



ATRIBUCIONES Y FUNCIONES DEL JUEZ EN EL DERECHO ARGENTINO

Patricio Maraniello¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Atribuciones y funciones del Poder Judicial. 3. Clasificación constitucional. 4. Derecho comparado. 5. ¿El juez como controlador de la ley o del derecho? 6. Derecho a recurrir la sentencia ante una instancia superior. 7. A modo de conclusión.

1. Introducción

Mucho se ha hablado del funcionamiento y de la atribución del Poder Judicial de la Nación, pero si partimos desde una interpretación exegética de la Constitución Nacional (en adelante CN), sus elementos resultan muy diferentes.

Siempre se dijo que un juez debe buscar la verdad jurídica objetiva, impartir justicia y tiene como atribución dar a cada uno lo que le corresponda, con características de justiciero e igualitario.

Mientras que la CN le dio artículos expresos en lo que respecta a las atribuciones de los Poderes Legislativo art. 75)² y Ejecutivo nacionales (art. 99)³, al Poder Judicial no lo trató de igual manera. Tan sólo en dos artículos de menor extensión y en algunos casos de variada interpretación le fijó las correspondientes funciones y atribuciones.

¹ Profesor de grado y posgrado de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesor de Doctorado en la Universidad del Salvador. Profesor Titular de la Universidad de Concepción del Uruguay. Profesor asociado en la UCES y la ECAE. Profesor de la Escuela Judicial de la Asociación de Funcionarios y Magistrados del Poder Judicial de la Nación.

² El Congreso tiene treinta y dos atribuciones, si tenemos en cuenta los treinta y dos incisos que ostenta el artículo citado. Literalmente el art. 75 establece: “Corresponde al Congreso...”.

³ Aquí encontramos veinte atribuciones o funciones, a lo largo de veinte incisos. El art. 99 indica que “el Presidente de la Nación Argentina tiene las siguientes atribuciones...”.

Nos estamos refiriendo a los arts. 116⁴ y 117 de la CN⁵, que en principio engloban las cuestiones más importantes de su función específica⁶.

En dicho carácter cumple la función de moderar el desenvolvimiento político de los otros poderes, impidiendo que éstos excedan el ámbito de competencia que la Constitución les otorga y protegiendo los derechos humanos. Si bien es un poder independiente como los otros poderes del Estado, muchas veces se ha reclamado una mayor libertad económica en el manejo de su presupuesto.

De tal forma, el Poder Judicial federal, al ejercer su función jurisdiccional, es el órgano de control de constitucionalidad por antonomasia, pues está encargado de interpretar y aplicar —antes que cualquier otra norma— la Constitución Nacional⁷, y ahora también los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

También existe en el orden federal un Poder Judicial provincial, como indica el art. 5° de la CN, que a diferencia del Poder Judicial de la Nación es subsidiario, es decir, ejerce todo poder no delegado al poder central, por aplicación del art. 121 de la Carta Magna.

Sentado ello, cabe desarrollar los puntos más conflictivos que encontramos en las funciones y en las atribuciones constitucionales del Poder Judicial, y la figura del nuevo juez, en los albores del activismo judicial.

2. Atribuciones y funciones del poder judicial

2.1. Atribuciones

La palabra “atribuciones” deriva de atributo (*attributum*), que en latín significa cada una de las cualidades o propiedades de un ser. Por lo tanto, las atribuciones del Poder Judicial serán las cualidades particulares que tendrá un juez una vez revestido de dicho cargo, que por el solo hecho de haber sido designado se diferencia de un ciudadano común y de los otros poderes del Estado.

⁴ El art. 116 de la CN establece que “corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del Artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras...”.

⁵ Si bien el preámbulo de la CN habla de “afianzar la justicia”, ello no es una facultad exclusiva del Poder Judicial, sino de todos los poderes del Estado y del pueblo en su totalidad. Por lo tanto, es una finalidad generalizada y no exclusiva.

⁶ Sin dejar de soslayar que al adoptar el sistema norteamericano, donde el Poder Judicial es un verdadero poder del Estado y no un simple órgano encargado de aplicar y crear el derecho, como ocurre en Francia.

⁷ QUIROGA LAVIÉ, Humberto y otros, *Derecho constitucional argentino*, t. II, Rubinzal Culzoni, 2001, p. 1161.

La propia CN en el art. 109 establece un reaseguro a su función específica y exclusiva, donde indica que “en ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”.

2.2 Funciones

En cambio, el término “funciones” tiene distintos significados; puede ser utilizado en el sentido de estatus, profesión, cargo o empleo, designando el conjunto de deberes y responsabilidades de una persona, y es también la relación que existe entre dos o varios elementos, teniendo en cuenta que todo cambio que se introduzca en uno de ellos provocará modificaciones en los demás.

En toda colectividad existe la división de funciones entre personas o grupos, de modo que cada cual realice una contribución específica al conjunto de la sociedad. En la teoría funcionalista⁸, a la que está ligada, función es la contribución que aporta un elemento al conjunto del que forma parte⁹.

En la división de poderes cada uno tiene una función y una contribución específica por desarrollar, de tal modo que si algún poder del Estado altera su función, estaremos alterando la esencia republicana y democrática de Gobierno, es decir, los poderes del Estado tienen diferentes cuestiones específicas por tratar, pero todos deben velar por algo que los une, que puede ser el bienestar general.

3. Clasificación constitucional

A los efectos prácticos se considera conveniente juntar las atribuciones y funciones del Poder Judicial, pues una es consecuencia de la otra. Para una mejor comprensión interpretativa resulta apropiado dividir las en: 1) generales, 2) específicas.

1. Generales: las *generales* son las que les corresponden a todos los jueces sin distinción de rango o instancia (art. 108, CN). En ellas tenemos derechos y obligaciones.

a) Derechos: dentro de sus derechos están la inamovilidad en sus cargos mientras dure su buena conducta, y la intangibilidad en sus remuneraciones (art. 110, CN). Además, ningún poder del Estado podrá interferir en su actuar ni ejercer funciones judiciales (art. 109, CN).

⁸ Véase funcionalismo.

⁹ Microsoft ® Encarta ® (2007) Microsoft Corporation.

b) *Obligaciones*: las obligaciones son las que se encuentran desarrolladas en el art. 116¹⁰.

II. *Supremacía y control*: conocidos como el guardián de la supremacía constitucional y la inalterabilidad de su contenido. En 1864 en el caso “Ministerio Fiscal vs. Calvete” fue donde asumió la última palabra en la interpretación de normas constitucionales. Por lo tanto, el juez está investido de jurisdicción ordinaria y constitucional, en virtud de lo cual ejerce el control de constitucionalidad de todas las leyes y los actos estatales de conformidad con el principio de supremacía constitucional. Es decir, su obligación es ejercer función como un órgano jurisdiccional judicial y como poder del Estado. Todos los jueces deben realizar el control de constitucionalidad, sea éste de oficio o a pedido de parte, atento a ser una cuestión de orden público¹¹.

III. *Actividad jurisdiccional*: Según el artículo 116 de la Constitución Nacional, le corresponde al juez tomar conocimiento (acceso a la jurisdicción) y decisión (derecho a la tutela judicial efectiva) en todas las causas que versan sobre puntos regidos por la Constitución Nacional, las leyes nacionales (con la reserva del art. 75, inc. 12) y los tratados con las Naciones extranjeras¹².

1. *Específicas*: a diferencia de las generales, aquí las atribuciones y funciones se desarrollan a través de la división hecha por el art. 116 de la CN, entre la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los

¹⁰ Conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes y los tratados internacionales, con la reserva del art. 75, inc. 12 de la CN.

¹¹ Ampliar este punto en MARANIELLO, Patricio, *Declaración de inconstitucionalidad de oficio*, El Jurista, 2008.

¹² Con la palabra “conocimiento” está indicando que tendrá que conocer en forma exclusiva sobre puntos regidos por la Constitución, sin poder asumir otro órgano del Estado la iniciación del planteo, es decir, no existe una etapa previa administrativa o extrajudicial del control de constitucionalidad, sino que será primera, segunda y tercera instancia del Poder Judicial.

En la “decisión” hace referencia a que no sólo tomará conocimiento del conflicto, sino que tendrá que decidir, sin ningún tipo de excusa, como por ejemplo, ambigüedad interpretativa, lagunas normativas, entre muchas otras (en sentido concordante, art.15, CCiv.). Pero la decisión estará dirigida al caso concreto y a las partes involucradas en la causa, aunque la cuestión tenga incidencia colectiva, porque sea o no de interés colectivo, siempre estará signada a las personas que están dentro de este contexto físico, moral y psicológico.

Aquí tampoco se puede negar su decisión por tratarse de cuestiones políticas no judiciales, ya que todo es justiciable, pero ello no significa que luego pueda ser rechazado por cuestiones formales y materiales. No en vano la propia Corte ha tejido una vasta jurisprudencia en torno a este concepto para delimitar su competencia, tanto originada (“causa civil”) cuanto apelada (conf. art.2º de la ley 27) (CARNOTA-MARANIELLO, *Manual de derecho constitucional*, La Ley, 2008).

Tribunales Inferiores. De ese modo debemos hablar de las características especiales que revisten cada una de ellas.

a) *Corte Suprema*: en éstas sólo será competente para entender la Corte Suprema de Justicia en grado de apelación y según las reglas y excepciones que indicará la ley que dicte el Congreso Nacional (art. 117). En este supuesto las apelaciones más importantes son tres¹³:

I. *Recurso extraordinario* (en adelante RE)¹⁴: es igual al punto anterior, con la salvedad de que en todos aquellos casos podrá, si cumple ciertos requisitos formales y materiales, acudir por vía de apelación extraordinaria ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁵.

¹³ Sin perjuicio de los casos citados, la CSJN conocerá en las siguientes apelaciones:

- a) *Recurso de queja o directo* por apelación denegada por la Cámara de apelaciones o por el Superior Tribunal de Justicia de Provincia (art. 24, inc. 4º del decreto-ley 1285/58, y arts. 285,287, CPCCN).
- b) *Queja por retardo de justicia* (art. 24, inc. 5º del decreto-ley 1285/58).
- c) *Cuestiones de competencia, conflictos entre jueces y supuestos de privación de justicia* (art. 24, inc. 7º del decreto-ley 1285/58).
- d) *Avocación* (art. 22 del Reglamento para la Justicia Nacional (en adelante RJN), acordada de la CSJN del 17/12/1952).
- e) *Recurso de reconsideración* (art. 19 del decreto-ley 1285/58 y art. 23, RJN).
- f) *Recurso de revisión* (art. 24, inc. 3º del decreto-ley 1285/58; art. 479, CPPN).
- g) *Recurso de aclaratoria* (art. 24, inc. 3º del decreto-ley 1285/58).
- h) *Recurso de reposición de sus propias decisiones* (arts. 238 y 317, CPCCN).
- i) *Recurso de apelación de sanciones disciplinarias aplicadas a los magistrados por el Consejo de la Magistratura*, por cuestiones relacionadas con la eficaz prestación de justicia (art. 14, inc. c) de la ley 24.937).
- j) *Recurso de apelación contra juicio público de responsabilidad política* (Caso “Brusa” de la CSJN).
- k) *Recurso de tribunales superiores militares* (art. 6º de la ley 4055 y art. 24, inc. 2º del decreto-ley 1285/58. Sólo serán recurribles por esta vía las resoluciones irrevisables en sede judicial, conforme lo establece el art. 445 bis del Código de Justicia Militar, ley 23.049).
- l) *Recursos de organismos o tribunales de jurisdicción administrativa* (art. 257, CPCCN. Resoluciones del Tribunal de Superintendencia del Notariado; Comisión Federal de Impuestos; Colegios Profesionales, entre muchos otros).

¹⁴ Art. 14 de la ley 48; art. 6º de la ley 4055; art. 24, inc. 2º del decreto-ley 1285/58 y arts. 256 al 258, CPCCN.

¹⁵ CARNOTA-MARANIELLO, *Derecho constitucional*, La Ley, 2008.

Por vía legislativa (leyes 48, 4055 y decreto-ley 1485/58):

- *Cuestión federal*, es también llamada por Sagüés como cuestión constitucional.
 - *Sentencias definitivas* —no haya recurso posible contra esa decisión— o *resoluciones equiparables*.
 - *Último tribunal de la causa* —reformado implícitamente por la ley 4055-.
- Por vía pretoriana crea tres más:
- *Sentencia arbitraria* —lo insinuó en “Rey vs. Rocha” en 1909 y lo manifestó en el caso “Storani de Boidanich” en 1945—. Sirve para atemperar la no existencia de cuestión federal típica.
 - *Gravedad institucional* (“Jorge Antonio” en 1960) y;
 - *Per saltum o salto de instancia*.

II. Recurso ordinario (en adelante RO)¹⁶: mientras que en el RE el procedimiento es limitado y cerrado, en el RO es considerado una tercera instancia, donde puede abrirse a prueba y realizar medidas no efectuadas en instancias anteriores. Son requisitos de admisión que sean: a) causas en las que la Nación sea parte y el monto del pleito supere los \$462.753,70; b) pedidos de extradición; c) apresamientos o embargos marítimos en tiempo de guerra; d) causas vinculadas con salvamento militar; y e) cuestiones de legitimidad y regularidad de las patentes de los buques.

Originaria y exclusiva: la realiza sin una instancia anterior, es decir, en forma originaria y exclusiva; se encuentra regulada en el art. 117 de la CN; arts. 23 in fine y 24, inc. 1º del decreto-ley 1285/58; acordada 51 de 1973, que crea la Secretaría de Juicios Originarios.

Tribunales inferiores: dentro de éstos tenemos los juzgados de primera instancia y la Cámara de Apelaciones; en los primeros las atribuciones y funciones de los jueces se limitan a los hechos planteados por las partes en la demanda, la reconvención y la contestación, mientras que el derecho puede ser reemplazado o mejorado por el juez, atento a lo que establece el principio de *iura novit curiae* y *nomen iuris*. En cambio, en la Cámara de Apelaciones las limitaciones la encontramos en los fundamentos y peticiones de los recursos de apelaciones.

La Corte, por su parte —como ya dijimos— es una vía excepcional y no cumple el rol de ser una tercera instancia de revisión, es por ello que su función se centra en el estudio de los verdaderos y reales supuestos de instancia extraordinaria; de hecho su principal recurso se llama recurso extraordinario¹⁷.

4. Derecho comparado

4.1. Reino unido

¹⁶ Art. 24, inc. 6º del decreto-ley 1285/58.

¹⁷ Aunque existen la vía ordinaria —con ciertos requisitos personales y de monto— y la vía originaria y exclusiva —en todos los asuntos que versen sobre embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y cuando una provincia es parte—.

Alberto Bianchi indica que el sistema inglés desarrolló en la práctica la división de poderes, pero ella formalmente no existe en el Reino Unido, pues allí el Parlamento es soberano. Asimismo, el Máximo Tribunal inglés ha estado dentro de la Cámara de los Lores hasta la reciente creación de la Corte Suprema en 2005. Ello permitió, además, la subsistencia secular de funcionarios como el Lord Canciller (*Lord Chancellor*), que hasta la reducción de sus atribuciones reunía funciones ejecutivas, judiciales y legislativas¹⁸.

A la modificación del año 2005 la podemos denominar “integradora comunitaria”, pues la verdadera razón se basa en el acercamiento del sistema inglés al derecho comunitario europeo, es decir, la creación de un órgano diferente al legislativo que sea última instancia como guardián de la Constitución, aunque para ello a la Corte Suprema del Reino Unido le falta limar muchas asperezas y realizar más modificaciones para transformarse en un Tribunal Constitucional al estilo de Europa continental.

No es menos peculiar, asimismo, que en la cuna del constitucionalismo no exista un sistema de control de constitucionalidad, cuando ello es una preocupación central de cualquier Constitución formal. Pero ocurre que la rigidez de la Constitución y el sistema de control que de ella deriva es incompatible con la doctrina de la soberanía del parlamento que, como ya dijimos, está en el centro del sistema constitucional inglés. Por ello, a diferencia de todos los restantes sistemas constitucionales, que establecen formalmente la supremacía de la Constitución, los ingleses han consagrado la preeminencia del Parlamento, que sanciona las leyes que conforman, en todo caso, la dispersa Constitución inglesa. Así, el Reino Unido no tiene convención constituyente ni Tribunal Constitucional o, en todo caso, ellos están reunidos dentro del Parlamento. Y todo esto explica por qué esta centenaria institución no es resultado de una inspiración de un teórico gabinete. Por el contrario, es el fruto de un lento y doloroso proceso de gestación, en el que cada porción de poder que el rey perdió fue conquistada a favor de los Comunes¹⁹.

4. 2. EE. UU.

Si queremos realizar una verdadera interpretación de los arts. 116 y 117 de la CN, debemos ir a sus fuentes, ya que las atribuciones y funciones del Poder Judicial no

¹⁸ BIANCHI, Alberto, *Historia de la formación constitucional del Reino Unido*, Cathedra jurídica, 2009.

¹⁹ BIANCHI, Alberto, ob.cit.

fueron una creación criolla, sino una adaptación²⁰ del art. III, sección segunda, párrafo primero y segundo, que transcribimos a continuación:

1. El Poder Judicial entenderá en todas las controversias, tanto de derecho escrito como de equidad, que surjan como consecuencia de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos y de los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad; en todas las controversias que se relacionen con embajadores, otros ministros públicos y cónsules; en todas las controversias de la jurisdicción de almirantazgo y marítima; en las controversias en que sean parte los Estados Unidos; en las controversias entre dos o más Estados, entre un Estado y los ciudadanos de otro, entre ciudadanos de Estados diferentes, entre ciudadanos del mismo Estado que reclamen tierras en virtud de concesiones de diferentes Estados y entre un Estado o los ciudadanos del mismo y Estados, ciudadanos o súbditos extranjeros.
2. En todos los casos relativos a embajadores, otros ministros públicos y cónsules, así como en aquellos en que sea parte un Estado, el Tribunal Supremo poseerá jurisdicción en única instancia. En todos los demás casos que antes se mencionaron el Tribunal Supremo conocerá en apelación, tanto del derecho como de los hechos, con las excepciones y con arreglo a la reglamentación que formule el Congreso.

Como se podrá notar, el inc. 1º, salvo algunas cuestiones, fue copiado y transcrito en nuestro art. 116, mientras que el inc. 2º lo fue en el art. 117, por lo que en los conflictos que involucren a dos o más Estados resulta de competencia originaria la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que se sustancia a través de un procedimiento determinado.

Las diferencias que existen con nuestra Constitución son:

- a) El art. 116 de la CN se inicia con la palabra “corresponde” como un imperativo en lo relativo a la custodia constitucional, mientras que la de EE. UU. lo establece como una función optativa entre el derecho y la equidad²¹.

²⁰ No cabe duda de que resulta una real adaptación, pues el mismo art. 1º de la CN establece: “La Nación Argentina ‘adopta’ para su gobierno la forma representativa, republicana y federal...”. Esto significa que la CN no crea un nuevo sistema, sino que lo copia y lo adapta de modelos extranjeros, como en el caso de las atribuciones del Poder Judicial con el art. 116 de la CN.

²¹ Equidad (*equity*) es un conjunto de normas de índole recursiva y reparatoria que rigen en los tribunales llamados de “equidad”, y en cuya virtud éstos pueden apartarse de las normas más severas del derecho común, apreciando los hechos bajo su alcance de acuerdo con un criterio más amplio y examinando la totalidad de las circunstancias que lo caracterizan, revistan éstas o no carácter estrictamente legal.

- a) La Constitución de EE. UU. habla de *to all cases*²² como controversia, mientras que la Constitución Nacional lo asimila a *causa*. Nuestro Máximo Tribunal ha dicho que la existencia de un caso contencioso constituye un presupuesto básico del control de constitucionalidad. Al respecto, Bidart Campos considera que “no es causa la cuestión abstracta o teórica que se propone a un tribunal bajo forma de consulta, o sin un hecho específico sobre el cual la parte justifica plantear una pretensión jurídica judicial, o sin un caso concreto que merezca tutela judicial a favor de parte legitimada por la titularidad de un derecho o interés suficiente. Para que haya causa, el pronunciamiento que dicta el tribunal no tiene que asumir naturaleza de dictamen, o de una opinión de carácter consultivo, sino una decisión sobre cuestión real y sustancial que afecte a la parte justiciable”²³.
- b) La CN tiene una exigencia en el “conocimiento” y “decisión”, mientras que la de EE. UU. hace referencia a una función denominada *shall extend* de un modo extensivo en el entendimiento.
- c) En la parte segunda de la sección segunda del art. III de la Constitución de EE. UU., se distingue entre la vía originaria y exclusiva y la vía de apelación, al igual que nuestro art. 116, pero con la diferencia que en EE. UU. el grado apelativo lo será tanto cuestiones de hecho como de derecho, con las excepciones y con arreglo a la reglamentación que formule el Congreso norteamericano.

4. 3. México

Si bien México sigue el sistema federal, al igual que EE. UU., resulta un buen ejemplo para observar al desarrollar atribuciones y funciones diferentes.

La Constitución de 1917 con las reformas de 1998, y la *última reforma DOF 09-02-2012*, establece, en su artículo 94, una interesante división un poco más nutrida, atento a que se ha depositado el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito.

²² Todos los casos —judiciales—.

²³ BIDART CAMPOS, G. J., *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1988, p.181

Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite, según el artículo 103:

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

II. Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencia del Distrito Federal.

III. Por normas generales o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.



➤ Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I. *De las controversias constitucionales* que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral y a lo establecido en el artículo 46 de esa Constitución, se susciten entre:

- a) La Federación y un Estado o el Distrito Federal;
- b) la Federación y un municipio;
- c) el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal;
- d) un Estado y otro;
- e) un Estado y el Distrito Federal;
- f) el Distrito Federal y un Municipio;
- g) dos municipios de diversos Estados;
- h) dos poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
- i) un Estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
- j) un Estado y un municipio de otro Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; y
- k) dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los municipios impugnadas por la Federación, de los municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos C), H) y K) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos. En los demás casos, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia tendrán efectos únicamente respecto de las partes en la controversia.

II. *De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución. Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:*

a) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión.

b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano.

c) El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano.

d) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano, y

e) el equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea.

f) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro.

g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los Estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

III. *De oficio o a petición fundada* del correspondiente Tribunal Unitario de Circuito o del Procurador General de la República, podrá conocer de los recursos de apelación en contra de sentencias de Jueces de Distrito dictadas en aquellos procesos en que la Federación sea parte y que por su interés y trascendencia así lo ameriten.

La declaración de invalidez de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de este artículo no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia.

En caso de incumplimiento de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de este artículo se aplicarán, en lo conducente, los procedimientos establecidos en los dos primeros párrafos de la fracción XVI del artículo 107 de esta Constitución.

➤ Artículo 106. Corresponde al Poder Judicial de la Federación en los términos de la ley respectiva, dirimir las controversias que por razón de competencia, se susciten entre los tribunales de la Federación, entre éstos y los de los Estados o del Distrito federal, entre los de un Estado y los de otro o entre los de un Estado y los del Distrito Federal.

Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente (art.107).

Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la

Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de noventa días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no será aplicable a normas generales en materia tributaria.

En el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de los conceptos de violación o agravios de acuerdo con lo que disponga la ley reglamentaria.

4.4 Alemania

Hemos elegido Alemania para dar un ejemplo del modo en que funcionan los sistemas concentrados de los tribunales constitucionales.

El artículo 93, inc. 1º de la Constitución Alemana del 23 de mayo de 1949 — enmendada en 2001— establece la competencia de la Corte Constitucional Federal en los siguientes casos:

Inc. 1º, sobre la interpretación de la presente Ley Fundamental respecto a controversias sobre el alcance de los derechos y deberes de un órgano supremo de la Federación o de otras partes investidas de derechos propios por la presente Ley Fundamental, o por el reglamento interno de un órgano federal supremo.

Inc. 3º, en caso de controversias sobre los derechos y deberes de la Federación y de los Länder, especialmente en lo que concierne a la ejecución del Derecho federal por los Länder y al ejercicio del control federal.

Inc. 4º, en otras controversias de derecho público entre la Federación y los Länder, entre los Länder o dentro de un Land, siempre que no esté abierta otra vía judicial.

La Ley Fundamental de Bonn señala que el Tribunal Constitucional tiene competencia sobre *“la interpretación de la Constitución con motivo de los conflictos acerca del derecho y de los deberes de uno de los órganos federales superiores o de otros interesados que estén dotados de derechos propios por la Constitución o por el reglamento de un órgano federal”*.

La ley que regula al Tribunal Constitucional alemán establece que el demandante debe plantear la lesión o puesta en peligro de las competencias previstas en la Constitución,

pudiendo tener ese carácter el Presidente Federal, El Bundestag, el Bundesrat o el Gobierno Federal, determinadas fracciones de los órganos que acabamos mencionar y los municipios, en tanto se les afecte en sus garantías institucionales. También puede señalarse que el Tribunal Constitucional tiene competencia para conocer de los conflictos entre los órganos superiores —o las fracciones de éstos— de cada Land respecto de la Constitución de este último, siempre que a nivel local no se establezca una vía de solución en tal sentido, o cuando una ley del propio Land delegue en el Tribunal Constitucional esa competencia.

4.5. España

Si bien España tiene una regulación parecida a Alemania, se diferencia en la participación del Rey y del pueblo, es decir, una monarquía parlamentaria.

Son órganos del Poder Judicial: I) el Supremo Tribunal Federal; II) el Superior Tribunal de Justicia; III) los Tribunales Regionales Federales y jueces federales; IV) los Tribunales y jueces del trabajo; V) los Tribunales y jueces electorales; VI) los Tribunales y jueces militares; VII) los Tribunales y jueces de los Estados, del Distrito Federal y Territorios (art. 92 de la Constitución Española).

El art. 117 de la Constitución Española establece que la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley. El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123).

El Tribunal Constitucional se compone de doce miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial (art. 159).

El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer (art. 161):

Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.

Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.

De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.

De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.

El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses.

El art. 162 dispone que estén legitimados:

- Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.
- Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.
- En los demás casos, la ley orgánica determinará las personas y órganos legitimados.

Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos (art. 163).

4.6. Brasil

El art. 102 de la Constitución de Brasil enumera la competencia del Supremo Tribunal Federal, principalmente, la garantía de la Constitución, correspondiéndole:

Inc. I. Procesar y juzgar, originariamente:

e) los litigios entre Estado extranjero u organismo internacional y la Unión, el Estado, el Distrito Federal o el Territorio;

f) las causas y los conflictos entre la Unión y los Estados, la Unión y el Distrito Federal, o entre unos y otros, inclusive las respectivas entidades de la administración indirecta;

n) los conflictos de jurisdicción entre el Superior Tribunal de Justicia y cualesquiera tribunales, entre Tribunales Superiores o entre éstos y cualquier otro Tribunal;

Inc. II. Juzgar, en recursos ordinario:

a) los "habeas corpus", los "mandados de seguridad", los "hábeas data" y los "mandados de injuncao" decididos en única instancia por los Tribunales Superiores, si la resolución fuese denegatoria;

b) el delito político.

Inc. III. Juzgar, mediante recurso extraordinario, las causas decididas en única o última instancia, cuando la decisión recurrida:

a) fuese contraria a disposiciones de esta Constitución;

b) declarase la inconstitucionalidad de un tratado o una ley federal;

c) juzgase válida una ley o un acto de un gobierno local discutido a la vista de esta Constitución;

Parágrafo único. La alegación de incumplimiento de un precepto fundamental derivado de esta Constitución será apreciada por el Supremo Tribunal, en la forma de la ley.

4.7. Regulación normativa argentina

En la reforma constitucional de 1860 —o la completitud de la Constitución histórica de 1853/1860— la Comisión Examinadora en el informe realizado a la Convención del Estado de Buenos Aires —integrada por Bartolomé Mitre, Dalmacio Vélez Sársfield, José Mármol, Antonio Cruz Obligado y Domingo Faustino Sarmiento—, dejó sin efecto la potestad de resolver conflictos internos provinciales, situación ésta que alteraba considerablemente el federalismo.

A continuación se transcribe lo allí decidido:

La atribución a la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del antiguo art. 97 del año 1853 —copiado del art. III, sección 2ª, partes 1º y 2º de la Constitución de EE. UU., pero innovando en esta parte— de conflictos entre los diferentes poderes de la misma provincia, desnaturaliza completamente el Poder Judicial de la Nación y es

atentatorio contra la soberanía provincial; importaría una subversión completa del orden constitucional de cada localidad, dando lugar a mayores conflictos que los que pretender evitar, cuando hay medios fáciles y conocidos sin salir del círculo de las leyes provinciales para dirimir tales conflictos²⁴.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó abierta la posibilidad de realizar el control de constitucionalidad en los casos de encontrarse en peligro o comprometida la defensa en juicio y la forma republicana de gobierno²⁵.

Luego de las modificaciones señaladas del art. 117 de la Constitución Nacional, quedó reducida la competencia originaria y exclusiva en todas las causas que se susciten entre: a) asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros y b) cuando una provincia sea parte (una provincia con vecinos de otra; una provincia con un ciudadano extranjero; una provincia con un Estado extranjero).

En lo que respecta a los casos en que una provincia sea parte, el artículo señalado si bien —como se dijo— es copiado del art. III, sección 2ª, partes 1º y 2º, difieren en que éste utilizó una sola expresión —“originario”— mientras que nuestra ley fundamental le agregó “exclusiva”. Parecería que aunque en muchas ocasiones se ha pasado por alto que la palabra exclusividad denota la indispensable e importante necesidad de que no haya ninguna forma de ampliar, las realidades fueron muy diferentes; en EE. UU. La Corte Suprema fue limitando a muy pocos casos (165 hasta 1993), mientras que la Argentina fue ampliándose considerablemente.

Al respecto, María Angélica Gelli, explica:

En la primera inconstitucionalidad declarada en los EE. UU. En el orden federal —en el caso “Marbury”— la Corte Suprema de Justicia sostuvo que era incompatible con la Constitución Federal una ley del Congreso que ampliaba los casos de competencia originaria del Tribunal. No obstante, esa Corte admitió la constitucionalidad de normas que restringían su competencia originaria, a favor de tribunales federales inferiores.

Acerca del problema, la Corte Suprema argentina tuvo ocasión de pronunciarse en “Sojo”²⁶. En este caso se trata de una acción de hábeas corpus iniciada ante la CSJN a raíz de la prisión de un periodista, ordenada por la Cámara de Diputados de la Nación por todo el tiempo que durasen sus sesiones. El tribunal declaró su incompetencia sosteniendo que “no es dado a persona o poder alguno ampliar o extender los casos en

²⁴ Sesión ordinaria del 25 de abril de 1860, Ravignani, Emilio 1937:781.

²⁵ Fallos 210:1031; 259:11; 262:212.

²⁶ Fallos 32:120 (1887).

que la Corte Suprema ejerce jurisdicción exclusiva y originaria por mandato imperativo de la Constitución”. Párrafos más adelante, el Tribunal reforzó el concepto diciendo: “La jurisdicción originaria y exclusiva de la Corte, no está sujeta a las excepciones que pueda establecer el Congreso; limitada como lo está, no puede ser ampliada ni restringida; la que está sujeta a reglamentación, es la jurisdicción apelada, que puede ser ampliada y restringida por ley, según la organización y reglamentación de los tribunales inferiores, tanto respecto de cuestiones de hecho como de derecho”²⁷.

5. ¿El juez como controlador de la ley o del derecho?

La importancia de la ley se inicia con el nacimiento del Estado de Derecho legal (en adelante EDL) que fue generado en la revolución francesa, pero desde ahí logra proyectarse al resto de Europa continental y también exportarse para las tierras latinoamericanas.

Uno de los modos exitosos de definir el EDL era precisamente a partir de la ley, en tanto el Poder Legislativo era el encargado de "hacerla", el Poder Ejecutivo de "ejecutarla" sin alterar su espíritu, y el Poder Judicial de "aplicarla". Sin duda que en esa caracterización quedaba reconocida la prevalencia del Poder Legislativo, en tanto los otros funcionaban de una manera subordinada o subsidiaria, y así el trabajo a cumplir por los otros dos poderes del Estado venía después de la ley, pero respetándola y aportando a su eficacia²⁸.

Se trata de un modelo exitoso que impera casi pacíficamente desde comienzos del siglo XIX hasta la segunda guerra mundial, pero que inicia su crisis y sustitución — especialmente en la práctica jurídica— después de los tribunales de Núremberg. Un ejemplo de esta tesis es el fallo de la Corte Suprema en la causa “Priebke²⁹, cuando la mayoría decide ampliar los tipos penales sobre la base del *ius cogens*, o sea, un derecho de valor racional intrínseco, pero que no estaba escrito ni publicado.

Simbólicamente la quiebra de aquel modelo queda al desnudo cuando en Núremberg se condena jurídicamente a los jefes nazis por cumplir la “ley” y violar el “derecho”. En una sucinta caracterización de ese nuevo Estado de Derecho constitucional podríamos señalar tres notas definitorias: 1) la Constitución deja de ser un programa político y se

²⁷ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 2ª ed. ampliada y actualizada, 2003, La Ley, Buenos Aires, p. 831.

²⁸ VIGO, Rodolfo Luis, “Fuentes del derecho en el Estado de Derecho y el neoconstitucionalismo”, La Ley, 2012.

²⁹ “*Priebke*, Erich s/solicitud de extradición —causa N° 16.063/94—”, *CSJN* del 02/11/1995.

reconoce como una verdadera fuente del derecho, 2) la Constitución se rematerializa o sustancializa cargándose de moral a través de principios, valores, fines o derechos humanos, 3) se crean jueces con la competencia de contralor a todas las normas jurídicas para constatar si son o no compatibles con la Constitución³⁰.

Por lo tanto, el juez no sólo controla la ley, sino también el derecho en un sentido axiológico de su contenido, cuyos elementos los tenemos en la propia Constitución; a esto lo conocemos con el cumplimiento del llamado Estado de Derecho constitucional.

5. Derecho a recurrir la sentencia ante una instancia superior

Una de las cuestiones debatidas atento a la jerarquía constitucional que revisten los tratados del art. 75, inc. 22, y más precisamente el art. 8º, inc. 2º, ap. H de la Convención Americana de Derecho Humanos, en tanto dicha normativa garantiza el derecho de todo inculcado de delito a recurrir la sentencia ante un tribunal superior — efecto del caso “Felicetti”³¹— es que debería modificarse toda instancia única, y dentro de ella la originaria y exclusiva del art. 117 de la CN.

En “Felicetti” la Corte Federal sostuvo que el derecho al recurso debía ser entendido en el sentido de que la sentencia condenatoria tenía que derivar de un tribunal “superior”, y no de uno “inferior”, lo cual no implicaba necesariamente la necesidad de que mediara la intervención de un “recurso”, pues el caso bien podía ser de competencia originaria de ese Tribunal “superior”, tal como actúa la CSJN en los casos de competencia originaria y exclusiva derivados del art. 117 de la CN. Para Hitters este precedente “...de un plumazo casi pulveriza la doble instancia...” atentando en contra del derecho al recurso³².

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el precedente “Herrera Ulloa”, fallado el 02/07/2004, se pronunció de manera categórica. El mentado tribunal internacional concluyó que el recurso de casación, prescripto en el Código Procesal penal de Costa Rica, no resulta bastante para abastecer, suficientemente, el derecho a la “doble instancia” (garantía del “doble conforme”), normada en el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Fue así como concluyó que el Estado demandado violó la garantía judicial del “doble

³⁰ VIGO, Rodolfo, ob. cit.

³¹ CSJN, caso “Felicetti”, sentencia del 21 de diciembre de 2000, considerandos 6 y 9. Fallos 323:4130. El citado Tribunal lleva adelante aquí una interpretación propia de la doble instancia (cfr. art. 8.2.f, CADH), especialmente a partir del considerando 10.

³² Grisetti, Ricardo del 3 de junio de 2008, www.eldial.com.ar.

conforme”, en función de lo cual resolvió que “...dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 2º de la misma...” (puntos resolutivos nros. 2 y 5)³³.

Por otro lado, el uso del *certiorari* es un aludido obstáculo a la competencia de la Corte Federal; importaba, a la vez, una clara perturbación del derecho a la doble instancia. En “Gioldi” el más encumbrado Tribunal de la Nación reconoció la autoridad de la jurisprudencia de los tribunales internacionales al decir que éstos debían “servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales”. Siendo ello así, sin duda la opinión de la Comisión Interamericana sentada en “Maqueda” tuvo una fuerte influencia en el parecer de la Corte Federal, confluyendo ambos organismos en un único temperamento³⁴.

El ilustre profesor Bidart Campos expresa:

Se mezcla en el artículo 117 de la Constitución Nacional la “materia” de la causa. Según su criterio, “la jurisdicción originaria y exclusiva jamás puede depender de la ‘materia’ de la causa, sino únicamente de las ‘personas’ (o partes) a las que concierne la causa, o que como partes intervienen en ella, resultando inconstitucional mezclar en la jurisdicción originaria la ‘materia’ de la causa para ampliar o para disminuir esa jurisdicción”³⁵.

No puede incluirse dentro de la competencia originaria de la Corte Suprema, por razón de la “materia”, el caso en que una provincia litiga con sus vecinos sobre un asunto de naturaleza federal. Por razón de la “materia” (federal), para este tratadista, ese caso correspondería a la jurisdicción federal, más concretamente a los tribunales federales de primera instancia.

6. El activismo judicial

Activismo es toda actitud activa, frontal y directa frente a diferentes obstáculos que se pueden presentar en el camino hacia un determinado objetivo. La palabra “activa” deriva del latín *activus*, que significa facultad de obrar, con diligencia, eficacia y prontitud, sin dilación³⁶.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ BIDART CAMPOS, Germán 1998:506.

³⁶ Microsoft® Encarta® 2007. © 1993-2006 Microsoft Corporation.

Aquí encontramos la característica general y los elementos esenciales del activismo. Dentro de la primera, tenemos la facultad de obrar sin dilación, mientras que sus componentes esenciales son: a) diligencia³⁷, b) eficacia³⁸, y c) prontitud³⁹.

La locución “activismo judicial” fue posiblemente usada por vez primera por la Suprema Corte de EE. UU., alrededor de 1954 cuando se autoproclamó “activista”, muy especialmente bajo la presidencia del juez Earl Warren, con el célebre caso “Brown vs. Board of Education” —17/05/1954— donde se declaró, por unanimidad, la inconstitucionalidad de la segregación racial en las escuelas norteamericanas. Lo curioso de este caso, de ahí la posición activista, es que nada se dijo sobre la forma de ejecución de dicha sentencia, ni incorporaba a los cinco chicos demandantes, ni obligaba a las cinco mil escuelas a dejar de lado la norma inconstitucional que beneficiaría a tres millones de estudiantes de color.

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

Esta decisión con ribetes políticos no altera la división de poderes, que como sostiene Alberto Bianchi⁴⁰ es la reafirmación dinámica del Estado de Derecho.

Si bien como se ha señalado, la palabra activismo tuvo sus comienzos en los fallos de la Corte de EE. UU., el instituto tuvo sus antecedentes hace más de setecientos años en las

³⁷ Una persona diligente es todo actuar rápido en el obrar, activa. La negligencia se nutre con nuestras dilaciones: “Todavía tengo tiempo, aún falta para..., mañana lo haré, ya veré si encuentro alguien que lo haga, no hay apuro...”. Esas postergaciones equivalen a olvidos; la única diferencia es que en lugar de relegar las obligaciones al subconsciente, las relegamos en el tiempo.

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

³⁸ Cualidad de eficaz. Se aplica a la persona o cosa que realiza satisfactoriamente su función.

³⁹ Rapidez en hacer algo. Deriva de la palabra “pronto” que significa “rápido y diligente”.

⁴⁰ BIANCHI, Alberto, *Dinámica del Estado de Derecho*, Abaco, Bs.As., Argentina, 1996.

Siete Partidas del Rey Alfonso el Sabio, donde en la Partida Tercera, Ley 11, Título IV, se le imponía al juez “*saber* la verdad del pleito por cuantas maneras pudiese”, otorgándole un poder muy amplio (activismo), siempre que lo sea en aras de esclarecer la verdad del pleito.

Ello fue sostenido por Esteves Saguí⁴¹ —uno de nuestros primeros procesalistas argentinos— que había rescatado esta facultad proveniente de las partidas, antes de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, al señalar en su tratado que el juez podía buscar la verdad en cualquier tiempo hasta la sentencia. Es por ello que aquél no sólo fue el primer procesalista, sino también el primer activista judicial.

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

6.1. El activismo constitucional

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

Afianzar la justicia es uno de los pocos elementos que nos ha dejado la Constitución histórica de 1853/60. El término “afianzar” tiene varias acepciones, tales como:

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

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

⁴¹ SAGUÍ Esteves, Miguel, *Tratado elemental de los procedimientos civiles en el foro de Buenos Aires*, 1850.

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

Bidart Campos expresa que “afianzar la justicia” no se trata solamente de la administración de justicia que está a cargo del Poder Judicial, ni del valor de justicia que dicho poder está llamado a realizar. Abarca a la justicia como valor que exige conductas justas de gobernantes y gobernados. La Corte ha dicho⁴² que esta cláusula es operativa y que obliga a todo el Gobierno Federal.

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

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

Por tanto, puede concluirse que subyace un malestar generalizado y común en todos los países respecto del desempeño de la justicia. Con independencia de los posibles sesgos y prejuicios de la opinión pública, la insatisfacción ciudadana sobre el desempeño del sistema judicial es mucho más descriptiva y real que los contenidos constitucionales y legales referidos a ella⁴³.

6.2. El activismo procesal⁴⁴

En este punto debemos realizar una salvedad, el activismo del juez en el proceso penal, al existir el sistema inquisitivo, nunca se ha discutido, aunque existían fuertes controles por parte de los principios y garantías constitucionales. Ello ha tenido un cambio significativo en las últimas modificaciones legislativas, donde ha ganado terreno el rol

⁴² CSJN in re “Pérez Smith, Ana M. y otro s/despido”, consids. 3 y 6, Fallos 300:1282, LL 1979-A-430.

⁴³ Estudio realizado el 30 de marzo de 2007 por el Observatorio de la Unión Iberoamericana del Colegio de Abogados y Agrupaciones de Abogados Argentina de Colegio de Abogados. Este material nos fue aportado por el vicepresidente del Observatorio y presidente de la FACA, Dr. Carlos Andreucci, quien ha trabajado muy profusamente esta problemática.

⁴⁴ MARANIELLO, Patricio, “El rol del juez en el nuevo milenio”, www.eldial.com.ar. DC72D.

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

Ahora bien, con la ley 25.488, publicada en el Boletín Oficial el 22 de noviembre de 2001, que recién entró en vigencia a partir del 22 de mayo de 2002, se ha efectuado una importante modificación en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante CPCCN), reformando más de sesenta artículos, derogando dieciocho e incorporando cuatro.

La celeridad en el procedimiento civil y la profundidad del rol del juez como “director del proceso” parecieran ser los principales objetivos que pretenden alcanzar las modificaciones introducidas en el CPCCN⁴⁵.

En su dictamen, el senador nacional Ricardo Branda indicó que la reforma “...provee al proceso judicial normas que tienden a facilitar, simplificar y agilizar ciertos aspectos del procedimiento, con miras a lograr, asimismo una razonable unidad en el espíritu del ordenamiento vigente...”⁴⁶.

Resulta conveniente recordar que el juez, si bien tenía un papel activo en las diferentes etapas del proceso, éstas resultaban de aplicación potestativa en muchos casos, pero ello se ha reformado transformándose en un verdadero imperativo legal, cuyos deberes disciplinarios, ordenatorios e instructorios constituyen una obligación para los magistrados de la causa, luego de la modificación de los artículos 35 y 36 del CPCCN⁴⁷, y cuyo incumplimiento podría traerles cierto grado de responsabilidad en su inacción judicial. Aunque dichas obligaciones resultan de algún modo un poco desmesuradas, si tenemos en cuenta las múltiples tareas que ostenta un magistrado, que van desde la administrativa interna de su propio juzgado hasta su asistencia a las audiencias (conciliatorias, confesionales, preliminares...), cuestiones incidentales, interlocutorios y el dictado de la sentencia definitiva.

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

El deber es un mandato legal que nos fuerza a actuar de determinado modo frente a situaciones específicas. Se muestra como un vínculo genérico-social, donde debe

⁴⁵ OSTROWER, Ricardo - SORIA, Santiago, “Reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, LL diario del 12/12/2001.

⁴⁶ Dictamen en el proyecto de ley del senador Branda, Congreso Nacional, Cámara de Senadores, Sesiones Ordinarias de 1999, orden del día nro. 253, Dirección Publicaciones, impreso el 14 de mayo de 1999.

⁴⁷ Ello se ha trasladado en muchos códigos procesales de provincia, como los nuevos arts. 32 y 33 del Código de rito de la Provincia de Entre Ríos, modificado por la ley 9776.

responderse al grupo social en cumplimiento de sus intereses por cargos por él mismo otorgados⁴⁸. En cambio, por facultades debe entenderse a las “atribuciones que la ley confiere expresa o implícitamente, pero cuyo ejercicio depende del arbitrio de ellos, quienes, por tanto, pueden asumir o no la conducta correspondiente⁴⁹.”

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

Por otro lado, el proceso inquisitivo traslada el dominio de la actividad procesal al magistrado, que no solamente dirige e impulsa el proceso, sino también promueve su iniciación y realiza los actos de investigación tendientes a la asunción del material de conocimiento. Así enunciado, el tipo procesal inquisitivo solamente se da en la etapa instructora del proceso, cuya naturaleza jurisdiccional es discutible⁵⁰.

Sostenemos que el actual proceso civil tiene características *dispositivas mixtas*, ya que toma rasgos típicos de ambos sistemas; por el lado inquisitivo puro tenemos los deberes marcados en los artículos citados, y en lo que respecta al dispositivo tenemos funciones que sólo pueden ejercer las partes, como el pedido de regulación de honorarios, la apelación, etcétera.

Con la modificaciones señaladas, la relación juez y partes se ha alterado, debiendo aquél enderezar las causas cuando las partes: 1) dejan caer el procedimiento por falta de impulso, 2) presentan escritos estériles con el solo objetivo de retrasar el momento del dictado de la sentencia, que seguramente iba a resultar en su contra, y 3) incurran en actos contrarios al deber de lealtad, probidad y buena fe⁵¹.

⁴⁸ BOURGUIGNON, Marcelo, “Deber de saneamiento del juez”, Revista Jurídica Universidad Nacional de Tucumán”, junio de 1988, p. 18.

⁴⁹ Código Civil, Comercial, Laboral y de Minería, Esquel, Chubut, Sala civil in re “A.F. s/Suc. ab intestato”, interlocutorio del 7/12/2000, SAIJ Q 0011473.

⁵⁰ MARANIELLO, Patricio A., *Manual de despachos e interlocutorios judiciales*, Grün, 2001, p. 238.

⁵¹ Los jueces, según las normas mencionadas, deberán:

1. Tomar intervención saneando nulidades, art. 34, inc. 5º, apart. b), CPCCN.
2. Mantener la igualdad de las partes en el proceso, art. 34, inc. 5º apart. c), CPCCN.
3. Prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe, art. 34, inc. 5º, apart. d), CPCCN.
4. Vigilar para que en la tramitación de la causa se procure la mayor economía procesal, art. 34, inc. 5º, apart. e), CPCCN.
5. Declarar, en oportunidad de dictar las sentencias definitivas, la temeridad o malicia en que hubieran incurrido los litigantes o profesionales intervinientes, art. 34, inc. 6º, CPCCN.

Mientras que por el lado del juez, lo que antes era potestativo ahora es obligatorio en su función específica, como: 1) dictar sentencia fundamentándola en los elementos fácticos traídos por las partes y en el derecho imperante, dejando de lado las normas mal citadas o carentes de entidad jurídica, 2) resolver las causas respetando los plazos establecidos en la ley, 3) velar por la supremacía constitucional y el principio de congruencia, y 4) declarar la inconstitucionalidad de las normas, haya o no petición de las partes, atento a que el control de constitucionalidad es una cuestión de orden público que excede el mero interés de aquéllas⁵².

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

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

En síntesis, estas modificaciones en algunos casos resultan impracticables. Por un lado, tenemos totalmente saturados de expedientes los tribunales civiles, comerciales, contencioso-administrativos y previsionales federales de todo el país y, por otra parte, el personal resulta sumamente escaso y, en algunos casos, no

-
6. Fundar toda la sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia.
 7. Mandar que se teste toda frase injuriosa o redactada en términos indecorosos u ofensivos, salvo que alguna de las partes o tercero interesado solicite que no se lo haga (art. 35, inc. 1°, CPCCN).
 8. Excluir de las audiencias a quienes perturben indebidamente su curso (art. 35, inc. 2°, CPCCN).
 9. Aplicar las correcciones disciplinarias autorizadas por este Código y la ley orgánica. El importe de las multas que no tuviesen destino especial establecido en este Código se aplicará al que le fije el Superior Tribunal de Justicia. Hasta tanto dicho tribunal determine quiénes serán los funcionarios que deberán promover la ejecución de multas, esa atribución corresponde a los representantes del Ministerio Público Fiscal ante las respectivas jurisdicciones. La falta de ejecución dentro de los treinta días de quedar firme la resolución que las impuso, el retardo en el trámite o el abandono injustificado de éste, será considerado falta grave (art. 35, inc. 1°, CPCCN).
 10. Evitar la paralización del proceso (art. 36, inc. 1°, CPCCN).
 11. Intentar una conciliación total o parcial del conflicto (art. 36, inc. 2°, CPCCN).
 12. Proponer a las partes fórmulas para simplificar y disminuir las cuestiones litigiosas surgidas en el proceso o respecto de la actividad probatoria (art. 36, inc. 3°, CPCCN).
 13. Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos (art. 36, inc. 4°, CPCCN).

⁵² Ver sobre este aspecto MARANIELLO, Patricio, *Declaración de inconstitucionalidad de oficio*, El Jurista, 2008.

capacitado; ello trae como resultado la poca probabilidad de llevar adelante con eficacia estos beneficios innovativos, sin una mejora en los servicios de justicia imperantes. Sumado a la resistencia ejercida por un sector del Poder Judicial que se opone al cambio del añejo y vetusto paradigma.

7. A modo de conclusión

Que los jueces sean los buscadores o aplicadores de la verdad, es hoy algo muy efímero y vacío. Con ello no se quiere decir que no deba ser buscada, sino que al ser un elemento netamente subjetivo, la verdad para algunos puede no coincidir con la que consideran otros.

Para solucionarlo se han puesto elementos más objetivos regulados en la Carta Magna, como el guardián de la Constitución Nacional en su supremacía y en la protección de sus contenidos (arts. 116 y 117, CN).

También existen atribuciones que protegen su función, tales como: 1) la inamovilidad en su cargo, y 2) la intangibilidad en su remuneración (art. 110, CN).

Por su parte, el rol de juez civil —término genérico para agrupar todas las materias, excepto la penal— ha variado en la causa, atento a que antes era un espectador o árbitro de lujo que sólo intervenía a petición de parte y ahora su función es mucho más activa en el proceso; es por ello que se lo ha llamado “activismo judicial”.

Es decir, ahora existe una juez como parte y responsable del proceso, en donde su vital función es que éste se inicie y finalice en el tiempo más corto posible, llevando a los justiciables una sentencia en tiempo oportuno, con elementos axiológicos y resguardando la supremacía constitucional.

Muchas veces todo ello se ha asociado al activismo judicial con nuevas herramientas y nuevos principios, siempre en aras de brindar un buen servicio de justicia a la comunidad.