta la conclusión del proceso penal, con la excepción de los siguientes casos:

- a.-Si median causa de extinción de la acción penal.
- b.-Si la dilación del proceso penal provoca, en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado
- c.-Si la acción civil por reparación del daño está fundada en un factor objetivo de responsabilidad

Es de recordar que esta norma ya se encontraba en el código Civil de Vélez en el Art 1101, cuyo fin fue asegurar el respeto de la cosa juzgada penal evitando el escandalo jurídico factible de acaecer con el dictado de sentencias contradictorias.

La cámara Nacional de Apelaciones en lo civil observo, en abril de 2016, que resulta improcedente suspender el dictado de la sentencia civil por la existencia de una causa penal en tramite cuando la delación de esta ultima ocasiona un grave agravio a la garantía constitucional del derecho de defensa.

A tal fin los magistrados señalaron que el Art 1775 del CCCN, es dictada a los fines de evitar el dictado de sentencias contradictorias, los jueces de la sala insistieron que mas allá que los objetivos que persigue una u otra acción son obviamente distintos, ya que una persiguen el interés particular del damnificado, mientras que la otra tienen en vista una sanción de tipo represiva, la realidad es que, pese a lo sostenido ambas causas tienen relación entre sí.

Es de destacar que ante la incorporación de tratados internacionales ante la reforma constitucional de 1994, y de la lectura de los mismos surge en el Art 8 de la Convención Americana de Derechos humanos la cual reza que toda persona tienen derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, estableció con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para determinar sus derechos y obligaciones en orden civil, laboral o cualquier otro carácter.

Al reconocerse expresamente, a nivel constitucional el principio de "Plazo razonable", la prejudicialidad y preminencia de la sentencia penal sobre la civil perdió fuerza, exigiéndose por ende una resolución rápida al conflicto civil, esto fue sostenido por el VII Congreso de Daños (4), el cual consagro que "...el principio de prejudicialidad penal no es absoluto y debe ser armonizado, en su aplicación con la exigencia constitucional de dictar sentencia civil en plazo razonable. La dilación indefinida o demoras injustificada del proceso penal agravaría la garantía constitucional del derecho de defensa al producirse denegación de justicia, razón por la cual el juez civil se encuentra habilitado para dictar sentencia sin esperar el pronunciamiento penal ..."

Una segunda teoría la cual comparto es que el nuevo ordenamiento civil y comercial tare aparejada una prejudicialidad flexible, ya que el mismo

ordenamiento se encargo de otorgar excepciones, es decir posibilidades de que el juez civil, consagrando el principio de plazo razonable puede expedirse antes del dictado de la sentencia penal.

Sin duda podemos decir que la nueva legislación vino a solucionar inconvenientes que poseía la anterior normativa y también propone soluciones a dichas contingencias, procurando respuestas eficientes y oportunas. Todo ello bajo la prisma del postulado de “Tutela judicial Continua y efectiva y de plazo razonable, ambos mandatos con raigambre constitucional y convencional.

De la letra de la ley se puede observar que la acción civil y penal son independientes (5), y esto no es novedad ya que la independencia sustancial entre ambas pretensiones existía en el sistema pergeñado por nuestro original codificador civil; lo diferente es que clarifican alguna consecuencia practica a tener en cuenta como producto de la mentalidad independencia.

Nuestro tribunal superior (6), en sentencia del año 2013, se aparto de la literalidad de los términos estrictos que marcaban la prejudicialidad penal con la consecuente orden de suspensión del dictado de la sentencia civil antes e la condenación del acusado en sede penal (Ex Art 1101) y la interpretación asumida por la totalidad de los miembros de la corte tuvo como único sustento el de evitar una dilatación indefinida en el tramite y decisión del proceso civil.

La suprema corte, a la hora de resolver, interpreto que no existía ya en el caso pendencia penal en los términos y alcances que establece el Art 1110 del Código Civil, haciendo alusión a que la responsabilidad ya estaba –en definitiva-resuelta en sede penal, y recordó que ya el mismo tribunal Nacional había excepcionalmente habilitado el dictado de sentencia civil aun encontrándose pendiente el desenlace del juicio

penal, cuando la demora de este ultimo produce una interferencia en el ejercicio de la potestad que tienen la actora a defender en juicio sus derechos.(7)

A tal fin creemos que el legislador en el punto B) de las excepciones de prejudicialidad dispuestas por el Art 1775 del Código Civil y Comercial de la Nación, legisla el criterio llevado a cabo por la corte, el cual comparto, no teniendo que soportar a los fines de poseer sentencia civil una demora injustificada e sede penal, lo que advertimos que el juzgador deja a criterio del juez no penal, el hecho de evaluar cuando y en que caso media una dilación injustificada del proceso penal, que ocasione (además) una frustración efectiva del derecho reclamado en el fuero civil.

Ahora bien cuando se habla de plazo razonable y tutela jurídica efectiva, podemos decir que es el primero nos encontramos ante un factor tiempo, que es a los fines de evitar una demora injustificable, dicho en otros términos evitar que la demora le pueda generar un perjuicio al judiciable. Ahora con relación a la tutela jurídica efectiva, significa el derecho a hacerse valer por sus propios derechos, dicho principio se basa en la impronta del preambulo, en conjunción con el sistema republicano de gobierno, las garantías legales de defensa en juicio, y del debido proceso.

Ahora bien, sin perjuicio de compartir, tal como manifesté up supra, el criterio flexible de la prejudicialidad, creo que el legislador al dejar al arbitrio del juzgador cuando nos encontraremos con el parámetro de la excepción , va a generar criterio dispares entre los juzgadores y incluso juzgamientos distintos a los accionantes, situación esta que no comparto.

A razón de esto nos encontramos con innumerables fallos referentes a dicha situación, donde queda al arbitrio del juez sobra la procedencia de la excepción:

PRINCIPIO DE INTERMEDIACION:

El principio de inmediación exige la relación directa del juez con las partes y los elementos de prueba que él debe valorar para formar su convicción. A tal fin cuando existe un intermediario, como ocurre en el proceso escrito, la convicción del juez se forma bajo influjos de comunicación preparada por un tercero, lo que puede traducirse en aumento del margen de error en el entendimiento.

La inmediación, sin embargo, no es un principio exclusivo del proceso oral, es susceptible de ser combinada en cualquier tipo de proceso, sea escrito, oral o mixto. Se patentiza toda vez que el juez arguye su conocimiento a través de la observación directa, y en algunas veces participante, de los hechos aunque les sean presentados por escrito. Aunque reviste una caracterizada importancia en el sistema oral.

La importancia de la inmediación en el sistema oral se entiende cuando las partes aportan sus alegaciones de hecho y sus ofrecimientos de prueba deben producirse directamente, frente y ante el Tribunal, hasta el punto de considerarse viciada una tramitación si el juez no la presencia directamente.

La inmediación revierte algunas características típicas del principio, como lo son; la presencia física del juez, la recepción de alegatos y pruebas durante la audiencia, el juez que falla es quien ha presenciado la audiencia, entre otras no menos importantes.

Sin perjuicio de ello la intermediación a entender de esta parte, es un principio positivo, en el cual el juez toma un rol mas importante en litigio y toma cabal

conocimiento del mismo de boca de las partes, pero nos encontramos con el temor de que el juez salga por medio de medidas de mejor proveer a direccionar el litigio perdiendo la objetividad y afectando severamente el normal desenvolvimiento e las partes en el proceso, actuando tal parte del litigio, siendo esta advertencia la que diere titula a la presente ponencia.

Por lo expuesto podríamos concurrir que las medidas para mejor proveer se encontraría vinculación con el principio de igualdad, Un criterio restrictivo de interpretación y aplicación de las medidas en cuestión llevaría a sostener que su utilización se violentaría el principio de igualdad de las partes, dado que el tribunal habría incurrido en parcialidad al favorecer al litigante a quien beneficia el resultado de la medida.

Ahora bien cuando nos encontramos que una medida de mejor proveer determina el resultado o la suerte de un pleito, podemos decir que esto implica un avasallamiento al derecho constitucional de debido proceso, defensa en juicio e igualdad ante la ley, como así también, al principio dispositivo que rige la vida del proceso civil, no debiendo olvidar que existen reglas claras que deben respetar cada uno de los intervinientes en este maravilloso juego que se despliega ante los tribunales.

Compartiendo lo dispuesto con Taruffo el que manifiesta que “...*El proceso es un lugar de conflicto, de competición y de oposición entre posiciones diferentes y, por lo tanto, también entre narraciones diversas de los hechos jurídica y lógicamente relevantes, en la específica situación de litigio...*” Continuando con la línea del párrafo precedente, se puede definir como prueba al “...*instrumento que utilizan las partes...para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y del cual se sirve el juez para decidir respecto a la verdad o falsedad de los enunciados fácticos...cualquier instrumento, método, persona, cosa o circunstancia que pueda proporcionar información útil para resolver dicha incertidumbre*”

Asimismo, se destaca que su función consiste básicamente en ofrecerle al Juez los elementos necesarios para poder determinar si los enunciados presentados por las partes son verdaderos o falsos. De ahí la importancia de la correspondencia entre los hechos y la prueba, toda vez que frente al juez se despliega una gama de posibilidades al momento de dictaminar. Sin embargo, en este sorprendente despliegue probatorio que se plantea en el pleito judicial, la verdad siempre será relativa porque dependerá de lo que las partes aporten para demostrar sus enunciados fácticos, pese a que existe una única verdad, sólo que el proceso es un contexto institucionalizado y las posibilidades de conocimiento son limitadas.

Ahora bien, una decisión será justa cuando se aplique en forma correcta la norma jurídica que regule el hecho pero, previamente, será determinante que se hayan establecido la verdad o falsedad de los enunciados por medio de las pruebas disponibles, pues de ellos dependerá la decisión del juez, la cual deberá ser coherente con los enunciados de las partes y con el resultado de las pruebas aportadas que son las que sirven de nexo con los acontecimientos del mundo real.

En suma, el proceso es un medio para tutelar los derechos de las personas, a través del caso concreto y teniendo como horizonte arribar a una decisión justa porque, al fin y al cabo, lo que el Estado intenta promover mediante este “juego” organizado no es ni más ni menos que la libertad y la igualdad de las personas, ya que sólo habrá derecho si hay manera de hacerlo valer

CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA

En mi opinión, en los casos en que la ley establece una regla determinada para distribuir la carga de la prueba, como sucede en el Art 377 del CPN, sin ninguna referencia expresa a la potestad del juez de desplazarla hacía quien esté en

mejores condiciones para aportarla, es conveniente hacer saber a las partes que aplicará la doctrina de la carga probatoria dinámica

En contradicción el artículo 1735 del CCC expresa da la potestad al *juez para distribuir la carga de la prueba, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla* por lo que sin desatender las diversas opiniones que existen en torno a las mismas; por lo que el mismo codificador atribuye una actividad al juez

Los deberes del juez para esclarecer los hechos no se encuentran en pugna con el sistema dispositivo pues, salvo que se trate de cuestiones de orden público, el reconocimiento o la confesión de los hechos por las partes le impide indagar sobre esos hechos; lo mismo sucede con los actos de disposición como el allanamiento, el desistimiento o la transacción. El principio dispositivo prevalece sobre cualquier otra consideración *porque los actos de voluntad realizados dentro del juicio tienen idéntico contenido que los contratos, y éstos, en tanto no lesionen el orden*

La Corte Suprema en el caso "P., L. S. c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s. amparo, REFERENTE A LA CARGA DE LA PUEBA, MANIFESTO en el cual se resolvió que quien es sujeto pasivo de un acto de discriminación injusta y resulta despedido sin causa, si bien mantiene su deber de probar el acto injuriante, el empleador tiene a su cargo demostrar que el despido no entrañó como causa dicha discriminación. Destacamos que el despido fue incausado y por ende no tiene relación de causalidad eficiente con la invocada discriminación arbitraria de la que la actora fue víctima, existiendo sólo la afirmación —corroborada por testigos— de su relación personal con un representante gremial y de su adhesión a temas gremiales.

Otra aproximación curiosa del fallo comentado es que se mantiene la postura en el sentido de que el trabajador corre con el deber de aportar las pruebas y acreditar la alegada discriminación que en principio subyace bajo la apariencia de un despido incausado, y a la vez se aclara en la sentencia de la Corte Suprema

también que no se invierte la carga probatoria —por no existir una presunción que la avale— de modo tal que quien alega la causal discriminatoria tampoco está eximido de aportar y producir la prueba transfiriendo —a la sazón dicha carga— al empleador que debe desnaturalizar que tras un despido sin justa causa se esconde la supuesta represalia discriminatoria y arbitraria contra la accionante. Lo que es difícil de asimilar es que, manteniéndose estas posturas, se establezca que es el empleador el que debe demostrar que de su parte no existió una motivación discriminatoria, cuando en la extinción del vínculo sin justa causa no se requiere de parte de la empresa la invocación de causa alguna, como lo define la misma naturaleza del artículo 245 primer párrafo (LCT) interpretando además a contrario sensu el artículo 242 (LCT) que define la justa causa como "la inobservancia por parte de la otra (contraparte) de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria y que por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación". En alguna medida, parece requerirse de la empresa demandada la prueba negativa (Juan José Etala —hijo —, en La Nación 20/11/2011 —Economía y Negocios.

En efecto, el fallo con poca claridad expresa: ""Resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo (discriminatorio), con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación" . "La doctrina del Tribunal, por ende, no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto, pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria, ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el prima facie acreditado

En el caso "Villalba", de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, se determinó que era viable decretar la nulidad del despido incausado cuando se hubiere acreditado por la parte agraviada, la existencia de una injuria que concebida como una acción antisindical se constituyó en un acto ilícito con la expresa indicación de que la empresa no aportó ninguna prueba que permita demostrar que su conducta no respondió a la conducta antisindical y discriminatoria que se le imputa. En alguna medida, la demostración de la parte actora se correspondió con la carencia de la demandada.

DERECHOS SOCIALES

Entre los derechos sociales fundamentales cuya defensa por vía judicial se encuentra legitimada pueden enumerarse el derecho a un nivel mínimo para los salarios y jubilaciones, el derecho a una prestación por desempleo, el derecho a servicios de salud y educación, etc. Medidas de gobierno que violen o nieguen estas prestaciones mínimas deben ser invalidadas por los jueces. Por encima de este mínimo de derechos la intervención judicial debería, correlativamente, ser más cautelosa.

Los derechos que fijan el nivel mínimo de protección igualitaria en la Argentina están reflejados en diversos artículos de la Constitución, tales como el 14, 14bis (Salario mínimo vital y móvil, seguro social, jubilaciones y pensiones móviles, defensa del bien de familia, compensación económica familiar, acceso a una vivienda digna, derechos sindicales y de huelga), 75 inciso 23 (que faculta al Congreso a "legislar Arreglos institucionales para proteger los derechos fundamentales") Una completa exposición de las herramientas jurídicas disponibles, junto a un detallado análisis crítico de casos judiciales en el derecho argentino puede encontrarse en el "Informe sobre la Situación de los Derechos Económicos Sociales y Culturales en la Argentina, promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato. A estas normas se suma la incorporación con rango constitucional, entre otras normas, del

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales, (Art. 75 inciso 22). Los jueces que asuman su deber de protección de los derechos socioeconómicos básicos tienen a su alcance diversas formas de forzar al resto del estado. Pueden invalidar medidas que vulneren el mínimo social, ordenar las prestaciones que correspondan, declarar la inconstitucionalidad de normas, etc. Existen ya en nuestro país, en forma más o menos aislada, casos en que los jueces han actuado en defensa de estos derechos sociales mínimos. En el área del derecho a la salud, por ejemplo, han ordenado al estado: la provisión de agua potable en zonas afectadas por contaminación; la provisión de tratamiento contra el HIV en forma de obligación principal, o subsidiaria. En “Painefilu, Mariano y otros c/ Consejo de Educación de Neuquén”, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Junín de los Andes ordenó la incorporación de un maestro de lengua y cultura mapuche a la planta docente de la escuela de una comunidad mapuche. El segundo caso hace referencia a consideraciones de mínimo social. En “Feldman, Andrea G. y otros c/Estado Nacional s/Amparo”, el Juzgado Federal de la Seguridad Social 7 ordenó restituir pensiones no contributivas a jóvenes con discapacidad pese a que participaban de un programa de inserción laboral, por entender que “las sumas percibidas no constituyen ingresos o recursos que permitan su subsistencia”. La interpretación regresiva que la Corte ha hecho en los últimos años de diversos derechos sociales, como el derecho a la movilidad de las jubilaciones, o a la preservación del valor monetario de las indemnizaciones laborales, nos obliga a no depositar una confianza excesiva en el poder judicial, los jueces tienen el deber de actuar en defensa de un mínimo social. La violación de ese deber no descalifica su existencia. Para hacer efectiva la intervención judicial en defensa de los derechos igualitarios mínimos es preciso que exista en la jurisprudencia una mayor amplitud en materia de legitimación activa.

Es un requerimiento más amplio que el de “Goldberg v. Kelly” 397 U.S. 254 (1970), en el cual la Corte resolvió que los estados no pueden poner fin a los beneficios sociales de una persona sin una previa audiencia administrativa. La

audiencia requerida allí no era una audiencia pública, y el fallo se limita a beneficios previamente vigentes. Me interesa, por último, destacar una vía en particular que merece ser explorada en mayor profundidad, porque se relaciona con el carácter democrático del mínimo social. Aun en aquellos casos en que la violación de los standards de mínima necesidad resulte en forma clara, pero con mayor razón en la medida en que la cuestión ascienda en complejidad o en el costo económico, los jueces deberían activar mecanismos de mayor contenido participativo y deliberativo que los procesos judiciales corrientes con el objetivo de llamar la atención de los órganos políticos y de la sociedad sobre el problema que están enfrentando.

CONCLUSION:

Podemos manifestar que lo que busca el derecho, es arribar a una resolución justa sobre el conflicto de intereses, ahora entendemos que la figura del juzgador no solo consiste en realizar dicha resolución, sino también que el mismo tiene que garantizar la paz social dentro del estado de derecho, si es importante agiornarse a los tiempos que corren, es decir que no podemos esperar contar en la actualidad con jueces de antaño y si bien es interesante el principio de intermediación procesal, es muy importante que no se transgreda la delgada línea que resguarda la defensa en juicio plasmada en la constitución nacional, entendiendo esta partes que si bien el juez debe tomar un rol mas protagónico en el proceso, solo debería garantizar el normal desenvolvimiento de la litis, y fallar conforme las pruebas aportadas por las partes, recordando que el sujeto legitimado activo de la acción civil es la parte y nunca el juzgador, quien –reitero- tendrá que fallar conforme a derecho en virtud a de la valoración de los elementos probatorios que le fueran incorporados al proceso las partes, entendiéndose que en el derecho civil, la controversias a resolver son contiendas de ámbito privado.

Citas:

- (1) Alfonzo, Santiago (h), La Corte Suprema y el control político (Bs As, Ed abaco, 1999)
- (2) Roberto Gargarella, Libertad y expresión democrática desde la perspectiva latinoamericana (2002)
- (3) PEYRANO, Jorge W. y PEYRANO, Federico J.. El activismo judicial. El Derecho 266-807 (2016)
- (4) VII Congreso de Daños
- (5) Art 1774 CCCN
- (6) Causa "Latorre Carla Sonia c/ Estado de la Prov ded Buenos Aires s/ Daños y Pj , Sentencia 116.571 del 18-XII-2013
- (7) CSJN Causa Atanor s,a c/ Est Nac dirección de Fabricas Miliatres s/ Daños y Pj, Sentencia II-VII-2007
- (8) Derecho.uba.ar/publicaciones7pensar-en-derecho/revista
- (9) Piero A. Tozzi, Activismo Judicial en latinamertica
- (10) Jane Roe, et al V. Henry Wede, District A Horney of Dallas, Country 410, Us 113 (19773)

BIOGRAFIAS

SANTIAGO, Alfonso, (h). En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho: consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales. Marcial Pons Argentina, Buenos Aires, 2010, 1 edición.

SANTIAGO, Alfonso, (h). La Corte Suprema y el control político. Editorial Ábaco. Buenos Aires. 1998.

TOLLER, Fernando y SERNA, Pedro. La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos. La Ley, Buenos Aires, 2000.

TOLLER, Fernando, FERNÁNDEZ SANTANDER, Adriel y D'ELIA, Daniel. Enfrentar o armonizar. Metodologías de la Corte para decidir sobre derechos y un ejercicio de control de razonabilidad. Suplemento bimestral sobre la Corte Suprema, J.A. 2012. VERBIC, Francisco, Ejecución de sentencias en litigios estructurales y complejos.

La eficacia del Poder Judicial en el control de políticas públicas. Ponencia presentada en el XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado en Córdoba, durante los días 18-20 de Septiembre de 2013.

Eficacia del debate procesal, libro colectivo sobre debido proceso, Rubinzal-Culzoni, 2003. 39. Disertación dada en el IV Congreso Internacional de Derechos Humanos, celebrado en el aula Magna de la Facultad de Derecho durante los días 19, 20 y 21 de abril de 2007. 137 pensar en derecho garantías en el área de los derechos humanos, diciendo:

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. El garantismo procesal. Activismo y garantismo procesal. Revista de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, año 2.009.

ABSTRACT:

Con el presente trabajo lo que se busca es interpretar la actividad de los jueces, a los fines de entender, criticar y analizar la actividad de estos y el llamado “Activismo Judicial” en la Republica Argentina, realizando un análisis de los fallos mas importantes y pioneros en la Argentina

Asimismo a los fines de entender la conductas de los jueces , nos remontamos a estudiar el orígenes de los jueces tanto en las primeras civilizaciones hasta su evolución en el Derecho Romano, realizando una distinción doctrinaria respecto a los perfiles de los juzgadores.

Destacamos el origen de Activismo judicial, el cual tienen su orígenes en Estados Unidos, remontándonos en los fallos de la Corte de dicho país durante el mandato del presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos Earl Warren (1953-1969),

Como así también realizando un resumen de fallo Roe vs Wade, siendo este un fallo judicial del año 1973, por el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos despenalizó el aborto inducido en ese país, siendo este uno de los casos más controvertidos y políticamente significativos de la historia del Tribunal Supremo de los Estados Unido y donde encontramos conforme las críticas con un exceso de activismo judicial.

Se realiza una vinculación con el principio de Intermediación con el activismo judicial y la carga dinámica de la prueba
