

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES**



INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

Director: Enrique M. Falcón

***EL COMPLEJO RECORRIDO DEL DERECHO PROCESAL
EN EL SIGLO XXI***

AUTORES: ALMEYRA, MIGUEL A.; BEADE, JORGE; BERIZONCE, ROBERTO; BERMEJO, PATRICIA; COSENTINO, GUILLERMO R.; FALCÓN, ENRIQUE M.; FALKE, IGNACIO A.; GUHANON, SILVIA; GUZMÁN, NÉSTOR L.; HITTERS, JUAN CARLOS; LEGUISAMÓN, HÉCTOR E.; MASCOTRA, MARIO; PONCE, CARLOS; QUIROZ FERNÁNDEZ, J. C.; SALGADO, JOSÉ M.; SIRKIN, EDUARDO; TRIONFETTI, VÍCTOR.

***EDICION ELECTRÓNICA
INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL
Asociación Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Buenos Aires***

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES**



INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

Director: Enrique M. Falcón

***EL COMPLEJO RECORRIDO DEL DERECHO PROCESAL
EN EL SIGLO XXI***

AUTORES: ALMEYRA, MIGUEL A.; BEADE, JORGE; BERIZONCE, ROBERTO; BERMEJO, PATRICIA; COSENTINO, GUILLERMO R.; FALCÓN, ENRIQUE M.; FALKE, IGNACIO A.; GUHANON, SILVIA; GUZMÁN, NÉSTOR L.; HITTERS, JUAN CARLOS; LEGUISAMÓN, HÉCTOR E.; MASCIOTRA, MARIO; PONCE, CARLOS; QUIROZ FERNÁNDEZ, J. C.; SALGADO, JOSÉ M.; SIRKIN, EDUARDO; TRIONFETTI, VÍCTOR.

***EDICION ELECTRÓNICA
INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL
Asociación Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Buenos Aires***

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES**

AUTORIDADES

Presidente

Académico Dr. Juan Carlos Cassagne

Vicepresidente

Académico Dr. José W. Tobías

Secretario Académicos

Académico Dr. Eduardo A. Sambrizzi

Académico Dr. Alberto B. Bianchi

Tesorero

Académico Dr. Marcelo Gebhardt.

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

Director

Académico Dr. Enrique M. Falcón

EL COMPLEJO RECORRIDO DEL DERECHO PROCESAL EN EL SIGLO XXI

INDICE

I. El juez y el abogado

- BEADE, Jorge –*Prospectiva para la designación de los jueces*. Pág. 2
- BERIZONCE, Roberto -Misión y responsabilidades de los abogados para mejorar la eficiencia del proceso civil en el siglo XXI. Pág. 28
- LEGUISAMÓN, Héctor E. –*La formación del abogado en el siglo XXI*. Pág.49

II. Principios y modelos

- BERMEJO, Patricia y -GUAHNON, Silvia – La tensión entre el principio de autodeterminación y el de oficiosidad en los procesos con personas en situación de vulnerabilidad: personas menores de edad y personas con capacidad restringida. Pág. 70
- GUZMÁN, Néstor Leandro -*El principio de proporcionalidad en el Proceso Civil y los contextos históricos*. Pág. 88
- HITTERS, Juan Carlos -El sistema y los principios de convencionalidad (Control de Convencionalidad y Derecho Transnacional). Pág. 109
- SALGADO, José María - *Reglas para un sistema colaborativo, cooperativo y composicional*. Pág. 139

III. Poder Judicial y proceso

- ALMEYRA, Miguel A. –Tiempo y proceso (Apostillas sobre la garantía del plazo razonable de duración de proceso penal). Pág. 163
- FALKE, Ignacio Agustín -*Revisión crítica del arbitraje en el Código Civil y Comercial*.Pág.183
- MASCOTRA, Mario -*Justicia y política. Independencia del Poder Judicial*. Pág.203.
- PONCE, Carlos -*La oralidad y las posibilidades actuales*.Págs. 224

IV. Nuevas tecnologías

- COSENTINO, Guillermo Rafael -*Derecho y tecnología*. Pág. 236
- FALCÓN, Enrique –*La Inteligencia Artificial y sus consecuencias en el Derecho*. Pág. 266
- QUIROZ FERNÁNDEZ, Juan Carlos -*El razonamiento judicial y la inteligencia artificial*. 282
- SIRKIN, Eduardo –*Los principios procesales y la inteligencia artificial*. Pág. 302
- TRIONFETTI, Víctor –*El documento y sus soportes*. Pág. 321

PRESENTACIÓN

Continuando con una idea puesta en el futuro, sin dejar de lado el presente, en esta publicación del Instituto que presido, presentamos una obra constituida por varios temas que hacen al objetivo propuesto.

Los dieciséis trabajos que conforman la tarea, realizados por importantes y destacados juristas que me acompañan, cubren una parte valiosa de la teoría y la práctica en la materia que nos ocupa, con necesarias propuestas, acompañadas por el desafío tecnológico actual.

Así, desde distintos ángulos se desarrolla la empresa con miras a una realidad que requiere esfuerzos que centramos, en esta oportunidad, en cuatro diversos aspectos temáticos.

Las exposiciones que siguen comienzan con una visión sobre los abogados y los jueces, tanto en su formación, en sus responsabilidades y en el ejercicio privado, como en el de la magistratura, donde se hace especial hincapié en la selección de los jueces.

Luego se aborda un campo que siempre debe estar presente, porque es la fuente y la base sobre la que se asienta el Derecho. Se trata del ámbito de los principios, expuestos desde el abordaje de la protección de los más vulnerables hasta las grandes cuestiones de la convencionalidad, donde se proponen caminos posibles que todavía deben ser recorridos.

Otra visión nos lleva al examen, con una mirada crítica, del Poder Judicial y del Proceso, sus problemas y necesidades en los sistemas imperantes, a la vez que se reitera con fuerza la independencia de los jueces y su relación con la política.

La última parte está dedicada al Derecho y la Tecnología en sus diversos problemas y soluciones. No cabe duda de que el avance permanente y veloz de la ciencia arrastra y beneficia los distintos campos del conocimiento, pero también su penetración, que excede la velocidad de comprensión humana de modo adecuado, presenta peligros deben ser previstos y controlados. Y en este último aspecto el Derecho no puede estar ausente.

Así, con este temario, esperamos que nuestra tarea resulte de utilidad, aunque sea en una pequeña medida y sirva, en campo jurídico, como herramienta para una mejor convivencia entre los humanos, con paz y justicia.

Enrique M. Falcón

I. PRIMERA PARTE

El juez y el abogado

PROSPECTIVA PARA LA DESIGNACION DE JUECES

Por Jorge Enrique BEADE¹

I.-**Sumario:** II.-Prospectiva. III.-Introducción. IV.-Sistemas de designación de jueces. V. El sistema de designación de jueces en los estados unidos. VI.-La designación de jueces en Chile. VII.- Los Consejos del Poder Judicial o Consejos de la magistratura. VIII.- Designación de jueces en Europa. IX.-La designación de jueces en América Latina. X.-Provincias argentinas que cuentan con Consejo de la Magistratura. XI.-El caso de la provincia de Jujuy. XII.-Ventajas y desventajas de los diferentes sistemas. XIII.-¿Cual seria entonces el mejor sistema?. XIV.-El sistema de designación para jueces de la Nación Argentina. XV.-Leyes regulatorias de la composición del Consejo de la Magistratura de la Nación Argentina y fallo de la corte suprema. XVI.- Evaluación de candidatos a la judicatura de la Nación Argentina de primera y segunda instancia. XVII.- Jueces subrogantes. XVIII.-El rol del juez y sus cualidades, con miras a reformas procesales futuras. XIX.-Palabras finales.

II.-PROSPECTIVA:

Al procurar elaborar una prospectiva para la designación de jueces, debemos en primer lugar precisar los alcances de ese vocablo. Transcribimos al respecto las palabras del maestro Enrique M. Falcón, en la síntesis de la reunión del día 22 de noviembre de 2022 en el Instituto de Derecho Procesal de la Academia Nacional de Derecho. “En la actualidad la palabra prospectiva, tiene muchos significados. Sin embargo el significado básico indica la tarea que se realiza para explorar las posibles o probables evoluciones futuras de las organizaciones, las empresas, los sectores comerciales, los sectores productivos, las instituciones públicas o las instituciones privadas, como una herramienta que a todos ellos les permite visualizar un futuro posible y probable. En nuestro caso estas

¹Ex juez nacional en lo civil. Profesor de Elementos de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Miembro de la Academia de Intercambio y Estudios Judiciales; de la Asociación Argentina de Derecho Procesal; del Centro de Estudios Procesales de la Universidad del Salvador y del Instituto de Derecho Procesal de la Academia Nacional de Derecho.

ideas estarán dirigidas a movilizar capacidades sociales (técnicas, cognitivas, institucionales) para construir visiones compartidas del porvenir, identificar sus determinantes claves, así como los posibles elementos y factores tanto de ruptura como de continuidad y en nuestro caso, nos debemos ocupar de esa tarea desde la visión científica, la tecnológica y la de innovación, con fuente inmediata en el diagnóstico de la realidad actual, que conjuga el campo económico y social”.

A lo expresado, agregamos que toda reforma para ser eficiente, debe combinar estos cuatro factores todos igualmente importantes: Reglas, personas, estructura y presupuesto.

III.-INTRODUCCION:

Si pretendemos tener un buen sistema para designar jueces, cabrá analizar los distintos medios de designación existentes y compararlos entre todos – incluido el utilizado para designar a jueces de la Nación Argentina- a fin de evaluar cuál sería el más adecuado. Ello debe estar coordinado además con un “proceso eficiente”. Es decir, la estructura exterior de una organización judicial, deberá ser acorde en orden a la tramitación de cada uno de los procesos. A su vez, en cuanto al factor “personas”, al hablar de “jueces”, debemos considerar la sumatoria del trabajo coordinado de jueces de similares competencias y de los auxiliares judiciales que les asignen. Para ello, habrá que definir entonces el rol del juez en el proceso. Finalmente, una vez definido lo anterior, podremos tener una estructura que combine todos esos factores. Por supuesto, la estructura que se elija, los medios técnicos que se asignen y la cantidad de magistrados; deberá ser acorde con las partidas presupuestarias que permitan su adecuado funcionamiento.

IV.-SISTEMAS DE DESIGNACION DE JUECES :

Esquemáticamente, existen tres mecanismos de selección y designación de magistrados judiciales: los políticos, los profesionalizados y los intermedios. En los llamados políticos, los órganos de reclutamiento son únicamente los poderes políticos del Estado (Ejecutivo y Legislativo) o directamente por el pueblo, mediante comicios. Los llamados profesionalizados buscan una judicatura menos comprometida con los otros

centros políticos del poder estatal, incluyendo a los partidos. Entre ambos, se encuentran los sistemas intermedios, que parecen ser los que mayor simpatía despiertan en nuestro país².

Excedería la extensión del presente trabajo, analizar todos los sistemas de designación de jueces de cada país y de cada provincia Argentina.. Es así, que a efectos de conformar un paneo general sobre los diferentes sistemas de designación de jueces, tomaremos casos de sistemas políticos comenzando con repúblicas sin consejo de la magistratura, con los ejemplos de una federal y otra unitaria. Así, desembocaremos en aquellos sistemas que utilizan consejos de magistratura, para culminar analizando algunas provincias argentinas y el sistema para designación de jueces de la Nación Argentina.

V.- EL SISTEMA DE DESIGNACIÓN DE JUECES EN LOS ESTADOS UNIDOS:

Tomemos el caso de la primera república federal de la historia, donde tampoco existen consejos de la magistratura ni equivalentes. Existen en ese país, jueces federales y estatales. Estos últimos, integran el poder judicial de cada uno de los estados federados.

Los Magistrados de la Corte Suprema, los jueces federales de primera instancia, de los Tribunales de Apelación y los jueces del Tribunal de Comercio Internacional son nombrados según dispone el Título III de la Constitución Política. Ellos son designados y nombrados por el Presidente de los Estados Unidos y [la nominación] debe ser ratificada por un voto mayoritario del Senado. El criterio principal para ser nombrado como juez federal son los éxitos académicos y profesionales. La política es un factor importante en el nombramiento de los jueces del Título III. Normalmente, el Presidente selecciona a los candidatos de la lista provista por los Senadores u otros funcionarios públicos del partido oficialista del estado donde se llevará a cabo el nombramiento. Los jueces de Quiebra son designados por los jueces de los Tribunales de Apelación por periodos de 14 años. Los jueces de instrucción son nominados por los jueces federales de primera instancia por

²PRIETO, HUGO N. "Selección y designación de jueces en la reforma constitucional de Neuquén". La Ley 2007-A, 654, extraído de internet. Agrega el citado autor, que sigue aquí a SAGÜES, Néstor: "El Consejo de la Magistratura y su inserción en el régimen de reclutamiento de jueces", J.A.-1989-IV-890 y CAFFERATA, Fernando J. El Consejo de la Magistratura y la necesaria renovación del Poder Judicial. La Ley, t. 1997-B-1097. Este último, expresa que : "También aspiran a cuadros judiciales con mayor estabilidad, idoneidad e independencia de criterio; una justicia de más calidad e imparcialidad -en resumen- formada en base a la carrera judicial, tal es su faceta positiva. Ahora hay que tener cuidado con las facetas negativas, una es "corporativizar" y otra es "ideologizar" el Poder Judicial" (ob. cit. en cita anterior).

periodos de ocho años. Antes de renovar el nombramiento de alguno de ellos por un periodo adicional, el tribunal que los nombró deberá publicar un aviso solicitando comentarios sobre la labor del juez y convocar un panel [de selección] por mérito para que éste presente una recomendación para decidir si se renueva o no el nombramiento del juez. Los jueces de los Tribunales de Reclamos Federales son nombrados por el Presidente por periodos de 15 años, sujetos a la ratificación de la mayoría del Senado³.

En cuanto a los jueces estatales, son seleccionados de diferentes maneras, de acuerdo con las Constituciones Políticas y leyes estatales. La mayoría de los jueces es elegida por voto popular en elecciones generales o son nombrados por el gobernador del estado por un periodo inicial y mantienen sus cargos mediante el voto popular en elecciones generales⁴.

VI.-LA DESIGNACION DE JUECES EN CHILE:

Tomamos el ejemplo de la República de Chile, al resultar una república unitaria.

Expresaba Jorge Correa - en lo pertinente- que en Chile, básicamente el superior jerárquico judicial del cargo a llenar propone tres o cinco nombres al Presidente, quien designa, salvo a la Suprema, en que, en los últimos 20 años, ha debido someter su elección al Senado⁵.

VII.-LOS CONSEJOS DEL PODER JUDICIAL O CONSEJOS DE LA MAGISTRATURA:

Si bien el Consejo de la Magistratura nace a principios de siglo en Italia, alcanza su auge luego de la Segunda Guerra Mundial y la reforma de los Estados Europeos. Italia, Francia y España adoptan este tipo de instituciones. También lo hacen Grecia (Art. 90 de la Constitución de Grecia, aprobada en 1975 con sus modificatorias hasta 2008), Portugal(Art. 218 de la Constitución de Portugal (1976 y sus modificatorias hasta 2005). Aunque se incorporó por primera vez en la Constitución de 1912), Turquía(Art. 159 de la Constitución de Turquía (1982 y sus modificatorias) y Rumania (Art. 133 de la Constitución de

³ Extraído de internet, cf. <https://ar.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/26/2016/02/fedjudsistema.pdf>

⁴Ob.op.cit. nota anterior

⁵CORREA, JORGE . “Designación de los jueces”. Nota aparecida en el diario “El Mercurio” de Santiago de Chile el día 26 abril, 2019, cf. <https://www.nuevopoder.cl/designacion-de-los-jueces-jorge-correa/> .

Rumania) . Alemania tiene también un férreo sistema selectivo pero no un Consejo. En cuanto a su integración éstos son de tono preponderantemente judicial. Sus atribuciones son fundamentalmente asesoras, es decir, aconsejan al Poder Ejecutivo en materia de nombramientos⁶.

VIII.- DESIGNACION DE JUECES EN EUROPA⁷:

Los “Consejos del poder judicial” tienen como objetivo, en su conjunto, proteger y garantizar la independencia y autonomía de la magistratura con respecto al resto de poderes del Estado.

En cuanto a los tipos de sistemas predominantes en la Unión Europea, por un lado están los sistemas más nórdicos en los que el «consejo del poder judicial» hace una labor administrativa y de gestión y, por otro, “el modelo del sur”, como el de España, en el que el Consejo funciona como un “gobierno de los jueces”.

IX.-LA DESIGNACIÓN DE JUECES EN AMERICA LATINA:

Existen modelos de América Latina como alternativa frente al europeo y al norteamericano .

Son once [de veintiuno] los países de América Latina que consignan en sus Constituciones al Consejo de la Magistratura dentro de la sección asignada al Poder Judicial, a saber: Colombia [Consejo Superior de la Judicatura, artículos 254 al 257, Constitución de 1991], El Salvador [Consejo Nacional de la Judicatura, art. 187, Constitución de 1983, con las reformas de 1991 y 1993], Paraguay [Consejo de la Magistratura, arts. 262 a 264, Constitución de 1992], Perú [Consejo Nacional de la Magistratura, arts. 150 y 154 a 157, Constitución de 1993]; Bolivia [arts. 193 y ss. de la Constitución de 2007]; Ecuador [Consejo de la Judicatura, artículos 178 y ss. de la Constitución de 2008]; República Dominicana [arts. 155 y ss. de la Constitución de 2010], Honduras [art. 317 de la Constitución de 2009], Nicaragua [Art. 165 de la Constitución de 2014], México [arts. 94 y 100 de la Constitución de 2010]⁹⁶ y Argentina [Consejo de la

⁶ CAFFERATA, FERNANDO JOSÉ. “CONSEJO DE LA MAGISTRATURA: IMPORTANTE AVANCE INSTITUCIONAL”. <https://foresjusticia.org/wp-content/uploads/2016/08/consejo-de-la-magistratura-importante-avance-institucional-autor-fernando-josecc81-cafferata.pdf>. La Ley, t. 1997-B-1097.

⁷ Extraído de internet: <https://www.newtral.es/cgpj-reforma-eleccion-jueces-europa/20201117/>

Magistratura, Art. 114 de la Constitución de 1994]. Tanto Venezuela [Consejo de la Judicatura, art. 217, Constitución de 1961, con las reformas de 1973 y 1983, sin embargo desapareció con la reforma de 1999] como Brasil [que crea el Consejo Nacional de Justicia, art. 103B Constitución de 1988] dejaron sin efecto la norma constitucional que lo contemplaba.

En cuanto a su integración, éstos Consejos siguen la composición plural con equilibrio de representantes de los distintos poderes, por eso –en mi entender– siguen el modelo democrático contemporáneo, según la clasificación de la posición doctrinaria citada⁸.

X.-PROVINCIAS ARGENTINAS QUE CUENTAN CON CONSEJO DE LA MAGISTRATURA⁹:

Al mes de agosto de 2023, todas las provincias argentinas cuentan con esa institución.

El origen de sus integrantes y estamentos cambian de una a otra y en la mayoría de los casos, prevalecen integrantes no políticos.

En relación a las funciones, la mayoría sólo tienen la facultad de selección y proponente de postulantes a magistrados de las instancias inferiores: Buenos Aires Constitución de - 1994); Catamarca [Ley N° 5012/2000]; Chaco (arts. 158 y 1669, Constitución de 1994; Chubut (arts. 192 y 193)-15 de octubre de 1994; Córdoba [Ley N° 8802/1999; Corrientes (art. 194-196 de la Constitución de 2007); Entre Ríos [arts. 180 al 182 de la Constitución provincial (2008)];Formosa (inc. 32 del Art. 120 de la Constitución de 2003); La Pampa(Art. 92, Constitución de 1994; La Rioja La Rioja (art. 136 bis de la Constitución de 1987 con su reforma de 1998); Mendoza (Art. 150 de la Constitución de 1997 reglamentada por la Ley 6561 y sus modificatorias); Misiones [inc. 10 del art. 116 de la Constitución reglamentada por la Ley N° 3652-2001]; Neuquén (arts. 249 al 251 de la Constitución de 2006); Río Negro Art. 220/222,) Constitución de 1988; Salta (Art. 157 de la Constitución de 1986 con su modificación de 1998); San Juan (Art. 214/217), Constitución de 1986; San Luis (art. 197/200), Constitución de 1987; Santa Fe Santa Fe

⁸ CAFFERATA, FERNANDO JOSÉ. Ob.op.cit.

⁹ Fuente: Cafferata. Fernando José, ob.op.cit.

[Decretos N° 2391/02 y 2952/1990); Santiago del Estero art. 201, Constitución de 1997); Santa Cruz(Art. 128 bis de la Constitución de 1998230; Tierra del Fuego Antártica e Islas del Atlántico Sur (art. 160/162, Constitución de 1991231); Tucumán (inc. 5, Art. 105 de la Constitución de 2006238) .

XI.-EL CASO DE LA PROVINCIA DE JUJUY:

La constitución de esa provincia argentina, fue reformada recientemente con fecha 16 de junio de 2023 (dato extraído de internet). En dicha reforma, se estableció el Consejo de la Magistratura.

Resulta interesante el texto vigente hasta hace pocos meses antes de escribir estas líneas. En efecto, la normativa reformada establecía en su artículo 158, en cuanto a la designación de jueces, que los miembros de los tribunales, juzgados inferiores y ministerio público, serán designados a propuesta en terna del Superior Tribunal de Justicia, por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura, prestado en sesión pública. De acuerdo a los artículos 159 y 160 de la Constitución Provincial, el Tribunal Superior designa también a los jueces de Paz y a todos los funcionarios y empleados del poder judicial provincial. El artículo 167 inciso 9 de aquella, confiere a ese alto tribunal la facultad de “intervenir en el enjuiciamiento de los jueces y funcionarios del ministerio público en los casos establecidos en esta Constitución; 10) Nombrar y remover a los secretarios, demás funcionarios y empleados del Poder Judicial...”.

XII.-VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LOS DIFERENTES SISTEMAS:

Luego de observar diferentes sistemas de designación de magistrados, podemos efectuar las siguientes críticas.

Los sistemas monárquicos absolutistas, conspiran obviamente contra la transparencia e idoneidad, pasando a primer plano - prima facie-, la previa lealtad al monarca. Esto último, afectaría también la independencia.

Los denominados “sistemas políticos”, entre los cuales se encuentran el sistema de designación por parte del presidente con acuerdo del senado, otorga un gran poder al titular del Poder Ejecutivo. Permitiría designar como juez/jueza a una persona con título de abogado y restantes requisitos generales exigidos por la constitución del país, pero con el

fundamental de ser de confianza de quién ejerza la presidencia o al menos tener con éste afinidad política . Solo cuenta con el contralor del acuerdo del poder legislativo (Senado, legislatura, etc.), debiéndose tener en cuenta que en muchas ocasiones los legisladores que prestan el acuerdo, son integrantes del mismo partido político que el titular del poder ejecutivo proponente.

Conspiraría ello contra la idoneidad del candidato. No pasaría por ningún examen de aptitud técnica y en la mayoría de los casos, siquiera análisis de antecedentes académicos.

El sistema de elección popular de jueces, conduce a que quien se candidatee para un cargo de juez, deba figurar en una boleta electoral de determinada agrupación política. Es así, como habría una total incidencia de la política en la nominación de jueces. A ello, se agrega que el candidato dependerá de la financiación de la campaña electoral. Es de toda lógica que quienes efectúen el aporte económico, lo hagan por un interés en determinado candidato. De alcanzar el cargo de juez y tener que juzgar a alguno de los aportantes a la campaña, el candidato debería excusarse. En suma, ese sistema conspiraría contra de la independencia y transparencia. Cuenta con la ventaja de la legitimación popular, al surgir de una elección.

Aquellos sistemas en dónde los miembros de tribunales superiores designan o tienen gran influencia en la designación de los inferiores, crearía una dependencia de los funcionarios de carrera judicial aspirantes, respecto de los magistrados que habrían de elegirlos. Tendría la ventaja del análisis más profundo del desempeño del aspirante a lo largo de su carrera, pero con las objeciones antes indicadas.

Los consejos de la Magistratura, tienen la ventaja – en principio- de poder efectuar un análisis de antecedentes y examen de oposición de los candidatos. Allí la clave, radica en el equilibrio en la conformación de los consejeros. Vemos que en Europa – donde se originó el sistema- varios consejos tienen notoria mayoría de magistrados. Ello permite el mejor conocimiento de la tarea a emprender por el candidato y el conocimiento que se puede tener del previo desempeño de éste como funcionario judicial, si es de carrera.

Finalmente, los consejos de la magistratura con integración equilibrada de diferentes estamentos, tienen en contra la introducción de la política en el seno de la administración de justicia. En el caso del Consejo de la Magistratura de la Nación Argentina, se suma que

entre los consejeros hay un representante del Poder Ejecutivo Nacional. Al respecto, el titular de ese poder – quien desempeñe la presidencia de la Nación-, ya bastante intervención tiene al proponer candidatos a jueces/juezas al Senado y obtenido el acuerdo, proceder a designarlos. Lo mismo ocurre con los senadores que integran el consejo.

XIII.-¿CUAL SERIA ENTONCES EL MEJOR SISTEMA?

En todos los sistemas, observamos una preeminencia del poder de quién designa. En grado descendente, en la pirámide, el mayor poder lo tendría obviamente el monarca absolutista, siguiendo por los titulares del poder ejecutivo (presidente, gobernador, primer ministro, etcétera) aunque necesiten acuerdo (del senado, legislatura, parlamento, etcétera), los supuestos de designación por parte de magistrados de tribunales superiores, siguiendo por los casos donde este poder está limitado por el previo paso por la evaluación del Consejo de la magistratura o su equivalente.

Si bien ese poder desaparecería en el sistema de elección popular, ya hemos visto como entraría la política en la administración de justicia de adoptarse ese sistema. Con abogados- políticos, ocupando cargos de jueces y luego, con las empresas y organizaciones que financiaron las correspondientes campañas electorales.

Entendemos que la cobertura de todo cargo público – máxime, el de una persona a quién se le encomienda la difícil tarea de administrar justicia de manera independiente, con dedicación, honestidad, laboriosidad e idoneidad -, debe partir de la base de lo mejor para los eventuales justiciables. No es un premio para el designado, por más que lo merezca. Es el pueblo, quién “se merece” contar con buenos jueces y juezas.

Lo ideal sería entonces, que quienes en definitiva designan magistrados, lo hagan con probidad. No desconocemos que nadie con poder, lo regala gratuitamente. La carga subjetiva, es mucha y en ella están comprendidos intereses personales y sectoriales de quienes están facultados para efectuar tales designaciones. Es así, como debe crearse un sistema que permita el adecuado equilibrio. Esto último, permite contrapesos de manera que no prevalezca una única voluntad. Ello tiene relación con el rol del juez. En el sistema vigente para la Nación Argentina al momento de escribir estas líneas (mayo de 2023), el juez es jefe de unas catorce personas o más. Los jueces de fueros no penales, tienen que conducir miles de procesos en trámite al mismo tiempo y los magistrados de todos los

fueros deben ocuparse además, de cuestiones administrativas (licencias del personal, rendición de cuentas de las sumas asignadas para “caja chica”, etcétera).

XIV.-EL SISTEMA DE DESIGNACION PARA JUECES DE LA NACION ARGENTINA ;

Los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, son designados por el Presidente de la Nación, con acuerdo de los dos tercios de los senadores presentes, en sesión pública convocada al efecto (artículo 99 de la Constitución Nacional).

En cuanto a los jueces de la Nación de primera y segunda instancia, el artículo 114 de la Constitución Nacional, se refiere al Consejo de la Magistratura, expresando que será regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial.

El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley. Serán sus atribuciones: 1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores. 2. Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores. 3. Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia. 4. Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados. 5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente. 6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia.

XV.-LEYES REGULATORIAS DE LA COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA NACIÓN ARGENTINA Y FALLO DE LA CORTE SUPREMA:

La ley que regula la composición del Consejo de la Magistratura ha sufrido cambios, no pudiendo soslayar el fallo del Alto Tribunal, conforme se indica a continuación. Corresponde señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en fallo dictado el 16 de Diciembre de 2021 en autos “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/PEN - ley 26.080 - dto. 816/99 y otros s/ proceso de conocimiento”¹⁰, resolvió declarar la inconstitucionalidad de la ley entonces vigente, que llevó el Consejo de veinte miembros a trece, restableciendo provisoriamente la vigencia de la ley anterior derogada hacía 16 años. Al respecto, resolvió el Alto Tribunal: I. Declarar la inconstitucionalidad de los arts. 1° y 5° de la ley 26.080 y la inaplicabilidad del art. 7°, inc. 3°, de la ley 24.937 (texto según ley 26.855), de los arts. 6° y 8° de la ley 26.080, así como de todas las modificaciones efectuadas al sistema de mayorías previsto en la ley 24.937 (texto según ley 24.939). II. Exhortar al Congreso de la Nación para que en un plazo razonable dicte una ley que organice el Consejo de la Magistratura de la Nación. III. Ordenar al Consejo de la Magistratura que, dentro del plazo máximo de ciento veinte (120) días corridos contados desde la notificación de la presente sentencia, disponga lo necesario para la integración del órgano, en los términos de los arts. 2° y 10 de la ley 24.937 (texto según ley 24.939). Transcurrido dicho plazo sin que se haya completado la integración mencionada, los actos dictados por el Consejo de la Magistratura serán nulos. Desde la notificación de la sentencia y hasta tanto el Consejo cumpla con este mandato o hasta el vencimiento del plazo de ciento veinte (120) días corridos referido, lo que ocurra primero, regirá el sistema de la ley 26.080. IV. Comunicar la presente decisión al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, a la Federación Argentina de Colegios de Abogados, a la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional y al Consejo Interuniversitario Nacional, a los efectos de que tomen la intervención que pudiera corresponderles para llevar adelante los procedimientos de selección de consejeros requeridos para completar la integración del Consejo de la Magistratura de la Nación en los términos dispuestos en el considerando 17 de la presente. V. Declarar que conservarán su

¹⁰ In re “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ EN - ley 26.080 - dto. 816/99 y otros s/ proceso de conocimiento”, 16/12/2021 (elDial.com - AAC98F).

validez los actos cumplidos por el Consejo de la Magistratura, de conformidad con lo expuesto en el considerando 17, punto 5....”

Excedería la finalidad del presente trabajo, el análisis pormenorizado del fallo mencionado precedentemente. Solo diremos que aun con las críticas que se le formularon (entre ellas, la de hacer recobrar vigencia a una ley derogada); los diferentes estamentos han procurado cumplir con la elección de los respectivos consejeros.

Efectuada la anterior aclaración, el Consejo, a la fecha de escribir estas líneas (mayo de 2023) está integrado por veinte consejeros/as, cuya composición es la siguiente(Conforme artículo 2do. de la ley 24.937): El/la Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; cuatro jueces/zas del Poder Judicial de la Nación; ocho legisladores/as nacionales. Cuatro en representación de la Honorable Cámara de Senadores y cuatro de la Honorable Cámara de Diputados; cuatro representantes de los /as abogados/as de la matrícula federal; un/una representante del Poder Ejecutivo Nacional; dos representantes del ámbito académico. En la integración del Cuerpo, cuatro jueces/zas del Poder Judicial de la Nación, son elegidos por sus pares. Representan a la magistratura. La ley garantiza que la representación sea igualitaria tanto de magistrados de cámara como de primera instancia y la presencia de jueces/zas, con competencia federal en el interior del país. El ejercicio de la abogacía, está representado por cuatro personas con ese título. Debe integrarse con abogados/as del interior del país. El ámbito científico y académico, se encuentra representado por un/a profesor/a titular de cátedra de derecho de universidades nacionales. Además, otra persona de reconocido prestigio, mención y trayectoria académica (artículo 2do de la ley 24.937)¹¹.

XVI.-EVALUACION DE CANDIDATOS A LA JUDICATURA DE LA NACION ARGENTINA DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA :

Las evaluaciones ante el Consejo de la Magistratura de la Nación, apuntan a la evaluación de la presunta sabiduría jurídica. Es así, como resalta el análisis de antecedentes curriculares (cursos de posgrado, asistencia a congresos, jornadas y seminarios, trabajos publicados, actividad docente, conferencias y cursos dictados, etcétera), además de un examen consistente en general en la redacción de una sentencia. Este último, no se efectúa

¹¹ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/48231/texact.htm>

entregando copias de un expediente, sino sobre datos resumidos, creados por el jurado examinador (Ejemplo: A demandó a B por daños y perjuicios, etcétera). Sabido es que en la realidad, aun en actuaciones judiciales voluminosas, puede llegar a ser determinante unas pocas palabras de un documento o informe. Se realiza un examen psicológico y se debe presentar certificado de antecedentes penales. Además, los consejeros convocan a quienes aspiran a la judicatura, a dos entrevistas (Una con la comisión de selección y otra con el plenario del consejo). En suma, se apunta a evaluar conocimientos jurídicos aplicados, volcado en la redacción de una sentencia definitiva y a veces, se le agrega una interlocutoria, a redactar en determinado tiempo. El sistema peca entonces por incompleto, pues no tiene en cuenta que la redacción de sentencias, es solo una tarea más de las múltiples asignadas a quien desempeña la judicatura. En efecto, no existe una evaluación sobre si quién aspira a desempeñarse en la magistratura, soportará la presión diaria de decenas de proyectos de providencias simples, interlocutorias, audiencias, además del estudio y redacción de sentencias. Tampoco, sobre la aptitud de mando en el manejo del personal y capacidad organizativa en cuanto a cuestiones administrativas. Ello sería más factible de evaluar, con aquellos/as aspirantes de carrera judicial. En particular, si fueron funcionarios. Pero el sistema no permite el análisis de tales aspectos, de quienes aspiran al cargo y provienen del ejercicio profesional independiente.

Si se concretaran los proyectos de creación de oficina judicial, modificación de las normas regulatorias de un proceso por audiencia y más flexible – con mayores atribuciones judiciales y manejo de casos ; entonces cambiaría el rol del juez y el perfil a analizar de los y las aspirantes.

XVII.- JUECES SUBROGANTES:

Hasta aquí, hemos analizado algunos aspectos referidos – en suma- a la selección y designación de jueces a efectos de cubrir vacantes definitivas.

Ahora bien, desde que se produce una vacante definitiva en un tribunal, hasta que se cubre el cargo con otra persona transcurre un tiempo considerable. Máxime, en los casos de intervención del correspondiente consejo de la magistratura o su equivalente. Al respecto, un tribunal – especialmente si es unipersonal-, no puede quedar varios días sin un magistrado a cargo.

Es así, como resulta necesario cumplir esas importantes funciones judiciales, hasta tanto se designe al titular de la correspondiente dependencia en forma definitiva.

Hace ya varios años, en el ámbito del Poder Judicial de la Nación Argentina, la Cámara de Apelaciones correspondiente, disponía que la vacante fuera cubierta por otro/a juez titular o bien, designándose jueces subrogantes a funcionarios judiciales que desempeñaban cargos para los cuales se exige título de abogado (Secretario de Primera Instancia, Secretario de Cámara, Prosecretario letrado, etcétera), o bien jueces jubilados que en aquél entonces contaban con “estado judicial” y lo autorizaba el artículo 16 de la ley 27.145.

El sistema de subrogancias en el ámbito del Poder Judicial de la Nación Argentina, con funcionarios judiciales y jueces jubilados cubriendo vacantes, funcionaba.

Los litigantes, tenían respuesta a sus peticiones y cada dependencia, contaba con un magistrado. La distorsión que podía producirse, consistía en que se prolongara la designación del titular (por demoras del Consejo de la Magistratura, Poder Ejecutivo – Ministerio de Justicia, Secretaría legal y Técnica- y/o Senado de la Nación), a alguno de los integrantes de estas dependencias no judiciales, podía “convenirles” que en determinados tribunales y ante determinados procesos, continuara un subrogante. Otro cuestionamiento, radicaba en que – salvo los jueces jubilados-, los funcionarios judiciales devenidos en jueces subrogantes no contaban obviamente con el nombramiento del Poder Ejecutivo ni tenían acuerdo del Senado de la Nación. Además de ello, en varios casos no habían pasado por el tamiz del examen y presentación de antecedentes ante el Consejo de la Magistratura. Sin embargo, éste organismo cuenta tanto con representantes del Poder Ejecutivo como del Senado.

Los cuestionamientos mencionados, desembocaron en luchas de poder entre el Consejo de la Magistratura, la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Poder Legislativo. Al respecto, expresa Mario A. R. Midón¹², que más allá de la gravedad institucional que tuvo, fue de menor voltaje el roce entre la Corte y el Consejo, cuando este

¹²Midón, Mario A. R. “LAS REFORMAS DEL 94 AL PODER JUDICIAL: VEINTE AÑOS NO ES NADA. NUESTROS VICIOS VERNÁCULOS SON LOS MISMOS” La Ley, t. 1995-D-1360. (pags. 173 a 191, extraído de internet)

último órgano se atribuyó funciones de naturaleza legislativa, dictando el Reglamento de Subrogaciones de los Tribunales Inferiores de la Nación. Al resolver el cuestionamiento de ese acto, en la causa “Rosza”(Publicado en La Ley del 29/05/07)el tribunal de tribunales recordó que: La designación de los magistrados integrantes de dicha rama del Gobierno Nacional, según la pauta constitucional, exige la participación del Consejo de la Magistratura de la Nación, del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo mediante la intervención del Senado. Así, el Presidente de la Nación nombra a los “jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura” y el Senado debe prestar acuerdo “en sesión pública en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos” (art. 99º, inc. 4). A través de este mecanismo se adquiere la calidad de juez. En esa sintonía, precisó que: Este sistema no excluye la implementación de un régimen de jueces subrogantes para actuar en el supuesto de que se produzca una vacante -y hasta tanto esta sea cubierta por el sistema constitucional antes descrito— a los efectos de no afectar el derecho de las personas a contar con un tribunal que atienda en tiempo oportuno sus reclamos. Este régimen alternativo y excepcional requiere la necesaria intervención de los tres órganos mencionados. Para concluir que: La garantía de independencia del Poder Judicial, requisito necesario para el control que deben ejercer los jueces sobre los restantes poderes del Estado, se vería gravemente afectada si el sistema de designaciones de subrogantes no ponderara la necesidad y grado de participación de los tres órganos de poder referidos en relación con los fines que se persiguen con la implementación de dicho sistema. Asimismo, cabe señalar que, a los efectos de no vulnerar la mentada independencia, es indispensable que este régimen de contingencia respete los principios y valores que hacen a la naturaleza y esencia del Poder Judicial en un estado constitucional de derecho, adaptándolos a las particularidades de excepción de un mecanismo de suplencias. Lo emblemático de la sentencia radicó en el tino exhibido por la Corte. Si bien, declaró inconstitucional la Resolución N° 76/04 por la que el Consejo de la Magistratura de la Nación dictó el reglamento objetado, confirmó la sentencia apelada en cuanto declaró la validez de las actuaciones cumplidas por quien se desempeñó como magistrado al amparo del régimen declarado inconstitucional. Asimismo, dispuso mantener en el ejercicio de sus cargos a quienes habían sido designados para ejercer la función jurisdiccional en los tribunales que se encontraban vacantes, hasta que

cesen las razones que originaron su o, hasta que sean reemplazados, o ratificados, mediante un procedimiento constitucionalmente válido que debería dictarse en el plazo máximo de un año. Poco tiempo después, al dictar el régimen legal de subrogaciones, el Congreso omitió en esa herramienta la intervención del Consejo de la Magistratura en el proceso de nominación de los conjuces, como lo había exigido la Corte. Curiosamente el Consejo se llamó a silencio.

La ley 27.439 – referida al “régimen de subrogancias”- fue sancionada por el HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN el 25 de abril de 2018 y ha quedado promulgada de hecho el día 23 de mayo de 2018. Dicho cuerpo normativo, en lo pertinente dispone en su artículo 2do que: “ En caso de licencia, suspensión, vacancia, remoción u otro impedimento de los jueces de primera instancia de cualquier fuero o jurisdicción, la cámara respectiva procederá a la designación de un (1) juez subrogante dentro de los tres (3) días de ocurrida la causa que motivara la subrogancia, y de acuerdo al siguiente orden”:

“a) Con un (1) juez de igual competencia y de la misma jurisdicción territorial o, en su defecto, de la misma jurisdicción territorial y de competencia similar o, cuando ello no fuere posible, con un juez de la jurisdicción territorial más próxima, con excepción de aquellos jueces que registren atrasos significativos en las causas a su cargo; “ “b) Con un (1) conjuce integrante de la lista confeccionada de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 8º y 9º de la presente ley; la cámara respectiva dará preeminencia a aquellos conjuces que residan en la jurisdicción territorial del juzgado de que se trate”. Similar sistema de cobertura, se emplea en los artículos 3, 4 y 5, con relación a miembros de tribunales orales de los diferentes fueros de la justicia de la Nación con asiento en todo el país. El artículo 6, se refiere a la cobertura de cargos en las diferentes Cámaras de apelaciones de la justicia de la Nación, disponiéndolo la Cámara respectiva y con un sistema similar, pudiendo recurrir a jueces de cámaras de otros fueros, de acuerdo al orden de prelación que allí se indica. Se puede recurrir también a conjuces integrante de la lista confeccionada de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 8º y 9º de la presente ley; la cámara respectiva dará preeminencia a aquellos conjuces que residan en la jurisdicción territorial del juzgado de que se trate. A su vez el artículo 7, dispone que Informada la existencia de una vacante en los términos de los artículos 2º, 3º, 4º y 6º de la presente, la Cámara Federal o Nacional que por jurisdicción corresponda, procederá a desinsacular al

subrogante mediante sorteo público a los efectos de proceder a la cobertura del cargo. A su vez, establece el procedimiento a seguir en caso de producirse una vacante, indicándose que Una vez cumplimentado el orden de prelación establecido en los artículos 2º, 3º y 4º de la presente, las cámaras de apelaciones podrán convocar a: a) Jueces titulares designados por el Poder Ejecutivo nacional, con acuerdo del Honorable Senado de la Nación, que no hubiesen sido puestos en funciones por resultar integrantes de un tribunal o juzgado no habilitado y que tengan competencia material afín; b) *Magistrados jubilados en los términos del artículo 16 de la ley 24.018 y sus modificatorias, que no hubieran alcanzado la edad de setenta y cinco (75) años. (el destacado nos pertenece).* Los interesados contemplados en el inciso b) del presente artículo deberán inscribirse en el registro que al efecto habiliten las respectivas cámaras. Nos resulta muy plausible el artículo 8, al establecer que “ El Consejo de la Magistratura elaborará una lista de conjueces por cada cámara nacional o federal para actuar en la misma cámara y en todos los juzgados que de ella dependan. Podrán integrar la lista de conjueces, sin que se les requiera un nuevo concurso público de antecedentes, los postulantes que hubieran aprobado un concurso en los últimos tres (3) años a computar desde la fecha de entrada en vigencia de la presente ley y que hubiesen obtenido más del cincuenta por ciento (50 %) de puntuación en la instancia de oposición. En este supuesto se deberá requerir la previa conformidad de los posibles integrantes. Las listas de conjueces deberán ser aprobadas por el plenario del Consejo de la Magistratura por mayoría de dos tercios (2/3) de sus miembros presentes. Una vez aprobadas serán remitidas al Poder Ejecutivo nacional, que designará de entre aquéllos, y con acuerdo del Honorable Senado de la Nación, entre diez (10) y treinta (30) conjueces por cada cámara nacional o federal, según la necesidad de las respectivas jurisdicciones”.

En efecto, quién aprobó el examen ante el Consejo de la Magistratura, ha demostrado aptitud técnica para ser magistrado. Máxime, aquellos que integraron ternas quienes incluso pasaron y aprobaron la entrevista ante los Consejeros, aunque obviamente, el Poder Ejecutivo no los eligiera en los concursos en los que participaron. El artículo 9 dispone requisitos de inscripción de los interesados y el 10, quienes están impedidos de hacerlo .

Dispone el artículo 11. que “quienes resulten designados jueces subrogantes tendrán derecho a una retribución equivalente a la que corresponda a la función que desarrollen. Si

se tratare de magistrados que ejercen su cargo simultáneamente con otro de igual jerarquía, su tarea será remunerada con un incremento consistente en la tercera parte de la retribución que corresponda a la función que subroga. En ambos casos, la retribución se aplicará mientras dure el plazo de la subrogancia”. Actualmente, el juez titular que subroga otro tribunal, cumple la totalidad de las funciones debiendo dictar todas las sentencias del subrogado, además de aquellas del que es titular. Nos resulta entonces injusto, que si realiza el doble del trabajo judicial, se lo remunere con un sueldo y un tercio, cuando entendemos de toda justicia (precisamente), que debería ser con dos salarios. Nótese que ello no importaría mayor erogación el Estado empleador, pues si todas las vacantes estuvieran cubiertas, debería abonar los salarios completos de los respectivos magistrados.

El artículo 13, dispone que “los jueces subrogantes permanecerán en el cargo hasta el cese de la causal que generó su designación. En ningún caso la subrogancia podrá exceder el plazo de un (1) año contado desde la designación, prorrogable por igual plazo siempre que medie causa justificada, a cuyo vencimiento se producirá la caducidad de pleno derecho de aquélla y serán inválidas las actuaciones que se realizaren con posterioridad, sin perjuicio de las sanciones administrativas o penales que pudieren corresponder. Las cámaras deberán informar bimestralmente al Consejo de la Magistratura la situación de subrogancia de sus respectivas jurisdicciones. En el supuesto de que la causal que generó la licencia, suspensión, vacancia, remoción u otro impedimento de un magistrado sea definitiva, la cámara deberá comunicar tal situación dentro de los tres (3) días de producida la vacante al Consejo de la Magistratura, a fin de dar cumplimiento al procedimiento de selección y designación definitiva en los términos del artículo 99, inciso 4, de la Constitución Nacional. La vigencia de la función del juez subrogante de un tribunal oral podrá extenderse exclusivamente en aquellas causas en que ya hubiere sido sorteado al momento de operarse la caducidad del nombramiento, al solo efecto de resolverlas y hasta tanto se dicte la sentencia definitiva.” Nótese aquí, que se otorga el plazo de solo un año para cumplir con la subrogancia. Entendemos que ello debería tomarse, en su caso, como plazo mínimo pero no máximo. Un juez que asume la subrogancia de otro tribunal, debe conocer al personal que se desempeña en el mismo. En especial, a quienes sean funcionarios ya sean secretarios de primera instancia o prosecretarios administrativos. A su vez, éstos deben conocer sus criterios en particular, en aquellas materias jurídicas en las que

existe disparidad. Quien subroga, debe además ir conociendo los procesos en que actúe (en particular, aquellos más complejos y donde se suelen presentar más peticiones a lo largo del trámite) Todo ello, lleva un tiempo considerable. Resulta irrazonable que al cabo de un año (o incluso dos o más), quien subroga deba cesar. Ello conspira contra el buen servicio, pues deberá designarse a otra persona, quien deberá también familiarizarse con los procesos, el personal, etcétera. Por otra parte, a lo largo de nuestra experiencia personal en el Poder Judicial de la Nación de más de cuatro décadas, nos ha permitido comprobar que difícilmente el proceso de cobertura de una vacante definitiva de juez, lleve menos de tres años o a lo sumo dos años y medio.

Debería entonces existir un plazo mínimo – lo que impediría renunciar una vez aceptada la subrogancia-, transcurrido el cual el juez pueda continuar hasta la designación del titular que se haga cargo de la dependencia.

Como vimos anteriormente, destacamos que la ley 27.439, referida al “Régimen de subrogancias”, disponía en su artículo 7 inciso “ b” que podían subrogar un juzgado, tribunal oral o sala de cámara aquellos “magistrados jubilados en los términos del artículo 16 de la ley 24.018 y sus modificatorias, que no hubieran alcanzado la edad de setenta y cinco (75) años”. Sin embargo, inexplicablemente, con fecha 12 de marzo de 2020, se dictó la ley 27.546 - publicada el 6 de abril de 2020 en el Boletín Oficial-, cuyo artículo 18 dispuso derogar los incisos a), b), c) y e) del artículo 16 de la ley 24.018. Nótese lo irrazonable de tal disposición, pues un juez jubilado ya ha contado oportunamente, con acuerdo del Senado y decreto de designación del Poder Ejecutivo. Su designación, permitía prestar un servicio más eficiente a los litigantes a la vez de aliviar la carga de trabajo de magistrados titulares que no solo cargan con el trabajo de su propio juzgado o sala, sino también con el del que subrogan.

XVIII.-EL ROL DEL JUEZ Y SUS CUALIDADES, CON MIRAS A REFORMAS PROCESALES FUTURAS:

Comenzamos el presente trabajo, con un objetivo prospectivo. Hasta ahora, expusimos los diferentes sistemas existentes de designación de jueces. Sus ventajas y desventajas. Ahora bien, ello quedaría incompleto si no definimos qué juez se necesita, enfocándonos en el ámbito judicial de la República Argentina y más específicamente, en lo

tocante a los jueces de la Nación. Ya en su oportunidad, pusimos de manifiesto que debía cambiarse el paradigma del “juez director del proceso”, por el del juez “administrador del proceso”¹³. En efecto, ya en 1945, y desde su indiscutida genialidad, Couture se adelantaba a su tiempo diciendo que “el impulso del proceso, es decir, la fuerza que lo conduce desde la demanda hasta la sentencia, debe desplazarse hacia el juez.” A los litigantes quedará sólo reservada la facultad de iniciar el litigio o de ponerle fin cuando lo deseen.(Couture, Eduardo J. “Proyecto de Código de Procedimiento Civil con Exposición de Motivos”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945, pags. 24/25. p. 55.) Para el citado jurista, las razones políticas de esta solución “consisten, simplemente, en destacar que el proceso es un estado de incertidumbre; y la incertidumbre es la negación del derecho. El problema fundamental del orden jurídico, en su sentido político, es ‘la transformación del estado de hecho en estado de derecho’. El litigio mantiene subsistente el estado de hecho a lo largo de todo su transcurso. Cuanto tienda a hacer cesar los estados de hecho para transformarlos en estados de derecho, significa aproximarse a la razón necesaria del orden jurídico. Y esta es una misión propia del Estado que compromete en ella uno de sus fines primordiales” (Ver del citado autor, “Proyecto”, cit., pags. 55/56). Oportunamente, hemos propuesto cambiar el paradigma en el sentido antes indicado, y concluimos en lo siguiente: El cambio de paradigma en la gestión judicial, encaminado a considerar al juez como “administrador” y no sólo “director” del proceso, no debe limitarse a “tecnificar” el sistema existente, sino a corregir sus falencias. El trámite del proceso judicial está motivado por una o varias pretensiones, cuya finalidad consiste en requerir la tutela jurisdiccional del Estado. Ello importa poner en movimiento la maquinaria estatal para que éste intervenga activamente. El mal uso de los instrumentos que el sistema pone al servicio de los litigantes, insume

¹³ SPROVIERI, LUIS EDUARDO Y BEADE, JORGE ENRIQUE. “El juez como administrador del proceso judicial”. Ponencia presentada en el XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, 11 al 13 de noviembre de 2007 en la Ciudad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Publicado en la página web del congreso, comisión de Derecho Procesal Civil, subcomisión 2. Técnicas de gestión judicial y eficacia del proceso, 2. Gestión de las causas (case management) y transparencia de los procedimientos. También fue publicado en el diario jurídico “La Ley” el día 24 de noviembre de 2009. Año LXXIII- n° 224- sección doctrina- Director Jorge Horacio Alterini e integrará el tomo La Ley 2009-F. ISSN 0024-1636. El citado trabajo fue aportado como contribución a la Academia de Intercambio y Estudios Judiciales; publicado en “Nueva Gestión Judicial- Oralidad en los procesos civiles- justicia 2020- Ministerio de Justicia y Derechos humanos- Presidencia de la Nación- CABA, junio de 2016, pag. 21 a 30. ISBN: 978-987-4671-0-0. Se remitió nota de agradecimiento con términos elogiosos del entonces Sr. Ministro de Justicia de la Nación y Derechos Humanos, Dr. GerrmanGaravano.

recursos humanos y materiales; al interés privado que trasunta la pretensión se suma el interés público en que aquellos se administren adecuadamente.

Debe buscarse un adecuado equilibrio entre los principios procesales “dispositivo” y de “economía procesal”, declarando que el recurso público jurisdiccional no puede ser libremente apropiado por las partes. La gestión de casos implica el control del Estado sobre la utilización del recurso público, y al órgano jurisdiccional corresponde poner los límites necesarios. El principio dispositivo debe limitarse a la facultad de disponer del derecho invocado, iniciar el proceso, y ponerle fin. Se extiende también a las alegaciones y al material probatorio aun no producido. Pero una vez en trámite el proceso judicial es el juez, como su “administrador” quien debe velar por una adecuada administración de los recursos estatales que se le han confiado. Ello siempre resguardando la garantía de defensa en juicio.

El último anteproyecto de reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina¹⁴, establece en su artículo 401- Procesos de conocimiento. Excepto que el juez, por razones fundadas, disponga imprimir otro trámite, las contiendas judiciales se sustanciarán por las siguientes vías: a) Proceso ordinario por audiencias: Toda cuestión que no tuviere previsto un proceso especial será tramitada y decidida mediante el proceso ordinario por audiencias. Sus disposiciones se aplicarán subsidiariamente a los demás procesos, en lo pertinente; b) Proceso de justicia inmediata: 1) Tutela y curatela; 2) Materias de vecindad, medianería, propiedad horizontal y locaciones; 3) Las demandas cuya cuantía no exceda el monto de inapelabilidad establecido en este Código; 4) Autorización para ejercer actos jurídicos; 5) Autorización para contraer matrimonio; 6) Copia y renovación de títulos. c) Procesos especiales: 1) Proceso urgente; 2) Amparo; 3) Acción declarativa; 4) Monitorio; 5) Ejecutivo; 6) Determinación de la capacidad jurídica; 7) Desalojo; 8) Extinción de dominio.

A lo expresado, se suma que en el XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal, realizado en San Juan, Argentina los días 12, 13 y 14 de septiembre de 2019, la Comisión nro. 2 se refirió a “Nuevas Estructuras Procesales”.La ponente general Ana Clara Pauletti,

¹⁴Presentado el 1° de Julio de 2019 al entonces Ministro de Justicia y Derechos Humanos Germán C. Garavano, por la Comisión Redactora designada por RESOL-2017-496-APN-MJ y RESOL-2017-829-APN-MJ.

en la síntesis de su ponencia¹⁵ expresó que “...enuncia los presupuestos que deben ser tenidos en miras para regular un proceso por audiencias convencionalizado, que exprese el cambio de era en un proceso evolucionado”. Agregó que la oralidad ya es una realidad en buena parte del país, impactando en una mejor calidad de justicia y en la notable reducción de la duración de los procesos de conocimiento .

A su vez, el maestro Enrique M. Falcón al analizar el impacto del Código Civil y Comercial de la Nación en el proceso, expresó que ha producido un impacto en el Proceso muy importante en tanto ha influenciado notablemente en la aceleración del camino hacia el proceso oral (Lo que se aprecia en los recientes Códigos Procesales de Mendoza, Chaco, Santa Cruz y Corrientes, que se suman a otros que ya había adoptado el sistema oral, como La Pampa, Entre Ríos, Río Negro), si bien esa aceleración todavía no ha tenido total respuesta en el ámbito Federal y el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Agrega que el Código tiene una marcada tendencia a la constitucionalización del Derecho Civil y Comercial y se centra en el modelo de decodificación. Por su parte lo temas relacionados con la competencia y los poderes y deberes del juez corresponden a cada materia, pero se ven especialmente mencionados cuando se trata de cuestiones de la personalidad, del derecho de familia, de los sistemas de contratación predispuestos en general cuando en el proceso actúan sujetos vulnerables¹⁶ .Es así, como el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, contiene numerosas disposiciones procesales y otorga mayores facultades al juez.

A lo expresado, podemos agregar que en otro trabajo, nos hemos ocupado de efectuar propuestas para mayor eficacia del proceso y por ende, deberá contarse con jueces aptos de implementarse esos cambios ¹⁷. Al respecto, concluimos que la solución se orienta en otorgar mayores facultades al juez, en un proceso por audiencias. Si bien el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación – que llegó a tener estado parlamentario - prevé un proceso por audiencias, observamos que contiene – entre otras

¹⁵PAULETTI, ANA CLARA. “XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal- San Juan- Argentina 2019”, “ Ponencias Generales- Nuevas Estructuras Procesales, pag. 157 y 176. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 5/9/2019.

¹⁶FALCÓN, ENRIQUE M. “Impacto del Código Civil y Comercial en el Proceso- líneas generales”, Libro de ponencias del XXXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza ,República Argentina 1,2 y 3 de septiembre de 2022”, pags.3 y 4. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 26/8/2022

¹⁷BEADE, JORGE ENRIQUE . “PROPUESTAS PARA UN PROCESO CIVIL EFICAZ:”. Revista de Derecho Procesal 2021-2- El proceso eficaz-II, pags.57 a 73. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 15/11/2021.

cuestiones- la rigidez de un plazo de producción de pruebas¹⁸. Ello importará un mejor manejo del recurso tiempo. A su vez, la inclusión de una audiencia de vista de causa permitirá mayor inmediación del juez con las partes y las pruebas. Sin embargo, aun con esos cambios existiría preclusión en cuanto a la oportunidad de deducir pretensiones, alegaciones y ofrecimiento y producción de pruebas. Asimismo, la sentencia debería respetar la congruencia entre ésta y las pretensiones incoadas en los actos procesales de inicio del proceso. Ello, puede resultar en una sentencia que no resulte eficaz, pues resolverá el caso planteado en los escritos introductorios, pero ello no siempre dirimirá el conflicto real. En particular y a modo de ejemplo, si un daño continuara produciéndose. En esos supuestos, luego de precluidas las oportunidades procesales para hacer uso de las facultades de incoar pretensiones o alegar hechos nuevos, el sistema actual ni el proyectado, no autoriza nuevas alegaciones ni ofrecimiento de pruebas. Entendemos que en los supuestos anteriormente indicados, cabe preguntarse si podría cambiarse totalmente el enfoque y el sistema. Hagamos el siguiente ejercicio imaginativo. La descripción de los hechos enunciados en los escritos introductorios, se ha modificado. La persona víctima del daño, ahora debe ser sometida a una nueva intervención quirúrgica, su salud se agravó, etcétera, Un edificio ha sufrido nuevos deterioros. Las napas de agua se siguen contaminando, etcétera. Imaginemos un proceso tramitado bajo el sistema actualmente vigente. De producirse nuevos daños luego de la oportunidad procesal para alegar hechos nuevos (artículo 365 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, oportunamente citado), no existiría oportunidad de conocimiento por el juez. Este, conforme el encorsetado sistema que nos rige, deberá dictar sentencia en base a una suerte de “fotografía”, fijada en ocasión de la descripción de hechos e introducción de pretensiones efectuadas en los escritos introductorios. Con el sistema actual, se debería iniciar un nuevo proceso. El

¹⁸ Anteproyecto Código Procesal Civil y Comercial de la Nación presentado el 1° de Julio de 2019 al Ministro de Justicia y Derechos Humanos Germán C. Garavano por la Comisión Redactora designada por RESOL-2017-496-APN-MJ y RESOL-2017-829-APN-MJ . ARTICULO 427.- Contenido. La audiencia preliminar deberá ser dirigida en forma indelegable por el juez. La audiencia será nula si el juez no estuviera presente durante todo o parte de su desarrollo. Esta nulidad no será convalidable. En la audiencia preliminar, aún ante la incomparecencia de ambas partes ,el juez deberá:...h) Fijar la fecha de la audiencia de vista de la causa, con la mayor celeridad posible en la medida que la prueba a producir previamente lo permita, no pudiendo exceder de los OCHENTA (80) días.

mismo, no sería acumulable, pues no se encontraría en la misma etapa procesal. Ello no obstaría a que tramitara ante el mismo tribunal por conexidad. Ahora bien, si tenemos un proceso por audiencias, con vista de causa y un nuevo paradigma de juez administrador, con mayores facultades, utilización del case management y criterio de flexibilidad; podríamos dar una respuesta más eficaz. Proponemos entonces que el juez – con amplias facultades- podría correr un traslado en el acto o bien dar un plazo razonable para su contestación. Vencido el plazo o contestado éste, de hacerse lugar al planteo, cabría autorizar - en su caso- pruebas adicionales. Nótese que tanto la relación jurídica, las partes y los hechos originarios no han cambiado. Solo se habría agravado el daño ya producido o producidos otros, pero como consecuencia del hecho originario. Se aprovecharían las pretensiones iniciales, origen de la relación jurídica, hecho generador del daño inicial, demás alegaciones y pruebas. En suma, además del traslado indicado, sería necesario fijar una nueva audiencia y producir más pruebas. Sin embargo, ello no afectaría la economía procesal pues se evitaría el costo de una nueva mediación y de un nuevo proceso.

Cabe agregar que con la propuesta efectuada no se vería afectada la preclusión, pues existiría una “preclusión elástica” en cuanto a la facultad procesal de alegar hechos nuevos.

En igual sentido, lo mismo ocurriría en relación al período de prueba, pues podrán producirse hasta una oportunidad previa que fije el juez, hasta la nueva audiencia de vista de causa .

En cuanto a la congruencia, tampoco se vería afectada. En el sistema actualmente vigente, el juez no solo debe valorar las pretensiones incoadas en los escritos introductorios, sino también aquellos en los que se hubieren admitido hechos nuevos. Con nuestra propuesta, solo existiría una nueva oportunidad alegatoria.

Con referencia a la oportunidad procesal de producción de pruebas, nótese que de admitirse la producción de prueba anticipada ello importaría una excepción a la oportunidad de su ofrecimiento como a la de su incorporación al proceso. El juez en la sentencia – en su caso- valorará unas como otras. En suma, la creación de una nueva oportunidad alegatoria y probatoria, no afectaría la economía procesal, preclusión ni congruencia. Su futura utilización – reforma mediante-, permitiría contar con un proceso eficaz.

En suma, para la elección de nuevos jueces, deberá efectuarse con carácter prospectivo, teniendo en cuenta los posibles cambios futuros. Para ello, habrá de tenerse en cuenta a un juez apto para estar frente a los interesados, en una audiencia. Asimismo, con la visión y la conciencia de las grandes facultades que se le otorgan a efectos de dar mayor eficacia a los procesos a su cargo. Es decir, un juez que no solo debe ser honesto, responsable, capaz, independiente, laborioso, soportar la presión habitual del trabajo, ser mentalmente equilibrado, saber tratar tanto a colaboradores como litigantes y profesionales. Debe además, tener capacidad organizativa como para saber cuándo fijar la audiencia de vista de causa, desde que celebra la audiencia preliminar. Debe tener la personalidad y carácter suficiente, como para decidir en presencia de las partes y profesionales, lo cual difiere de hacerlo desde una computadora o firmando un papel.

Quienes deben decidir su selección (influyendo y limitando así su elección)- deben tener en cuenta estas pautas. Ya sea asistiendo a una charla previa o leyendo las mismas antes de asumir como consejeros del Consejo de la Magistratura o su equivalente. Ello, aunque sean abogados e independientemente del estamento que representen. Asimismo, las evaluaciones de candidatos a jueces, deberán incluir exámenes sobre desempeño en audiencias.

XIX.-PALABRAS FINALES:

Todo lo expuesto en el presente trabajo, apunta a una evaluación preponderantemente técnica de los sistemas de designación de quienes desempeñaran la judicatura. Ello, tanto en forma definitiva como interina. La conformación entonces de los consejos de la magistratura o sus equivalentes, deberían contar con muchos menos integrantes del estamento político y aumentar los de los estamentos judicial y de abogados. Ello no conspiraría contra el equilibrio de los diferentes estamentos, conforme artículo 114 de la Constitución de la Nación Argentina. En efecto, los poderes Ejecutivo y Legislativo, participan de la designación de jueces, fuera de la conformación del Consejo. Sabemos que eso es utópico, pues como expresáramos anteriormente, nadie que tiene poder lo regala. En un sistema de democracia partidocrática, son los políticos quienes hacen las leyes. Difícilmente abduquen de la facultad de influir en la selección de futuros integrantes de la judicatura, aunque participen luego del acuerdo para la designación de los elegidos.

También nos referimos al comienzo a que uno de los requisitos para el éxito de una reforma, es además de normas, personas y estructuras; el presupuesto. Somos conscientes que políticamente, es más redituable dirigir los recursos estatales para cubrir otras prioridades, que para modificar el sistema judicial. Sin embargo, no perdemos las esperanzas. El maestro civilista José María López Olaciregui definía en sus clases al derecho, como “conjunto de soluciones a conflictos de intereses, fundados en razones de justicia y equidad”. La doctrina es fuente de derecho y con este trabajo, esperamos hacer un pequeño aporte.-

MISIONES Y RESPONSABILIDADES DE LOS ABOGADOS PARA MEJORAR LA EFICIENCIA DEL PROCESO CIVIL

por Roberto O. BERIZONCE*

Sumario: I. Premisas. II. Misiones de la abogacía y fines públicos del servicio de justicia. 1. Misión depuradora, simplificadora y desformalizadora del proceso. 2. Misión esclarecedora de las circunstancias objeto del debate. 3. Misión moralizadora: epílogo. III. Deberes y responsabilidades del abogado por su actuación en el proceso civil. 1. Comportamiento ético en la consulta y las instancias preliminares. 2. Los actos constitutivos del proceso. 3. La contribución en la búsqueda de soluciones autocompuestas por las partes. 4. La dirección técnico-jurídica de la causa. 5. La colaboración activa en la gestión del trámite del proceso. El case management. 6. Responsabilidades por el resultado. 7. Responsabilidad civil por daño. 8. Deber cualificado de buena fe. Interludio. La conducta del abogado y su incidencia en el costo del proceso. IV. Moralización del actuar del abogado y deontología profesional. 1. Los Códigos de Ética de los abogados. 2. Control de la actividad profesional y ejercicio de las potestades disciplinarias. 3. Necesidad de perfeccionamiento del sistema. V. Avances y tendencias que se denotan en el derecho comparado. 1. Sistemas de la tradición del common law. 2. La tradición del civil law continental europeo. 3. Algunas líneas de convergencia. VI. Conclusiones.

I. Premisas.

Nos proponemos poner en foco las renovadas misiones y responsabilidades del abogado y de la abogacía como institución, en el marco del imperativo de la persecución de los fines públicos del proceso civil. Indagar en su actuar y los comportamientos exigidos, de cara al principio general de la buena fe y la consecuente proscripción del abuso del derecho. Cómo

* Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Profesor Titular Emérito de la UNLP Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Procesal y ex Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

los imperativos de lealtad, buena fe y veracidad vinculan también y directamente al abogado, tanto como las nuevas responsabilidades que le vienen adosadas.

En particular, hemos de adentrarnos en las novedosas visiones que, en perspectiva deontológica, inciden ahora en el quehacer abogadil para brindar sustento preceptivo a sus ampliados deberes de colaboración, para el logro de la justicia. En ese tránsito, quedará en claro el valor de la experiencia del derecho comparado soporte del intento, en el colofón, de presentar algunas conclusiones que puedan resultar útiles para abrir el debate sobre tan acuciantes temas.

II. Misiones de la abogacía y fines públicos del servicio

No se cuestiona que la misión del abogado consiste en servir eficazmente a la justicia, erigiéndose en su máspreciado colaborador. No sólo a través de su actuación en los conflictos que se diriman ante los estrados judiciales, sino también -y no menos principalmente- cuando participa en la búsqueda de soluciones autocompositivas.

Sin embargo, en las situaciones concretas a menudo aparecen enfrentados, de un lado, el deber profesional que impone consagrarse enteramente a los intereses del cliente, poniendo en la defensa de éstos todo el celo, saber y habilidad¹, y de otro, el interés general comunitario comprometido en la eficaz y rápida realización de la justicia². En la solución del conflicto no puede perderse de vista que el quehacer abogadil se reconoce necesariamente como un ingrediente esencial del servicio, al cual coadyuva, de modo que sus finalidades y objetivos no pueden serle ajenos. La misión del abogado, desde esa perspectiva, no ha de agotarse exclusivamente en la defensa a ultranza del interés particular confiado, sino que, aún por encima de este último, su actuar deberá orientarse hacia la consecución del fin trascendente que insufla al servicio todo, que no es sino un fin público: dispensar la justicia, confiriendo la razón a quien la tiene y haciéndolo con prontitud y eficiencia³.

Diligencia, asunción de cargas y deberes, verdad objetiva, pacificación de las partes, son postulados propios del servicio todo; de modo que en su consecución están comprometidos no sólo los jueces sino también los abogados. Es en este campo, sin duda, donde la esencia de la misión abogadil aflora con rasgos más nítidos. Porque el abogado es, en el proceso actual, más que nunca antes, un protagonista principal - junto con y al lado

del juez- del drama judicial. Ello se articula concretamente mediante la satisfacción de particulares misiones -que constituyen otros tantos deberes- y que conectan estrechamente con los principios fundantes sobre los cuales se asienta el ordenamiento procesal.

Así, igualación de las partes a través del patrocinio gratuito y otros medios⁴, desformalización de los trámites, moralización, esclarecimiento de los hechos, soluciones autocompuestas, celeridad y duración razonable del proceso, entre otros, no son sólo postulados que gobiernan el mecanismo de solución de los conflictos, o la actuación del juez, sino también, pautas programáticas a las que la misión del abogado, en primera persona, ha de conformarse. Por manera que -como se analizará- es dado encontrar otras tantas misiones particulares, de cara a cada principio procesal.

1. Misión depuradora, simplificadora y desformalizadora del proceso.

Sentada la legalidad e instrumentalidad de las formas del proceso y admitido el actual tránsito hacia una suerte de informalismo, atenuado y limitado si se quiere pero que rechaza tanto el exceso ritual en la interpretación de los preceptos, como el ejercicio abusivo de los mecanismos procedimentales, el quehacer del abogado no puede entenderse desapegado de tales postulados, que gobiernan el proceso moderno. Como si sólo vincularan al juez.

El automático apego a las formas por las formas mismas, resulta disvalioso no sólo por complicado y retardatario de la solución final, sino también y principalmente, porque casi siempre disfraza el escamoteo de la concreción de la justicia del caso, que no puede reposar solamente en un hueco orden puramente instrumental. Es deber infranqueable del abogado prescindir y abstenerse, en concreto, de propiciar, favorecer o consentir planteamientos o decisiones puramente formulísticas que en su inutilidad, habitualmente comprometen la credibilidad y eficacia misma del Servicio⁵. Actuar derechamente y sin atajos, buscando simplificar y eludiendo innecesarias complicaciones y enredos procedimentales, superando conductas amañadas que siempre generan los mayores resquemores.

2. Misión esclarecedora de las circunstancias objeto del debate.

No menos esencial es la tarea confiada al abogado de participar de un modo activo en el esclarecimiento de la verdad. Si el respeto por los hechos constituye requisito constitucional de validez de las sentencias judiciales⁶, no cabe rehuir la necesaria colaboración que ha de brindar desde su propia parcialidad.

A menudo tal colaboración está supeditada a la conducta personal del cliente. Lo que cabe es exigir un claro asesoramiento profesional que, a partir del momento liminar de la consulta, averse cualquier natural -aunque no dispensable- postura de ocultamiento, escamoteo o desfiguración, sea al tiempo del planteamiento de los hechos como al de la demostración. Pero cuando se trata de la propia actividad procesal del abogado, no puede haber excusas: su deber como colaborador del juez es siempre contribuir al esclarecimiento de las circunstancias en debate. No le es legítimo rehusar su aporte, que resulta decisivo, ni mucho menos interponer obstáculos que impidan llegar a la verdad, objetivo cuya concreción no se agota con el otorgamiento de mayores poderes al órgano. Se impone la asunción de una posición activa, ya en los albores del conflicto y para estar en claro sobre los hechos, de modo de poder ejercer cabalmente sus poderes de consulta referencial y, aún, de elección estratégica⁷. Un necesario cambio en los hábitos llevará a rastrear en las distintas variantes que se ofrecen y que configuran lo que se denomina “instrucción preliminar” de la causa, de tanto rendimiento en otros sistemas⁸. Sólo así, asumiendo ese cometido, podrá erigirse efectivamente en el “primer juez”, para el asesoramiento debido y el correcto enfoque inicial que marcará los pasos futuros⁹. Lo que no es menos importante: facilitará sobremanera la labor jurisdiccional, descargándola de la consideración de cuestiones inconducentes y de pruebas innecesarias que, de otro modo, terminan agobiando al juez y restándole tiempo y fuerzas para el ejercicio útil de la jurisdicción.

La preconstitución de prueba, especialmente a través de la utilización inteligente de los modernos medios técnicos disponibles, la prueba “científica” -los informes de expertos de las variadas disciplinas- son algunas de las posibilidades disponibles y abiertas a la inteligencia creadora del abogado, en este tramo tan decisivo¹⁰. El ordenamiento procesal les brinda cabida a guisa de prueba anticipada (art. 326, C.P.C) y diligencias preliminares (art. 323).

Claro que el escenario principal se instala en la etapa probatoria y, particularmente, en las audiencias de prueba y de vista de la causa. Planificación, ofrecimiento y producción

de las medidas de prueba son instancias decisivas donde se amerita una de las condiciones esenciales del oficio. La fatiga del abogado comprende no sólo la puntual demostración de los asertos fácticos cuestionados y en que se soporta lo pretendido, sino además la tarea no menos compleja de neutralizar y excluir la virtualidad de los presupuestos invocados por el contrario y el poder convictivo de la prueba adversaria. La técnica del interrogatorio, de las repreguntas, el careo entre testigos o entre éstos y las partes, el pedido de las explicaciones o la impugnación de los dictámenes de expertos, son, entre otros, mecanismos que expresan el contenido dialéctico del proceso y a través de los cuales el abogado coadyuva al esclarecimiento de la verdad, que es su norte. Su aporte es, pues, incanjeable porque de él depende, casi siempre, la suerte final de los intereses en juego y la justicia intrínseca de la decisión jurisdiccional.

3. Misión moralizadora: epílogo.

Hemos dejado para el final esta perspectiva del obrar profesional, porque engloba y compendia a todas las anteriores. Los deberes de lealtad, probidad y buena fe procesal son exigibles tanto a las partes como a sus letrados¹¹.

Incumbe al abogado la responsabilidad primaria en la conducción formal del proceso. De él depende, las más de las veces, la observancia, por la parte que defiende, de los principios de lealtad y buena fe. Su consejo o asesoramiento suelen ser decisivos, de ahí que se ensalce su misión moralizadora.

El norte ético-legal de su cometido asienta en la base que nunca será lícito al abogado anteponer, cualquiera fueren las circunstancias, el interés de la parte, so pretexto de las exigencias de su defensa al deber prevalente de colaborar lealmente con la justicia. Porque el servicio se asienta primordialmente en una imprescindible relación de confianza que vincula a jueces y abogados¹². De ahí que una incisiva reforma del proceso civil requiere una correlativa adecuación de la normativa deontológica. Solo así podrá inducirse en jueces y abogados un cambio de actitud y los consiguientes comportamientos orientados éticamente, imprescindibles para hacer posible una mayor eficiencia de la justicia civil¹³.

III. Deberes y responsabilidades del abogado por su actuación en el proceso civil.

En este tramo se entrelazan las reglas preceptivas del ordenamiento procesal y sustantivo, junto con los imperativos de la ética forense, que han de ensamblarse e interpretarse de modo armonioso. Lo que es esencial, el íntegro obrar del abogado ha de enmarcarse en los principios cardinales de la buena fe, lealtad y probidad; y la consecuente omisión de las actitudes temerarias y maliciosas, en todas y cada una de las instancias de su intervención. El enjuiciamiento de la actividad del abogado en su totalidad comprende una serie aleatoria de actos propios, que se suceden desde aún antes del proceso, en el curso de éste y, también, con referencia a sus resultados.

Si bien las normas procesales formalmente aluden a la figura de la parte, en verdad puede considerarse que, en múltiples aspectos, el verdadero referente del dictado normativo es mayormente el abogado, como sujeto “técnico” en grado de desarrollar la actividad de la defensa¹⁴. Lo cual conlleva a la elaboración y ejecución de posturas y estrategias que son propias de su intervención técnica, y que inciden, directamente, en el desarrollo del proceso y de sus resultados. De ahí el carácter crucial de su rol, bien que habitualmente solapado en los textos legales.

1. Comportamiento ético en la consulta y las instancias preliminares.

Es que, ya desde el inicio de su intervención ejerce poderes de consulta referencial, y aún de elección estratégica, sobre la eventual transferencia del conflicto privado hacia la órbita jurisdiccional, y su oportunidad. Aspecto trascendente de su obrar¹⁵ que, más allá de las complejidades ínsitas en su valoración, escapa igualmente, por su indefinición, al ámbito propio de las disciplinas ético-profesionales de la abogacía¹⁶.

Si bien la decisión de incoar o no una acción judicial incumbe exclusivamente al cliente, la misión del abogado en esta instancia previa consiste en analizar concienzudamente todos los hechos, las pruebas de que se dispone y los fundamentos jurídicos que resultarán aplicables al caso¹⁷. No puede contentarse con la versión del cliente, sino que ha de constatar su verosimilitud y ponderar el cuadro fáctico y probatorio general. Además, será menester elaborar una estrategia adecuada que prevea diversas posibles vías de conducción alternativas eventualmente desarrollables en el curso del pleito.

La opinión fundamentada del abogado se ha de someter a la consideración del cliente, para su crítica y análisis en conjunto, culminando con la decisión de promover o no la

demanda. En este momento estelar sobresale la opinión del letrado. Claro que, de todos modos, puede negarse a suscribirla, si advierte que no tiene probabilidades de éxito.

2. Los actos constitutivos del proceso.

Un aspecto central de la misión del abogado, y foco también de sus inherentes responsabilidades, ronda en torno a la clarificación del objeto de la controversia, tarea técnica decisiva para la organización y desenvolvimiento del proceso, cuanto para el desenlace decisorio. El abogado tiene a su cargo, con ese fin, una específica obligación de exhaustividad e integridad en la concepción y redacción de los actos procesales y, en particular, de aquellos introductorios de la instancia¹⁸. Se le exige la correcta y veraz exposición de las circunstancias fácticas y el análisis de los fundamentos jurídicos, de lo que deriva la asunción de las consiguientes responsabilidades. Todo en el marco de los ordenamientos del proceso civil, que prevén formas de debate tan articuladas que comprometen intensamente las capacidades profesionales del abogado y aún resulta relevante su intervención en las etapas preliminares del proceso, en la instrucción preparatoria, el manejo de las medidas cautelares y anticipatorias, tanto como en las instancias de mediación o negociación extrajudicial.

3. La contribución en la búsqueda de soluciones autocompuestas por las partes.

Es deber del abogado favorecer las posibilidades de avenimiento y las formas de autocomposición en general, entre las partes. No sólo es una obligación ética, sino un deber jurídico, desde que el abogado ha de ser el componedor natural de los conflictos. Es que la solución compositiva permite lograr la pacificación del conflicto, objetivo central de la jurisdicción, y a ello debe orientarse y coadyuvar el actuar abogadil¹⁹.

Las soluciones autocompuestas están abiertas en continuidad interrumpida desde el surgimiento mismo del conflicto, antes del desemboque judicial, y también durante el curso íntegro del proceso, y aún con posterioridad a la sentencia y la cosa juzgada. Particularmente destacable es la recepción en el derecho comparado de la instrucción preliminar preparatoria que, con diversas variantes habilita la producción anticipada de las pruebas más allá de los supuestos conservativos por el riesgo de su pérdida. Así, se

posibilita su utilización, en lo que aquí interesa, como mecanismo auxiliar facilitador de la negociación entre partes. Nos hemos referido al tema en profundidad en otra oportunidad²⁰.

4. La dirección técnico-jurídica de la causa.

Es tarea no menos esencial a cargo del abogado la de ejercer y mantener, a lo largo de todo el trámite de la causa y hasta su conclusión, la dirección jurídica del caso. Así, la estructuración y ejecución de las estrategias correspondientes en cada estadio de los procedimientos. En forma de asesoramiento y consejos, si se trata de actos de disposición que naturalmente son propios de la decisión del cliente: así, si fuere el caso del allanamiento total o parcial, desistimiento, consentimiento de resoluciones de fondo, acuerdos autocompositivos y situaciones similares. Los actos corrientes de impulso procesal, en cambio, incumben exclusivamente al letrado, salvo que dependan a su vez de alguna actividad del propio patrocinado. Desde luego, a salvo las distintas cargas según que medie o no apoderamiento o instrucciones expresas.

5. La colaboración activa en la gestión del trámite del proceso. El case management.

La defensa implica parcialidad. Sin embargo, la misión esencial del abogado radica en colaborar con el juez y demás sujetos del proceso tras la consecución de la finalidad de éste. Ambos propósitos han de compatibilizarse, sin desmedro recíproco²¹.

El gerenciamiento procesal (case management) adquiere particular relieve en el proceso civil contemporáneo²² siguiendo el modelo inglés. La Rule 1.3 de la CPR establece como deberes de las partes el de colaborar para el logro de los objetivos del proceso. La Rule 1.4 regula los deberes gerenciales del tribunal, que ha de asumir de modo activo, impulsando a las partes a colaborar entre sí, identificar desde la etapa inicial las circunstancias del caso, resolviendo directamente las cuestiones que se encuentran en condiciones y relegando aquellas que puedan requerir de mayor investigación y debate, dialogar con las partes acerca de los casos similares y sobre la posibilidad de acuerdos, en general, decretar directivas tendientes a la más rápida y eficiente decisión del asunto²³.

Lo que caracteriza al modelo es que posibilita una mayor flexibilidad de las formas y una mejor adecuación del procedimiento en atención a las circunstancias de la causa. Bajo el impulso activo del tribunal y en colaboración con las partes, y en especial de los abogados, opera una suerte de gerenciamiento sustancial. No sólo se tiende al logro de la celeridad a través del control de los tiempos y con ello a la efectividad del procedimiento, sino además a la búsqueda conjunta entre los sujetos del proceso de la determinación de su objeto. Es decir, del núcleo de la demanda y la identificación de las cuestiones relevantes a decidir para satisfacer la finalidad de un pronunciamiento justo. Esas determinaciones en una etapa temprana enmarcada en la fase intermedia de la audiencia preliminar, favorecen la configuración paulatina, para todos los sujetos, de una mayor previsibilidad del resultado probable de la causa; lo que, por lo demás, impulsa la generación de un clima propicio para el logro de acuerdos solutorios, uno de los principales objetivos del sistema de justicia.

6. Responsabilidades por el resultado.

En la actividad profesional del derecho no siempre existen soluciones claras y únicas, de ahí que en relación a la vía procesal escogida o la fundabilidad de la pretensión, el letrado no puede por regla ser responsabilizado frente a un resultado adverso. Las obligaciones asumidas son de medios, de modo que será suficiente que haya puesto su mejor empeño, actuando con celo, saber y dedicación en el desenvolvimiento de sus tareas. Queda a salvo, claro, la responsabilidad por culpa. En general, la selección de las vías o acciones procesales se relaciona con técnicas jurídicas de competencia del letrado; sin embargo, no cabe responsabilizarlo por el error, excepto culpa grave. Lo propio acaece con los fundamentos jurídicos que dan sustento a lo pretendido; es bastante que resulten coherentes, razonables y consistentes, aunque contraríen interpretaciones asentadas que, desde luego, nunca son inmutables porque cristalizarían el avance del derecho.

7. Responsabilidad civil por daño.

Conviene memorar que el de la buena fe y la consecuente proscripción del abuso del derecho, constituyen principios generales consagrados por el CC y CN.

En el Capítulo 3 referido al ejercicio de los derechos y que tiene por destinatario general a todos los ciudadanos, se incluyen los principios o cláusulas generales de la buena

fe (art. 9), el abuso del derecho (art. 10), el fraude a la ley (art. 12) y otras. Son pautas generales fundamentales aplicadas a cualquier ejercicio de un derecho o situación jurídica y que se complementan con reglas específicas.

En relación al abuso del derecho, importa señalar el apartado final incorporado en el art. 10 aludido: “el juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”. Resulta novedosa la previsión de las “situaciones jurídicas abusivas”, concepto ya desarrollado por la doctrina civilista, y que se configura como resultado de una pluralidad de derechos que, considerados aisladamente, podrían no ser calificados como tales²⁴. Como estatuye el art. 1120 CC y CN, “cuando el mismo resultado se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos”.

El mandato legal sustantivo autoriza de modo explícito, entonces, la reparación de los daños, y ello incluye sin duda los causados por el abuso del proceso²⁵. Se configura de ese modo un criterio de sanción específica²⁶ de singular utilidad cuyo formato procedimental deberán delinear los jueces en cada caso concreto.

8. Deber cualificado de buena fe.

En definitiva, en todos los tramos de su actuación se requiere del abogado como profesional, un deber cualificado de buena fe y adecuada gestión del asunto. Se presupone su atenta dedicación y seguimiento, una ardua fatiga (COUTURE) y, principalmente, la observancia irrestricta de los deberes que vienen impuestos por la ley procesal, de la lealtad, probidad y buena fe, en relación a las partes y también para con el juez²⁷.

Interludio. La conducta del abogado y su incidencia en el costo del proceso.

Desde otro punto de mira, no puede soslayarse la relevancia de la remuneración de los abogados en el costo del proceso. No solo por la carga que naturalmente se endosa a las partes sino, y en cuanto aquí interesa, en tanto la mala praxis profesional puede conllevar en ese terreno, respecto a la responsabilidad civil y aún disciplinaria. Por lo demás, la celeridad que se requiere en el actuar repercute directamente en los tiempos del proceso, según sean los incentivos legales para definirla rápidamente o, contrariamente, los

desincentivos para demorarla, aspectos cruciales de la configuración técnica de un ordenamiento procesal²⁸. En este sentido, el proceso debería ser considerado como una actividad onerosa a ser monitoreada y controlada por el juez desde el inicio y a lo largo de todo su iter, no solo en beneficio de los litigantes que asumen su costo, sino también del propio Estado que afronta los insumos de su organización²⁹. Se trata de la aplicación del principio de proporcionalidad en la gestión de las causas, desde que la gestión judicial comprende no solo el adecuado manejo del caso individual, sino también la administración coherente del conjunto de los procesos³⁰.

III. Moralización del actuar del abogado y deontología profesional.

Se ha señalado, con razón, que es preferible referir a la deontología profesional, concepto más amplio que el de ética, porque abarca el aspecto normativo, imperativo incorporando los principios éticos a la conducta profesional y ponderando la exigibilidad de los deberes específicos que le son inherentes³¹.

Bajo ese prisma, entre nosotros, las reglas que regulan los principios que han de guiar la actividad de los abogados se expresan sea en disposiciones particulares de los códigos procesales, referidas al actuar en juicio, en vinculación de los sujetos procesales, ya en los códigos de ética que abarcan toda la gama del desempeño abogadil, en sus diversas relaciones. Son preceptivas distintas pero que confluyen a los mismos fines, más allá del valor vinculante de unas, como reglas preceptivas legales, y de otras, como meros mandatos ético-morales.

En la evolución de los sistemas, se ha generalizado la idea de que para moralizar el proceso es necesario convertir en normas jurídicas, esto es, en ley perfecta, las soluciones que el código procesal debe contemplar, para ordenar eficazmente la lucha contra la mala fe (procesal) y el ejercicio abusivo de los derechos³². Lo cual implica el continuo desarrollo de ciertos principios éticos para ser incorporados como preceptos imperativos, a fin de inducir la creación de una nueva cultura del actuar profesional asentada en comportamientos estrictamente éticos³³.

1. Los Códigos de Ética de los abogados.

Fue en el seno de las propias organizaciones de los abogados que se fue gestando laboriosamente a lo largo de las sucesivas generaciones, la idea de instituir normas éticas para guiar el desempeño profesional. Lo propio ocurrió entre nosotros, siendo mencionado habitualmente como una emblemática avanzada la aprobación de las Normas de Ética para los abogados de la Provincia de Buenos Aires, por parte del Colegio de Abogados provincial en el marco de la ley de su creación n° 5177, y que comenzaron a regir a partir de 1954³⁴.

a. El Código bonaerense, que rige hasta el presente, declara que el abogado es un servidor de la justicia y colaborador de su administración; su conducta ha de estar caracterizada por la probidad y la lealtad, debiendo actuar con estricta sujeción a las normas morales (art. 1°). Debe abstenerse de los abusos del procedimiento, de toda gestión puramente dilatoria que sin ningún propósito justo de defensa, entorpezca el desarrollo de los procedimientos (art. 7°). Es su deber favorecer las posibilidades de avenimiento o conciliación especialmente en los conflictos de familia y en general entre parientes (art. 13). A su vez, es obligación de los Colegios departamentales fiscalizar el correcto ejercicio profesional, a cuyos efectos se les confiere el poder disciplinario, que ejercitan sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales y de las medidas que pueden aplicar los magistrados judiciales (art. 24, ley 5177 y modif.). De acuerdo a la ley profesional, son causales de enjuiciamiento disciplinario, entre otras, la violación de las normas de ética profesional y, en especial, el retardo o negligencia frecuentes o inaptitud manifiesta y omisiones en el cumplimiento de las obligaciones y deberes profesionales (art. 25, ley cit.); las sanciones estén graduadas y llegan hasta la suspensión en el ejercicio profesional hasta seis meses, y aún la exclusión (art. 28)³⁵.

b. En el régimen de CABA, la ley profesional 23.187 adoptó un temperamento similar, confiriendo al Colegio Público el poder disciplinario para el control del actuar profesional (arts. 43 a 50)³⁶. Las Normas de ética, que fueron aprobadas en 1987, se limitan a declarar genéricamente que son inherentes al ejercicio de la abogacía “utilizar las reglas de derecho...fundamentado en los principios de lealtad, probidad y buena fe” (art. 10, a). En punto a los deberes frente a la administración de justicia, se consideran faltas éticas, entre otras, valerse a sabiendas de pruebas falsas así calificadas judicialmente, incurrir en

temeridad o malicia así calificada judicialmente, o incurrir en falsedad de citas doctrinarias o jurisprudenciales (art. 22, incs. d y e; art. 24).

c. Se puede advertir en ambas normativas un catálogo demasiado estrecho, generalizaciones abiertas que dejan al margen una muy copiosa nómina de acciones que pueden reprocharse a los abogados, y que son ampliamente conocidas en la experiencia tribunalicia. Además, se desentiende de las conductas extrajudiciales, y en especial de las anteriores al proceso. Bien que sea de resaltar una enjundiosa jurisprudencia del propio tribunal de disciplina y de los órganos judiciales de alzada³⁷.

2. Control de la actividad profesional y ejercicio de las potestades disciplinarias.

El control sobre el ejercicio de los deberes impuestos al abogado corresponde exclusivamente a los jueces, tratándose de las responsabilidades civiles y penales. A su vez, las violaciones de los deberes deontológicos caen bajo las potestades disciplinarias, que comparten simultánea o sucesivamente, los jueces del caso y los tribunales de disciplina colegiales. Mientras los poderes de los jueces se ejercen con referencia a la actuación en el curso de procesos determinados, la potestad disciplinaria colegial es genérica, residual y aprehende la totalidad del actuar profesional. Se trata del enjuiciamiento de distintas esferas de responsabilidad, por manera que coexisten el control judicial a título de tutela de las reglas de actuación procesales -contralor preventivo o represivo de la conducta procesal indebida, la mala fe y el abuso del derecho en general-; y, por otro lado, el control disciplinario colegial para asegurar la operatividad de las reglas de ética a lo largo de todo el desempeño profesional³⁸

3. Necesidad de perfeccionamiento del sistema.

Dejando de lado el contralor a cargo de los jueces, puede afirmarse que existe un consenso generalizado en torno a la inoperancia, por diversas razones, de los controles disciplinarios colegiales -exhibida por las estadísticas-; y, con ello, la necesidad de una profunda reestructuración y remozamiento del sistema. Por un lado, la conveniencia de unificar los distintos mecanismos a nivel nacional³⁹. Por otro lado, y aún más significativo, proceder a la revisión de los deberes profesionales para la incorporación de nuevas y más concretas obligaciones, vinculadas con la efectiva participación e involucramiento en el

funcionamiento del servicio de justicia. Además, en lo instrumental, se viene reclamando la mejora del esquema de enjuiciamiento disciplinario, para tornarlo más eficiente en términos de garantía no solo de los colegiados, sino principalmente para los terceros litigantes y la propia administración judicial⁴⁰.

Todo lo cual, en verdad, se inscribe en un panorama más amplio de desgaste de las instituciones colegiales, cuya declinación se ha venido denunciando desde hace más de tres décadas, atribuible a múltiples y concurrentes factores. Ello ha llevado a plantear la necesidad de recomponer un nuevo equilibrio entre los objetivos institucionales y los corporativos, en razón del paulatino desplazamiento hacia éstos últimos, en desmedro de la idea-fuerza y verdadero soporte de la colegiación legal: los fines del bien común⁴¹.

IV. Avances y tendencias que se denotan en el derecho comparado.

Con todas las salvedades y los condicionantes que merece, desde una perspectiva crítica, el análisis comparativo⁴², orientado ahora preferentemente hacia la búsqueda de similitudes entre los dos sistemas, antes que a las tradicionales particularidades opuestas y “duras”, todos los enfoques derivan, también en lo que aquí nos interesa, hacia sistemas mixtos que provienen del quiebre de los esquemas tradicionales de common law y civil law. Bajo esa óptica desarrollamos el análisis que sigue⁴³.

1. Sistemas de la tradición del common law.

Los sistemas del common law se caracterizan esencialmente por la tendencia a atribuir relieve autónomo al momento “genético” del conflicto, coincidente con el contacto inicial entre el cliente y el abogado. Es la actividad definida como consulting (consulta), etapa crucial en diversos niveles y bajo distintos perfiles, que comprende significativas definiciones: a) judicializar (o no) el conflicto; b) selección de la vía procesal adecuada y, consecuentemente, planificación de las estrategias de la defensa.

Igualmente, en las CPR inglesas de 1999 se prevé que el acto introductorio de demanda debe ser acompañado con una declaración de verdad (statement of truth) suscripto por el abogado, quien garantiza las afirmaciones de su defendido, bajo severas sanciones. Una previsión similar está contenida en la Rule 11 de las Federal Rules of Civil Procedure estadounidense de 1983, que alude a una garantía de seriedad en términos de

fundamentos fácticos no frívolos de la pretensión, que de cualquier modo desnaturalicen las finalidades del proceso o resulten meramente dilatorias. Y lo propio en cuanto al derecho, capítulo en el que se destaca el deber del abogado de fundamentar la demanda en el derecho vigente o en argumentos serios que le den sustento.

La valoración y enjuiciamiento de la actividad del abogado en este tramo, se encuadra en la esfera disciplinaria. En ese sentido, la concepción de *legaethics*, de matriz anglosajona, se diferencia de aquella de mera deontología forense, propia de los ordenamientos del *civil law*. Y, correlativamente, se desarrolló en el derecho estadounidense la noción que mejor comprende todas las facetas e implicaciones conexas al tema de las relaciones entre clientes y abogados en la determinación de las elecciones estratégicas, que es la de *law of lawyering*⁴⁴.

a. Sintéticamente, se denota en este tipo de ordenamientos la presencia de un corpus disciplinario y una elaboración doctrinaria de *legal ethics* paralela y complementaria de la normativa procesal. En ese sentido, resalta la Regla 1 de las *Federal Rules of Civil Procedure* norteamericana, en su versión más reciente, en tanto implica expresamente tanto al tribunal como a las partes, y principalmente a sus abogados, con el objeto de administrar el funcionamiento de las normas a fin de asegurar la justa, rápida y

b. Económica determinación (y conclusión) de toda acción y procedimiento, bajo coerciones y sanciones tipificadas⁴⁵.

c. En paralelo y complementariamente, las *Model Rules of Professional Conduct* tipifican un nuevo tipo de responsabilidad atribuible al abogado, comprensiva no solamente de su vínculo profesional con el cliente en términos de confianza y lealtad en la defensa de sus intereses, sino y en intensidad no menor, el compromiso con la eficaz prestación del servicio judicial, traducido en su actuar franco y honesto en sus relaciones de colaboración con el juez. Se trata de su misión como funcionario auxiliar de la justicia, cuya efectividad viene garantizada por la previsión de sanciones particularmente severas. En ese sentido, se estatuye una suerte de sistema punitivo que impone al juez el deber de aplicar fundamentalmente las sanciones apropiadas, que tengan una adecuada eficacia disuasiva, incluyendo sanciones económicas de elevadísimo valor, *reprimenda in court*, obligación de realizar cursos de rehabilitación profesional, remisión al colegio para que sus pares ejecuten la autoridad disciplinaria y dispongan eventualmente su inhabilitación. Se

articula, en correlato y complementariamente con las Federal Rules, un sistema sancionatorio y coercitivo, a fin de inducir comportamientos inspirados en lógicas de mayor colaboración y compromiso, en paralelo y conjunción con los poderes del juez, especialmente en la fase de clarificación del objeto de la controversia⁴⁶.

2. La tradición del civil law continental europeo.

En la tradición del civil law continental europeo han prevalecido concepciones diferentes. En Italia, p.e, el status atribuido al abogado en punto a la responsabilidad por su actuación ha sido por regla sustancialmente distinto, notablemente atenuada. Cuando la defensa judicial se denota impropia, aún abusiva o temeraria, el sujeto primario de las consecuencias es el cliente -parte- temerario; la solidaridad constituye habitualmente la excepción. Así, los actos constitutivos del proceso se consideran propios del litigante; su suscripción por el abogado que lo patrocine supone tan solo su “paternidad” técnica. De ahí que las sanciones, puramente pecuniarias, afectan, en principio, solo a aquel. Lo cual termina por repercutir negativamente en la prestación jurisdiccional y sus standards de eficiencia⁴⁷.

Como reacción a este estado de cosas, el Consiglio Nazionale Forense aprobó en 2014 un nuevo Código deontológico forense que, con las ulteriores reformas de 2018, intenta perfeccionar el estatuto anterior, especialmente disciplinando en manera más puntual el momento genético de la relación entre el cliente y el abogado, tanto como las responsabilidades consiguientes. Se pone énfasis en el espectro informativo que debe caracterizar dicha relación, su recíproca claridad y transparencia; y, especialmente, los deberes de información específicos que ha de asumir el abogado. En este último aspecto, el letrado debe proveer al cliente de informaciones concernientes al desarrollo de su tarea, la previsible duración del proceso, cargas y posibles costos⁴⁸.

Por último, no puede dejar de señalarse que la tendencia a atribuir progresivamente una mayor importancia al perfil ético-profesional del abogado en el funcionamiento de la justicia civil, se refleja también en algunos de los principales ordenamientos europeo-continenciales. Así, en el alemán y en el francés. Perspectiva que se perfila, de modo preponderante en la más adecuada formación profesional, orientada a los aspectos

prácticos de su ejercicio, en buena medida inspirados en el modelo de la law school estadounidense⁴⁹.

3. Algunas líneas de convergencia.

En la relativa convergencia de ambos modelos, emerge una conclusión compartida: cualquier reforma ambiciosa del proceso civil debe asentarse en una correlativa adecuación de la normativa procesal en sintonía con la deontológica, con el objeto de implementar comportamientos orientados éticamente, imprescindibles para hacer posible una mayor eficacia de la justicia⁵⁰.

V. Conclusiones.

A guisa de sintéticas conclusiones:

1. La misión esencial del abogado, que es la de servir eficazmente a la justicia como su máspreciado colaborador, supone compatibilizar adecuadamente el deber profesional de consagrarse lealmente a la defensa de los intereses del cliente, con aquel otro propio de la salvaguarda del interés general comprometido en la eficaz y rápida realización de la justicia.

2. El abogado debe ser considerado a la par y en el mismo plano que su defendido, como protagonista singular del proceso, destinatario principal de las normas procesales, actuando en colaboración estrecha con el juez. Misión que implica diversos deberes y responsabilidades que tienen que ver con la búsqueda de la pacificación de las partes, la depuración y simplificación del proceso, el esclarecimiento de las circunstancias objeto del debate, colaborando activamente en la gestión judicial; todo ello en el marco de la estricta observancia de los deberes de lealtad, probidad y buena fe, que nutren el norte ético-legal de su cometido.

3. En la consideración de los deberes y responsabilidades del abogado se entrelazan las reglas preceptivas del ordenamiento procesal junto con los imperativos de la ética forense. El comportamiento ético se le exige en todos los tramos de su desempeño, aún antes de la promoción del proceso. Especialmente en la consulta y las etapas de la instrucción preliminar -habitualmente desatendidas en las normativas legales y reglas deontológicas-, tanto como en la preparación y formulación de los actos constitutivos del

proceso, la dirección técnico-jurídica, y la gestión del trámite procedimental y, con particular énfasis, en la búsqueda de las soluciones amistosas del conflicto.

4. El objetivo moralizador del quehacer abogadil asienta preponderadamente en las normas de conducta ética, insertas en los ordenamientos procesales y, entre nosotros, las contenidas en los Códigos de ética establecidos por los colegios profesionales.

5. La visión comparada revela diversos puntos de convergencia en las legislaciones y usos propios de las distintas tradiciones jurídicas, que bien pueden ser objeto de análisis para incorporar, con ventaja, a nuestros ordenamientos. Así, la estructuración de un sistema más afinado de deberes y responsabilidades exigibles al abogado en los distintos tramos de su desempeño, especialmente entre otros: a) las que se originan en el acto de la consulta, en relación a los correlativos derechos de los clientes a una información completa y adecuada; b) las que generan en el trámite de la investigación y revelación suscitada entre las partes, con la finalidad de asegurar el acceso a la información, en cuanto incumba al abogado; c) las garantías de seriedad que debe otorgar el letrado en relación a las afirmaciones de hecho que se alegan por su defendido; y de los argumentos de derecho en que se fundan las pretensiones u oposiciones; d) las propias del consejo y patrocinio profesional a lo largo de todo el iter procedimental; e) el aseguramiento del compromiso de colaboración con la gestión del proceso y, en general, con la eficaz prestación del servicio judicial; incluyendo el deber de contribuir activamente en la búsqueda de soluciones autocompuestas; f) la correlativa articulación de mecanismos eficaces para la prevención, disuasión y represión de la conducta profesional indebida; incluyendo sanciones pecuniarias significantes y proporcionadas a las infracciones, reprimenda ante el tribunal, obligatoriedad de realizar cursos de revalidación profesional. Sin perjuicio del enjuiciamiento disciplinario por sus pares.

6. Resulta menester remozar las leyes procesales y las reglas deontológicas profesionales, para dar cabida a nuevas instituciones y procedimientos tendientes a la implantación de una renovada cultura de eticidad en el obrar abogadil, imprescindible para una mayor eficacia de la justicia.

NOTAS.

1 La enseñanza de CALAMANDREI luce perenne: “el abogado que pretendiese ejercer su ministerio con imparcialidad, no sólo constituiría una embarazosa repetición para el juez sino que sería el peor enemigo de éste; porque no llenando su cometido, que es el de oponer la parcialidad en sentido inverso, favorecería, creyendo ayudar a la Justicia, el triunfo de la

- injusticia contraria” (Elogio de los jueces escrito por un abogado, E.J.E.A., Bs.As., 1969, trad. SENTIS MELENDO S., p. 125).
- 2 CALAMANDREI, P., Instituciones de Derecho Procesal Civil, E.J.E.A., Bs.As., 1962, trad. SENTIS MELENDO, S., v. II, pp. 393, 395. El defensor, aunque está concretamente investido a consecuencia de un encargo hecho a él por la parte, no ejercita, al igual que un mandatario privado, poderes que le sean todos ellos transmitidos por la voluntad del mandante y que sean subordinantes respecto de las regulaciones legales sino que ejercita una función pública, disciplinada por normas del derecho público a las cuales debe atenerse, aunque por ventura estuvieren en contraste con la voluntad de la parte (ob. cit., v. II, pp. 400-401). Asimismo, en Demasiados abogados, trad. XIRAU, J.R., E.J.E.A., Bs. As., 1960, pp. 21-29. También, MORELLO, A.M. y BERIZONCE, R.O., Abogacía y Colegiación, Hammurabi, Bs. As., 1981, pp. 62-63.
- 3 MORELLO, A. M., Los abogados, 2ª. ed. ampl., LEP/ Abeledo Perrot, Bs. As., 1999, pp. 127 y ss..
- 4 BARBOSA MOREIRA, J.C., La igualdad de las partes en el proceso civil, Rev. Urug. Der. Proc., 1987, pp. 115 y ss..
- 5 MORELLO A.M., Los abogados, ob. cit., pp. 3 y ss.; 44 y ss.. CHIARLONI, S., Ética, formalismo processuale, abuso del processo, RT, São Paulo, 2015, v. 239, pp. 107 y ss., donde se alude a la relación conflictual entre ética y formalismo, desde una perspectiva amplia que analiza la ética de las partes, de los defensores, del juez y del legislador.
- 6 MORELLO, A.M., El recurso extraordinario, L.E.P., La Plata, 1987, pp. 203 y ss.. TARUFFO, M., La prova dei fatti giuridici, en Trattato di Diritto Civile e Commerciale, III, t. 2, sec. 1, Milano, Giuffrè ed., 1992, pp. 301 y ss.; en versión castellana, La prueba de los hechos, ed. Trotta, Madrid, 2002, trad. J. Ferrer Beltram.
- 7 COMOGLIO, P., Cuestiones atinentes a garantías jurisdiccionales y acceso a la justicia civil en Dondi, A., Ansanelli, V. y Comoglio, P., Procesos civiles en evolución. Una perspectiva comparada, Marcial Pons, Madrid-Bs.As.-São Paulo, 2017, trad. J.M. Salgado, pp. 72-73. ANSANELLI, V., Minime considerazioni in tema di legal ethics e riforma del processo civile en RePro, RT, São Paulo, 2021, v. 322, pp. 419 y ss., cap. 3. Sobre la responsabilidad del abogado en la selección de las acciones a incoar y, especialmente el uso distorsionado de los instrumentos procesales cuando se persigue su propio beneficio: CHIARLONI, S., Ética..., ob. cit., pp. 109-110, donde se alude al Código Deontológico italiano para los abogados de 1997.
- 8 CAPPELLETTI, M., La oralidad y las pruebas en el proceso civil, EJE, Bs.As., 1972, trad. SENTIS MELENDO, S., pp. 11-17. TARUFFO M., Modelli di prova e di procedimento provatorio, Riv. Dir. Proc., 1990, p. 422. MORELLO, A.M., Estudios de Derecho Procesal..., cit., v. I, pp. 117 y ss.. BERIZONCE, R.O., Los procedimientos de instrucción preliminar preparatoria en el proceso civil, La Ley, 2017-E, pp. 1317 y ss.
- 9 “Hay un momento en que el abogado civilista debe mirar muy de frente la verdad, con ojos desapasionados de juez y es aquel en que, requerido por el cliente a que lo aconseje sobre la oportunidad de iniciar pleito tiene el deber de examinar imparcialmente, tomando en cuenta las razones del contrario eventual, si puede beneficiar a la justicia el encargo de parcialidad que se le encomienda. El abogado ha de ser, en materia civil, el juez de instrucción de sus clientes: su utilidad social es tanto mayor cuando más numerosas sean las sentencias de no ha lugar a proceder que se pronuncien en su estudio” (CALAMANDREI, P., Elogio de los jueces, ob. cit., p. 147).
- 10 BERIZONCE, R.O., Poderes del juez e iniciativa de los abogados en el trámite probatorio, en Derecho Procesal Civil Actual, Abeledo-Perrot / LEP, Bs.As., 1999, pp. 403 y ss.. TESSONE, A.J., El abogado y la instrucción preliminar, La Ley, 1997-E, p. 151.
- 11 MORELLO, A.M., Los abogados, ob. cit., pp. 135 y ss., 209 y ss.. CHIARLONI, S., Ética..., ob. cit., pp. 110-111, donde se distingue la responsabilidad de los defensores según que el abuso de los instrumentos procesales se materialice en su propio interés o en favor de la situación del cliente.
- 12 CALAMANDREI, P., Proceso y democracia, E.J.E.A., Bs.As., 1960, trad. FIX ZAMUDIO, H., p. 162/167.
- 13 ANSANELLI, I V., Minime considerazioni..., ob. cit., cap. 2.
- 14 COMOGLIO, P., Cuestiones atinentes..., ob. cit., p. 59.
- 15 No siempre ni parejamente ha sido aquilatada la consulta entre nosotros. Llama la atención una reciente resolución del Colegio de Abogados de La Plata (julio de 2022) que, como “medida de concientización para valorar el trabajo del abogado”, impone el pago de un bono de consulta jurídica que se gestionaría a través del colegio profesional.
- 16 COMOGLIO, P., ob. cit., pp. 72-73. En el mismo sentido, ANSANELLI expresa que el momento de la consulta inicial constituye un acto no disciplinable, en manera específica, ni lo captan adecuadamente las normativas ético-profesionales (ob. cit., cap. 3).
- 17 Siguen plenamente vigentes las clásicas enseñanzas de CARRIO, G.R., Cómo estudiar y cómo argumentar un caso, Abeledo-Perrot, 1987; id., Cómo estudiar un caso, Jus, La Plata, nº 27, p. 113 y FALCÓN, E.M., Cómo hacer una demanda, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2005; id., Cómo contestar una demanda, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2005.
- 18 ANSANELLI V., Minime considerazioni..., ob. cit., cap. 2, con sus referencias a los diversos sistemas y con un análisis comparativo.
- 19 CALVO SOLER, R., ROJAS, J.A. y SALGADO, J.M., El proceso articulado..., Rubinzal-Culzoni ed., Bs. As., 2022, pp. 105-109, donde se resalta el rol de los abogados desde una visión composicional del proceso. Asimismo, TESSONE A.J., El abogado y la instrucción preliminar, ob. cit., pp. 151 y ss..
- 20 BERIZONCE, R.O., Los procedimientos de instrucción preliminar..., ob. cit., pp. 1317 y ss.. Asimismo, SOSA T.E., Instrucción preliminar preparatoria o, al menos, revitalización de la prueba anticipada en Análisis de las bases para la

- reforma procesal civil y comercial, Rubinzal-Culzoni ed., Bs. As., 2018, pp., 371 y ss.. Para una postura crítica: SAFI, L.K., El régimen de la prueba anticipada y sus replanteos, en la misma obra, pp. 331 y ss..
- 21 Para un desarrollo completo de la cuestión: LANDONI SOSA, A., La ética en las relaciones entre las partes, los jueces y los abogados, en XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, coord. M. Storme y C. Gómez Lara, UNAM, México, 2005, v. III, pp. 463 y ss.. Asimismo: CHIARLONI S., Ética..., ob. cit., pp. 109 y ss..
- 22 STÜRNER, R. y KERN, Ch., Processo civil comparado. Tendências recentes e fundamentais, trad. Teresa Arruda Alvim Wambier, RePro, RT, São Paulo, 2011, v. 200, pp. 204 y ss., pp. 208-217. Asimismo AUFIERO, M.V., Gerenciamento processual, estrutura procedimental..., RePro, RT, São Paulo, 2022, v. 334, pp. 103 y ss., rev. digital.
- 23 ANDREWS, N., Desarrollos en la justicia civil inglesa, RePro, São Paulo, 2022, v. 325, pp. 431 y ss., trad. Pérez Ragone A.. Asimismo: BARBOSA MOREIRA, J.C., Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês, en Temas de Direito Processual, Sétima Série, Saraiva ed., São Paulo, 2001, pp. 179 y ss.; id., A revolução processual inglesa, RePro, RT, São Paulo, 2004, v. 118, pp. 75 y ss..
- 24 LORENZETTI, R.L., Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, La Ley, 2012-C, pp. 581 y ss..
- 25 La responsabilidad por los daños procesales estaba ya regulada por el art. 96 del CPC italiano, cuando la parte vencida ha actuado o resistido en juicio con mala fe o culpa grave, en cuyo caso el juez, a instancia de la contraria, la condena no solo a las costas sino también al resarcimiento de los daños, que liquida aún de oficio en la sentencia. Sobre la interpretación del precepto: CARPI, F. y TARUFFO, M., Commentario breve al Codice di Procedura Civile, Cedam, Padova, 5ª. ed., 2006, pp. 275-279.
- 26 En verdad se trata de un remedio sustancial clásico que implícitamente enraizaba en el Código de Vélez. Claro que al presente la tendencia en la legislación procesal comparada conduce a la admisión de nuevos y más eficaces medidas – v.gr., multas procesales-. Conf.: TARUFFO, M., El abuso del proceso: perfiles comparados en Páginas sobre justicia civil, Marcial Pons, Madrid- Barcelona-Bs.As., 2009, pp. 311 y ss.. Asimismo, y especialmente sobre el régimen de la LEC española N° 1/2000: PICÓ i JUNOY, J., El principio de la buena fe procesal, J.M. Bosch ed., Barcelona, 2003, pp. 265 y ss..
- 27 LANDONI SOSA, A., ob. cit., pp. 485 y ss..
- 28 COMOGLIO, P., Cuestiones atinentes..., ob. cit., pp. 79 y ss..
- 29 COMOGLIO, P., ob. cit., p. 83, donde refiere a la Part. 3.12 de la CPR inglesa de 1999, que encomienda al juez verificar la proporcionalidad de los costos respecto al valor y a la naturaleza de la controversia; un poder que comporta también la interrupción del desarrollo de actividades desproporcionadas o inútiles.
- 30 CAPONI, R., O principio de proporcionalidad en la justiça civil, RePro, São Paulo, v. 192, 2011, pp. 397 y ss., especialmente pp. 401, 404 y ss.. Asimismo: GUZMÁN, N.L., Qué es la proporcionalidad..., RDP 2023-1, pp. 181 y ss..
- 31 VIÑAS, R.H., Ética y derecho de la abogacía y procuración, ed. Pannedile, Bs.As., 1972, p. 2 y ss.. LEGA C., Deontología de profesión de abogado, Civitas, Madrid, 1983, trad. M. Sanchez Morón, passim.
- 32 VIGO (h.), R.L., Ética del abogado. Conducta procesal indebida, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1979, pp. 130 y ss..
- 33 ANSANELLI, V., Mínime considerazioni..., ob. cit., cap. 2.
- 34 Entre sus fuentes inspiradoras se citan, entre otras, las Reglas de Ética adoptadas por la Asociación del Foro de Nueva York de 1909 y las aprobadas por la Federación Argentina de Colegios de Abogados en 1932.
- 35 Para un análisis detenido: MANCUSO, F., Ética de la abogacía y potestad disciplinaria, ed. Col. Abog. Prov. Bs. As., La Plata, 1997, passim. MORELLO, A.M. y BERIZONCE, R.O., Abogacía y colegiación, ob. cit., pp. 59 y ss..
- 36 FALCÓN, E.M., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2006, v. I, pp. 568-570.
- 37 FALCÓN, E.M., Código Procesal..., ob. cit., pp. 570 y ss.. ROSENKRANTZ O., CAIVANO R.J. y MAIER G.F., Ética profesional de los abogados, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995, passim.
- 38 MORELLO, A.M. y BERIZONCE, R.O., Abogacía y colegiación, ob. cit., pp. 88 y ss.. FALCÓN, E.M., Código Procesal..., ob. cit., v. I, pp. 564 y ss..
- 39 Sobre las diversas iniciativas en el seno de las entidades profesionales de la abogacía, para sancionar un Código de Ética nacional, y las reformas propiciadas en especial en torno al procedimiento disciplinario: MANCUSO F., Ética de la abogacía..., ob. cit., pp. 75 y ss.. MORELLO, A.M. y BERIZONCE, R.O., Abogacía y colegiación, ob. cit., pp. 106 y ss., 115.
- 40 MORELLO, A.M. y BERIZONCE R.O., Abogacía y colegiación, ob. cit., pp. 97 y ss.. MANCUSO, F., Ética de la abogacía..., ob. cit., pp. 112 y ss..
- 41 MORELLO A.M. y BERIZONCE R.O., Los colegios profesionales: fin de una etapa y perspectiva superadora, Rev. Col. Abog. La Plata, 1993, n° 52, pp. 207 y ss., espec. pp. 213-214.
- 42 Sobre este aspecto: DONDI, A., Problemas recurrentes y organización metodológica en Dondi A., Ansanelli V. y Comoglio P., Procesos civiles en evolución..., ob. cit., pp. 28-31.
- 43 DONDI, A., ob. cit., pp. 31-35.
- 44 ANSANELLI V., Mínime considerazioni..., ob. cit., cap. 1.
- 45 Sobre esta concepción: DONDI, A., ob. cit., pp. 38-42, donde hace referencia a las Federal Rules of Civil Procedure, en especial la Regla 1 en cuanto a las obligaciones del abogado.
- 46 ANSANELLI, V., ob. cit., cap. 2, con remisión a puntuales estudios del citado A. DONDI.
- 47 ANSANELLI, V., ob. cit., cap. 2.

48 ANSANELLI, V., ob. cit., cap. 3.

49 DONDI, A., ob. cit., pp. 41-42.50 ANSANELLI, V., ob. cit., passim.

LA FORMACIÓN DEL ABOGADO EN EL SIGLO XXI

Por Héctor Eduardo LEGUISAMÓN¹⁹

Sumario. 1. Introito- 2. La situación en la época de la colonia española y con posterioridad. 3. La denostación del Derecho Procesal Civil y Comercial. La mediación obligatoria. 4. El comienzo del ejercicio profesional y la profundización de conocimientos. 5. La pandemia del coronavirus Covid 19. 6. Conclusión

1. Introito

Viene al caso recordar primeramente cómo fue terminando la formación del abogado en el pasado siglo XX, para luego avanzar en lo que fue y debiera ser en el ya comenzado y transcurrido casi un cuarto del siglo XXI.

Como es mi costumbre, adelanto que mi enfoque será eminentemente práctico, porque el ejercicio de la profesión de abogado, es efectivamente práctico, la teoría generalmente sirve sólo para las aulas, pero, como es obvio, hay que saberla.

En las Jornadas Preparatorias para el XVI Congreso Nacional de Derecho Procesal que se desarrollaría en octubre de 1991 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, durante su disertación realizada precisamente en el Aula Magna de esa casa de altos estudios, el maestro Augusto M. Morello describió el

¹⁹ Abogado, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad del Museo Social Argentino; ex profesor de Derecho Procesal Civil y Comercial en las facultades de derecho de la Universidad de Belgrano, Universidad del Museo Social Argentino, Universidad Católica Argentina, Universidad Argentina de la Empresa (U.A.D.E.) y de Práctica Profesional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; profesor invitado en cursos de posgrado y en la Carrera de Especialización en Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Nacional del Litoral. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional; del Instituto de Derecho Procesal Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales; del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Director del Suplemento de Derecho Procesal de elDial.com Biblioteca Jurídica Online.

nuevo plan de estudios de la carrera de abogacía que se había puesto en práctica en la Facultad de Derecho de la UBA en reemplazo del plan tradicional, que incluía en cada materia contenidos básicos con la denominación en muchos casos de “Elementos de...” de duración cuatrimestral, el régimen de correlatividades, las materias obligatorias y opcionales y el sistema de puntos para completar la carrera.

A medida que promediaba la disertación se comenzaron a escuchar algunos susurros entre la gran cantidad de asistentes, por la poca riguridad del plan que se convirtieron en asombro cuando el maestro Morello terminó su exposición diciendo a todos los colegas presentes que había que prepararse porque la primera camada de abogados de ese plan de estudios se recibiría en un par de años.

La pregunta a plantearse es si con tales conocimientos básicos de cada materia, el abogado recién recibido está en reales condiciones de ejercer la profesión y defender razonablemente los derechos de sus clientes, como también, por otro lado, algo que no hay que soslayar, de no incurrir en graves situaciones de mala *praxis* profesional que lo sometan a Tribunal de Disciplina y a demandas judiciales por tal motivo.

La respuesta negativa me indicaba mi experiencia de prácticamente veinte años a partir de mediados de 1991, como docente Jefe de Comisión en el Servicio Jurídico Gratuito dependiente del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, la materia conocida como “Práctico II” correspondiente al último año, de duración anual, y con la cual muchos de los estudiantes se recibían al aprobarla. Esta materia, eminentemente práctica, en tanto su objetivo se encuentra enderezado a que los alumnos puedan aplicar en el último año de la carrera los conocimientos adquiridos durante su cursado, atendiendo y llevando adelante los litigios de los “consultantes” -como se denomina a las personas de escasos recursos que concurren al Servicio ubicado en el 8° piso del edificio de Tribunales para acceder a un patrocinio jurídico gratuito que defienda sus derechos- actuando el Jefe de Comisión como letrado patrocinante, sin embargo, también era impartida en forma teórica en aulas de la Facultad de Derecho de la UBA por Jefes de Comisión que eran jueces, secretarios o auxiliares judiciales que, por ende, no podían officiar de letrados patrocinantes en casos reales de “consultantes”, sino que eran casos ficticios propuestos como en otras facultades de

derecho de universidades privadas perdiéndose, así, la gran posibilidad de que el alumno de la UBA se acercara con pragmatismo a lo que sería su ejercicio profesional.

Sólo muy pocos alumnos estaban en condiciones de mantener una conversación con el “consultante” -como se denomina a la persona de escasos recursos que concurre al Servicio ubicado en el 8° piso del edificio de Tribunales-, obviamente supervisada por el Jefe de Comisión o sus ayudantes, y de elaborar el escrito pertinente (se tratara de una demanda, de una contestación de demanda, o uno de mero trámite). No sólo por la escasez de conocimientos en materias de derecho sustancial, sino, esencialmente en lo que hace al Derecho Procesal Civil y Comercial, que es la rama en la que normalmente el abogado recién recibido ejerce, más allá de la laboral en la que también recibe conocimientos básicos del Derecho del Trabajo, sino que también el derecho procesal laboral no se enseña de manera independiente o separada -de igual forma a lo que sucede con el Derecho Procesal Penal-.

En mis años de docente Jefe de Comisión del “Práctico II” advertí la grave falencia de conocimientos en Derecho Procesal Civil y Comercial, lo cual era obvio pues desde que los alumnos habían cursado en segundo año, o incluso en primero -cuando todavía no tenían plena conciencia de qué estaban haciendo en la facultad-, la materia cuatrimestral “Elementos de Derecho Procesal Civil y Comercial” -no hay que soslayar que tal momento de la carrera los alumnos no advierten la importancia de los conocimientos, sino que persiguen aprobar materias y continuar adelante por la siguiente materia- hasta que en el último año se trata de aplicar los conocimientos adquiridos durante varios años en pos de conseguir el título de abogado y, así, poder ejercer la profesión y comenzar con esa salida laboral para ganarse el sustento, y, eventualmente, el de su familia.

A esta altura resulta útil remarcar que el abogado recién recibido puede, una vez matriculado en el territorio que elija de existir colegiación obligatoria, ejercer la profesión sin ningún otro requisito, es decir, que puede armar su estudio y, sin ninguna fiscalización, ofrecer sus servicios a cualquier justiciable en la materia que fuese. Afortunadamente para el abogado recién egresado, ningún justiciable le encomendará un asunto de importancia, sino, muy por el contrario, un conflicto que dudosamente le interese ocuparse a un abogado experimentado, con lo cual en caso de perderlo por mala *praxis*

seguramente no será objeto de denuncia ante el Tribunal de Disciplinar que corresponda ni de demanda judicial.

Dable es señalar que en la época de la colonia española, aunque egresados de la mejores universidades del viejo y del nuevo mundo de entonces, los licenciados en Derecho no podían ejercer libremente la profesión de abogados y defender los derechos de los justiciables.

2. La situación en la época de la colonia española y con posterioridad

No había surgido todavía la gran corriente económica-mercantil que algunos años más tarde presenciarían Europa y América con la aplicación del vapor a la navegación, de manera que en el Río de la Plata era muy escaso el volumen de los negocios y, consecuentemente, la justicia “ordinaria”, ejercida por los Alcaldes de 1^{er.} voto (magistrados de 1^a instancia) y el Tribunal del Consulado de Comercio implantado en 1794 con competencia especial en asuntos comerciales, estaba reducida a los litigios por modestos cobros de deudas, interdictos y acciones posesorias, redhibitorias de esclavos, sucesiones ab intestato y testamentarias, algún concurso de acreedores y las causas criminales por delitos contra las personas y la propiedad privada²⁰.

Explica Méndez Calzada que “la justicia era lenta; infectada de trámites largos, desesperantes: llena de recursos y apelaciones que estimulaban, como vericuetos ratoniles, el ingenio de los leguleyos de recova”, aunque agrega que “esa lentitud de los trámites, es menester reconocerlo con toda imparcialidad, derivaba muchas veces de hechos que no podían imputarse a las leyes ni a las autoridades. No había comunicaciones rápidas: cualquier diligencia fuera del asiento del Juzgado era para impacientar al Santo Job. La Audiencia había confeccionado, en 3 de octubre de 1785, a raíz de su instalación, una Planilla estableciendo los plazos que se darían para contestar una intimación. He aquí algunos: para un emplazamiento en España: 12 meses; en Lima y su Distrito: 8 meses; Concepción de Chile y Coquimbo: 4 meses; Asunción del Paraguay: 100 días. Y dentro del territorio: Provincias del Norte: 50 días; Mendoza: 65 días; Montevideo: 20 días”²¹.

²⁰ MÉNDEZ CALZADA, Luis, *La función judicial en las primeras épocas de la Independencia*, ps. 24/25, ed. Losada, Buenos Aires, 1944.

²¹ MÉNDEZ CALZADA, *La función judicial...*, ob. cit., p. 87.

Las reglas de procedimiento estaban desordenadas, eran confusas y contradictorias, además de complicadas, plagadas de solemnidades y vericuetos, merituaban que se reclamase un elenco de letrados con conocimientos prácticos en la tramitación de los procesos, pues la cultura universitaria era deficiente, y más que deficiencia universitaria, profesional.

Chuquisaca, Santiago de Chile, después Córdoba, proporcionaron hombres de bastante profundidad humanística, sobre todo la primera, célebre en toda América por la seriedad de sus estudios. Pero, como es sabido, no bastaba el título de Doctor o Licenciado para patrocinar pleitos: había que “recibirse”: demostrar competencia en la aplicación práctica del derecho procesal y de las leyes civiles españolas e indianas. Este punto era la falla del sistema. Los ejercicios de “práctica” eran de muy relativo valor.

Es así que por obra del Dr. Manuel Antonio de Castro se crea en 1815 la *Academia Teórica-Práctica de Jurisprudencia* –que luego daría lugar a la Facultad de Derecho- que transformaría el ambiente fundamentalmente, no sólo por el rigor en los estudios, en las pruebas iniciales y finales, en el ejercicio constante demostrado, en el número de años que se requerían, sino también por las condiciones morales que era menester saliesen de relieve: lo que hoy llamaríamos “la ética profesional”²².

La *Academia de Jurisprudencia*, organizada siguiendo el esquema de la similar de Charcas, la *Real Carolina Academia de Practicantes Juristas*, aparejó considerables beneficios, no sólo por el ambiente de cultura que difundió en el foro porteño y en el interior, por sus disertaciones que la convertían en una especie de Facultad, dada la variedad de materias que se exponían, sino porque en realidad quedó organizada la preparación para el ejercicio de la Abogacía.

Era obligatorio para todo doctor o bachiller en derecho oír práctica en los estrados de la Cámara de Apelaciones; tenía que ingresar en la Academia en calidad de socio practicante; debía cumplir el tiempo de tres años de asistencia continua a las Juntas o reuniones ordinarias semanales, donde se hacían ejercicios de materias teóricas (comentarios de leyes, examen de glosadores o tratadistas, problemas especiales de derecho que se planteaban), y ejercicios prácticos sobre la forma de llevar los trámites procesales. El aspirante debía rendir una prueba de ingreso acerca de temas de la Instituta de Justiniano

²² MÉNDEZ CALZADA, *La función judicial...*, ob. cit., p. 90.

ante una Junta o reunión extraordinaria; luego debía cursar tres años de práctica y teoría y, finalmente, debía aprobar un examen de egreso, que abarcaba las leyes de fondo y la práctica forense, extractando un expediente judicial en curso y proponiendo la sentencia²³.

Dos manuales clásicos sirvieron de guía por dos generaciones a los letrados de aquellos días: uno, el *Prontuario de Práctica Forense* de Manuel Antonio de Castro y, el otro, *Tratado elemental de los Procedimientos Civiles en el foro de Buenos Aires* de Estévez Saguí.

Dable es destacar en este tema que según el art. 35 del *Reglamento de Institución de Justicia* sancionado por el Triunvirato el 23 de enero de 1812, se derogaba el patrocinio letrado obligatorio en juicio, dejándolo facultativo, hecho que fue duramente criticado en términos tales como “Haber quitado la dirección de Letrados, para que en vez de legítimas acciones se entablasen caprichosas solicitudes y se complicasen los pleitos más sencillos...” y “Haber hecho desaparecer las formas judiciales, los estilos recomendables, las buenas prácticas, cuando la reforma de la legislación debe ser sistemática, para ser útil; y cuando todo se hubiera por entonces mejorado con ocurrir seriamente a extirpar los abusos y corruptelas introducidas en los Tribunales en fraude de las leyes”²⁴.

El patrocinio letrado obligatorio fue restablecido poco tiempo después mediante el *Reglamento para la Administración de Justicia* sancionado por la Asamblea General Constituyente de las Provincias Unidas del Río de la Plata en su sesión del 1º de septiembre de 1813: “Se observarán las leyes que ordenan que los escritos sean firmados por abogados, a excepción de aquellas peticiones de poca importancia que pueden firmar las partes o sus procuradores. Más, si algún individuo fuese graduado en derecho, aunque no esté recibido de abogado, puede defenderse a sí mismo en negocios propios, sin que en sus escritos se le exija firma de letrado”, aspecto criticado por Ibáñez Frocham porque -según él- no hay motivo alguno para exigir la firma de letrado si el litigante, aunque no sea graduado en derecho, sabe defenderse sin obstruir el curso de la justicia²⁵. Con el correr el tiempo tal práctica fue dejada de lado.

²³ MÉNDEZ CALZADA, *La función judicial...*, ob. cit., ps. 148/149.

²⁴ *El Observador Americano*, N° 2, del 26 de agosto de 1816, p. 12, citado por MÉNDEZ CALZADA, *La función judicial...*, ob. cit., p. 122, nota n° 1.

²⁵ IBÁÑEZ FROCHAM, *La organización judicial argentina...*, ob. cit., p. 61.

En algunas oportunidades se planteó la necesidad de que el abogado recién recibido fuera sometido a un examen previo a la matriculación en el Colegio de Abogados que exista en determinado territorio si está prevista la colegiación obligatoria²⁶, pero siempre fueron rechazadas tales propuestas basadas, generalmente, en la necesidad del abogado recién egresado de poder ganarse el sustento ejerciendo la profesión recién alcanzada, pero en desmedro de los eventuales clientes que pudiesen contratarlo.

3. La denostación del Derecho Procesal Civil y Comercial. La mediación obligatoria

Algo similar a lo expuesto es lo que ocurre en el ámbito de la medicina con los médicos, pues, aunque no es obligatoria, la denominada “residencia” en un nosocomio, los recién recibidos de médico -de cualquier Universidad- cumplen un período -generalmente de cuatro años-, para luego poder ingresar en un nosocomio público o privado, o de instalar un consultorio para dedicarse a la práctica privada de la medicina. Ello además de realizar cursos de especialización en las distintas ramas de la medicina.

Eso se diferencia en la abogacía, pues no hay instituciones públicas y/o privadas que puedan albergar la cantidad de abogados que se reciben anualmente (por no decir mensualmente) en la gran cantidad de facultades de Derecho que han pululado y que abastecen descomunalmente la oferta de profesionales de manera desproporcionada con la demanda en lo que hace a la cantidad de la población, al tiempo que, contrariamente, disminuyen la posibilidad de competencia entre los recién recibidos para tratar de ganarse el sustento emprendiendo la actividad privada de la profesión.

Lo que se advierte del nuevo plan de estudios de la Facultad de Derecho de la UBA al que se refiriera el maestro Morello, con muy pocos cambios hasta la actualidad, contrariamente a lo que era esperable, las facultades de Derecho de distintas reconocidas universidades fueron modificando sus respectivos planes de estudio (que seguían al original de la UBA), y si bien no a raja tablas los lineamientos del adoptado por la UBA, bajando el

²⁶ Es conocido el llamado *bar examination* (examen de la barra de abogados) que rige en casi todos los estados y territorios de los Estados Unidos de Norteamérica, y que se trata de un examen administrado por la asociación de la barra de abogados del territorio que el abogado debe pasar en orden a ser admitido en la barra de abogados de ese territorio. También rigen exámenes similares en los países del Common Law como Inglaterra, Gales, Irlanda, Australia, Sudáfrica, Canadá (excepto Quebec), pero también en otros países como España, Italia, Alemania, Francia, Hungría, India, Israel, Irán, Japón, Malasia, Filipinas, Polonia, Singapur, Ghana, Corea del Sur, Tailandia, República Popular de China.

nivel en lo que hace al Derecho Procesal Civil y Comercial hasta ubicarlo en una única materia (cuando con anterioridad existían dos, una con la teoría general del Derecho Procesal: Derecho Procesal I – Parte General, y, la otra con la parte especial, Derecho Procesal II – Parte Especial o Procesal Civil y Comercial, existiendo otra dedicada a Derecho Procesal Penal, que en la UBA integra con pocas bolillas o unidades el programa de Elementos de Derecho Penal), generalmente en el segundo año de estudios y también de duración cuatrimestral, es decir, con antelación al estudio de las materias de derecho sustancial que precisamente el Derecho Procesal, en su rol de herramienta para la aplicación del derecho de fondo, cuyos conocimientos pudieran ser necesarios (por ejemplo, cómo explicar prácticamente un juicio de desalojo, de cobro de alquileres, de interdicto de obra nueva, de divorcio o un proceso sucesorio, si todavía no se conocen, aunque sea los “Elementos...”, de las materias Contratos, Derechos Reales, Familia y Sucesiones, respectivamente).

Llegamos así a que en actualmente en las facultades de distintas universidades el Derecho Procesal Civil y Comercial sea ubicado como materia en los dos primeros años de la carrera universitaria, es decir, insisto, en los que el alumno todavía está intentando adecuarse a la carrera universitaria que eligió, la que, obviamente, luego puede abandonar.

A ello cabe añadir el advenimiento allá por 1994/1995 de la mediación obligatoria, como medio alternativo de solución de los conflictos en la ciudad de Buenos Aires con la sanción de ley nacional 24.573 en 1995, y que, se introdujo lógicamente en los programas de estudios, generalmente, dada su afinidad, en el de Derecho Procesal, a pesar de que es una institución que precede al proceso judicial. Y se insistió y argumentó, en mi forma de ver, sobremanera en su futura aplicación como si fuera la panacea de la solución de conflictos y uno de los grandes “descubrimientos” del siglo XX, aunque la verdad, como sucedió con los Tribunales de Concordia, no tuvo el resultado esperado, por más que con las “estadísticas” se siga intentando inútilmente demostrar lo contrario pues la litigiosidad no disminuyó a pesar de haber transcurrido casi treinta años de su instauración.

Para ilustrar al lector y que se entienda qué es lo que intento decir, cabe recordar que paradigmáticamente, ya en la época en que se habían cortado los lazos con España y antes de que se declarase la independencia de nuestro país, se había instituido un

sistema obligatorio, similar a la mediación previo a la iniciación de un proceso judicial mediante el Reglamento para la Administración de Justicia de las Provincias Unidas del Río de la Plata dictado por el Triunvirato el 23 de enero de 1812 que creó el *Tribunal de Concordia*²⁷. Esta institución se creó, al decir de Méndez Calzada, con un criterio de noble inspiración pero un tanto candoroso, para evitar los pleitos, para zanjarlos en embrión mediante actas de conciliación y avenencia²⁸. Coincide Ibáñez Frocham al referirse a ella como una institución *sui generis*, nueva en nuestra legislación, tan inútil y absurda como bien inspirada, aunque entiende que fue traída de España en donde también se había instituido hacia 1812²⁹. No se podría entrar al juicio sin que este Tribunal, después de agotar previamente todas las instancias, pusiese la siguiente nota: “*Pase a la Justicia Ordinaria*”³⁰.

La función de los Tribunales de Concordia consistía en poner en ejercicio en cada caso los prudentes arbitrios de un amigable componedor, después de haber adquirido cabal conocimiento del asunto, y si fracasaba en tales gestiones, “dictar formal sentencia sobre si resulta o no mérito a un litigio de buena fe por duda mayor o menor de hecho o de derecho”. Si el valor del asunto no excedía de quinientos pesos, la resolución del Tribunal de Concordia era inapelable: si entendía que había mérito para litigar, el actor podía ocurrir a la justicia ordinaria; en caso contrario, no había pleito. Pero si el valor excedía de dicha suma y no pasaba de cinco mil, tanto el actor como el demandado podían apelar para ante el gobierno de la provincia cuyo Tribunal de Concordia decidió que había o que no había mérito a un litigio de buena fe. La resolución de ese gobierno provincial era inapelable. Pero si el valor del pleito superaba los cinco mil pesos, había una nueva apelación para ante el Superior Gobierno Central, resolución respecto de la cual no había recurso alguno: si resolvía que había mérito para litigar, el actor podía iniciar el juicio, en caso contrario, todo había concluido. Se obligaba, así, a un acreedor a recorrer tres instancias de concordia para

²⁷ Funcionaría uno en Buenos Aires y, además, se constituiría uno en cada ciudad del país, compuesto por el procurador síndico y dos regidores que designaría cada Cabildo. Cada uno de esos tribunales llevaría un libro rubricado en el que se asentaría la demanda, contestación, prueba, etc., y el fallo fundado del tribunal declarando no haber lugar a la cuestión judicial o permitiendo que fuera entablada. En el Archivo de la Nación se conserva el Libro de Actas del Tribunal de Concordia de Buenos Aires, Años 1814-1815, Sec. Gob. A. 6, N° 5.

²⁸ MÉNDEZ CALZADA, *La función judicial...*, ob. cit. ps. 96..

²⁹ IBÁÑEZ FROCHAM, *La organización judicial argentina...*, ob. cit., ps. 56 y 58, nota n° 11.

³⁰ MÉNDEZ CALZADA, *La función judicial...*, ob. cit., p. 96.

que lo autorizaran a demandar a su deudor y luego –si triunfaba allí-, a recorrer otras tres instancias de justicia para conseguir el cobro de su crédito. La institución fue mantenida por el Reglamento del año 1813 hasta que dos años después el Estatuto del 5 de mayo de 1815 prescribió: “Queda abolido y disuelto el Tribunal de Concordia: los jueces de primera instancia ante quienes se promuevan las demandas deberán invitar a las partes a la transacción de ellas por todos los medios posibles, antes de entrar a conocer judicialmente”^{31 32}.

A pesar de este funesto antecedente, que fue creado en una época prácticamente colonial en la cual, obviamente, los habitantes eran muchos menos que en la actualidad y, además, tenían una vida mucho más pacífica o tranquila que en nuestros tiempos, de todas formas se instauró la mediación obligatoria.

Lo cierto es que en el ámbito de las carreras de grado se sostenía entre los defensores de la mediación, que había que poner énfasis en la enseñanza de la mediación obligatoria pues de esa manera se concientizaría a los abogados que egresaran como negociadores en lugar de litigantes, de luchadores en litigios, algo así como una dicotomía entre la paz y la guerra. Contrariamente a tal tesitura, siempre sostuve que había que profundizar en la enseñanza del Derecho Procesal Civil y Comercial para, de tal manera y teniendo todos los abogados los conocimientos necesarios para entrar en pleito, muy factiblemente, sabedores de sus posibilidades de triunfo o derrota, seguramente era posible llegar a una transacción con antelación al proceso judicial, incluso por una negociación sin que fuera necesario promover un procedimiento de mediación, o bien, una vez que el proceso estuviera en trámite, mientras que, de lo contrario, si fracasaba la mediación obligatoria, alguno o todos los litigantes quedaba desarmado y, por tanto, indefenso. Algo así como para garantizar la posibilidad de llegar a una transacción, que todos los abogados de los litigantes tuvieran sus armas totalmente cargadas de forma que el contrario siempre tuviera en cuenta que podría ser atacado y así evaluar seriamente la posibilidad de una transacción. Evidentemente si todos los países tuvieran bombas atómicas, existen muchas más posibilidades de que no entren en guerra, y el riesgo de guerra nuclear se convierte en

³¹ IBÁÑEZ FROCHAM, *La organización judicial argentina...*, ob. cit., ps. 56/8; MÉNDEZ CALZADA, *La función judicial...*, ob. cit., ps. 153/4.

³² LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo, *La evolución del Derecho Procesal Civil Nacional desde la gesta de Mayo de 1810*, La Ley Suplemento Actualidad ejemplares del 23, 25 y 30/11/2004, y elDial.com DCC0A.

meramente teórico como lo demuestra la historia desde su invención, pues si bien hubo ocasiones en que se temió tal desenlace, lo cierto es que ningún presidente de los países en conflicto se animó a dar la orden de lanzamiento, salvedad hecha de las bombas atómicas lanzadas por los Estados Unidos de Norteamérica en las ciudades de Hiroshima y Nagasaki, justamente porque Japón no contaba todavía con armamento nuclear, a consecuencia de lo cual tuvo que rendirse.

Tanto énfasis y empuje se le dio a la mediación obligatoria, que se crearon asociaciones o fundaciones que en distintas sedes se dedicaron a brindar cursos de mediación para formar mediadores, pero no como especialización, sino como salida laboral para los abogados a fin de estar habilitados para matricularse en tal condición³³.

Pero como la mediación obligatoria no dio en la práctica los resultados esperados de reducir los litigios, habida cuenta que incluso los mediadores se excluían del registro de tales, puesto que el sistema no había cumplido con las expectativas laborales que tuvieron en mira al realizar los distintos cursos, uno año y medio después de la entrada en vigencia de la ley 24.573 (hoy derogada y sustituida por la ley 26.589), se la trató de mantener estableciéndose la mediación *privada* mediante la reglamentación de la citada Ley de Mediación mediante el decreto 91/98 del Poder Ejecutivo Nacional (Boletín Oficial del 29/1/1998), violentando el art. 99, inc. 2, de la Constitución Nacional, en tanto dispone que los decretos reglamentarios no pueden alterar el espíritu de la ley que reglamentan. Lo cierto es que en la actualidad, en la ciudad de Buenos Aires, la inmensa mayoría de las mediaciones obligatorias se realizan por mediación *privada* (es decir, que el abogado del requirente es quien elige el mediador, pudiendo el requerido oponerse y elegir otro de un listado no menor de ocho mediadores, actualmente no menos de cinco mediadores – incluido el propuesto- conforme el Decreto 1.467/11 reglamentario de la ley de mediación 26.589), muy pocas se hacen mediante el sistema de mediación *pública* mediante sorteo de mediador en la cámara de apelaciones del fuero que corresponda.

³³ Se tenían que hacer tres cursos: el primero, de introducción a la mediación; el segundo, denominado *training*, y un tercero, que era comúnmente llamado *pasantía* que consistía en la asistencia a audiencias de mediación. Cada uno de ellos tenían considerable cantidad de horas, que con el devenir del tiempo fueron siendo reducidas o bien trocados en una clase intensiva que duraba prácticamente todo el día. El costo de los tres cursos oscilaba entre u\$s 2.000 y u\$s 3.000.

4. El comienzo del ejercicio profesional y la profundización de conocimientos

Dado que una vez que el abogado egresa de la facultad y, como fuera visto, sin ningún otro recaudo que cumplir para ejercer la profesión más que matricularse en el Colegio de Abogados de la provincia que corresponda, que en realidad implica un trámite meramente administrativo, el novel abogado está en condiciones de armar su estudio jurídico en soledad o asociado con otros -generalmente compañeros de estudio- y comenzar a atender clientes, sin distinción en especialidad alguna de rama del Derecho, es experto en todo. El único límite que tendrá, será el que le impongan sus propios potenciales clientes que únicamente lo contratarán para que lleve adelante algún asunto de poca importancia patrimonial y sin complejidades.

Se distingue claramente con la profesión de los médicos puesto que éstos una vez recibidos, si bien no es obligatoria, realizan una “residencia” en un nosocomio por el plazo de cuatro años -como dije antes- y en la especialidad de la medicina que elija. Es decir, que el médico recién recibido no arma un consultorio y empieza a atender pacientes solo o asociado con otros, ni tampoco es empleado como médico “formado” en un instituto asistencial, que es la forma habitual en que los médicos ejercen su profesión (puesto que recién después de muchos años de práctica arman su propio consultorio y se dedican al ejercicio privado, aunque muchos también continúan ejerciendo y progresando en el mismo nosocomio público o privado), pues si comete un error, una mala *praxis*, no será sometido a un Tribunal de Disciplina como el abogado, sino que será enjuiciado penalmente por lesiones u homicidio culposo, además del posterior juicio por daños y perjuicios, y lógicamente extensivo al instituto asistencial en donde labore como médico. En definitiva, el médico se va formando profesionalmente fiscalizado por sus “jefes” de mayor experiencia en el nosocomio y profundizando los conocimientos adquiridos, y también realizando los cursos en especialidades médicas (por ej.: clínica médica, cardiología, anestesiología, diagnóstico por imágenes, etc.) que le permitan ir ascendiendo en ese instituto asistencial o ser contratado en mejores condiciones laborales en otro, o instalar su propio consultorio.

Lógicamente el abogado recién egresado, sabedor y en plena conciencia de su orfandad de los conocimientos necesarios para ejercer la profesión -dable es puntualizar que en el mismo nivel se encuentran los que estaban trabajando dentro de la Justicia

mientras cursaban la carrera y los que ingresan al recibirse de abogados-, para adquirirlos tiene la posibilidad de realizar cursos, seminarios, escuchar conferencias, talleres, carreras de posgrado -de distintas duraciones-: especialidades, diplomaturas, maestrías, etc., que se ofertan vía las facultades de Derecho o asociaciones o editoriales jurídicas. Pero realmente el abogado, por ser recién egresado, desconoce cuáles son los más adecuados en lo que hace a temas y docentes, sino que a ello se añade que los más convenientes son de un costo elevado que por el prestigio del docente y la infraestructura necesaria para impartirlos lo que motiva que, salvo excepciones, no estén al alcance de la generalidad de los recién recibidos.

Hasta la pandemia que nos azotó como es de público conocimiento, todas estas alternativas eran de participación presencial lo que implica un límite máximo de asistentes o cursantes de acuerdo a la capacidad del lugar en donde se desarrollen. Esto hizo que, como en otras áreas del saber, algunas instituciones con equipos tecnológicos de avanzada promovieran conferencias o cursos mixtos, es decir, con asistentes presenciales y otros que lo hacían a distancia, los primeros, como en el sistema tradicional con limitación de vacantes y podían hacer preguntas y obtenían la respuesta del conferencista, mientras que los segundos veían la exposición a distancia, no tenían límite de vacantes -o al menos eran gran cantidad- ni dificultad de traslado por la distancia -de hecho participaban cursantes de provincias alejadas-, pero dado que no tenían posibilidad de hablar y ser escuchados, y tampoco eran visualizados en el recinto, únicamente podían realizar sus preguntas en los últimos minutos de la exposición vía “chat” a través del equipo, que eran leídas por quien se encontraba a cargo de la transmisión y contestadas por el conferencista.

Y ni hablar de la compra de libros, cosa que durante la cursación de la carrera, realmente no muchos alumnos compran libros jurídicos de texto, sino que emplean apuntes para estudiar que, como es obvio, no son suficientes para en su momento ejercer la profesión, circunstancia que obviamente no favorece la adquisición de conocimientos convenientes. Y después de recibidos muy pocos con los que adquieren libros jurídicos de consulta dado su elevado costo.

Con el advenimiento de Internet a fines de los 80 y principios de los 90, las editoriales jurídicas ya existentes como proporcionadoras de información jurídica en soporte papel, sin dejar de hacerlo, y otras nuevas creadas sobre la base de semejante

avance tecnológico, se fueron inclinando en abastecer de doctrina y jurisprudencia en formato electrónico, pero lógicamente para acceder a ellas se debe afrontar el costo de la suscripción, que si bien no es tan significativo como la correspondiente a la suministrada en soporte papel, de todas maneras implica un costo mensual, que los abogados recién egresados prefieren no afrontar lo que va también en desmedro de la continuación de la formación del abogado.

Con tal herramienta informática algunas facultades de Derecho instrumentaron carreras a distancia, lo que no suponía recibir clases virtuales del profesor, sino que debían seguir un texto o guía para comprender la importancia de cada materia, y luego estudiar de los textos indicados por los profesores, en algunos casos de lectura obligatoria y en otros voluntaria -que como el lector supondrá no son leídos-, como también la elaboración de un trabajo práctico por unidad del programa diseñado por el profesor que se le envía por mail a éste para su corrección, y que una vez aprobado le permite avanzar a la unidad siguiente, pudiendo el alumno realizar las consultas que se le presenten, sea del contenido de la unidad o para cumplir con el trabajo práctico, por correo electrónico, o bien en forma telefónica o concurriendo personalmente para hablar con el profesor en los días y horarios ya predeterminados. Esto permite al alumno realizar una cursación de las materias con entera libertad en cuanto a no estar sometido a días y horarios de clase, quedando a su entera decisión cuándo estudiar las unidades y cumplir con los trabajos prácticos.

Una vez finalizada la cursación y teniendo todos los trabajos prácticos aprobados, el alumno está en condiciones de dar el examen final presencial, a cuyo efecto los residentes en lugares alejados debían presentarse. Tuve la ocasión de desempeñarme durante prácticamente trece años como profesor titular especializado en educación a distancia en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales del Instituto Universitario de la Policía Federal Argentina, pude advertir que, salvo honrosas excepciones de alumnos cuyo interés por la carrera se notaba sin cortapisas, la mayoría tenía un nivel inferior con el que egresan de cualquier facultad de Derecho con el tradicional sistema presencial.

También con la Internet se dio el fenómeno de la aparición de numerosos blogs jurídicos, cuyo acceso es gratuito y en donde los abogados jóvenes pueden encontrar algunos fallos jurisprudenciales y artículos pero lógicamente de ningún autor prestigioso y con solvencia intelectual, inclusive, en algunos blogs se formulan consultas por casos que

están llevando, que son respondidos por los mismos participantes del blog muchas veces por lo que hicieron en un caso propio sin conocer todavía la resolución que mereció el planteo, consultas y respuestas que demuestran el bajo nivel de conocimientos para ejercer la profesión.

5. La pandemia del coronavirus Covid 19

El flagelo de la pandemia del coronavirus Covid 19 trajo, además de un desgraciadamente cuantioso número de fallecidos, un profundo cambio en la forma de vida de la gente de todas las latitudes, y en nuestro país manifestado principalmente por la prolongada prohibición de circular y así, por la necesidad de continuar produciendo, del advenimiento del trabajo a distancia (*home office*) salvedad hecha de los servicios esenciales (v.gr., seguridad, salud, alimentos, etc.), lo cual tuvo su correlato en la enseñanza de todos los niveles (primario, secundario, terciario y de posgrado) debiéndose impartir la enseñanza vía la plataforma de Zoom, y lógicamente también en lo que hace al objeto de este trabajo con respecto a la formación del abogado tanto en la carrera de grado como a los estudios de posgrado, y también en nuestro específico *metier* judicial con la implementación del proceso informático como medio necesario para evitar la paralización de los procesos judiciales.

Desde que hace más de veinte años se comenzó a postular la utilización de medios electrónicos para la actividad jurídica, y, algo menos, directamente el expediente electrónico, por mi cercanía con el tema dada mi condición de profesor titular especializado en educación a distancia -como dije-, siempre sostuve que la educación a distancia nunca podría sustituir a la modalidad presencial tradicional, y lamentablemente la pandemia lo ha demostrado en todos los niveles de la enseñanza, inclusive con clases por Zoom que tampoco son suficientes para sustituir a las tradicionales clases presenciales, ni los libros como tampoco los expedientes en soporte papel tal como los conocemos, podrían ser reemplazados por los *e-books* y ni los expedientes virtuales o informáticos, y es que precisamente con los libros o los expedientes en soporte papel el lector puede volver la lectura hacia atrás o adelantarla dando vuelta las páginas, marcando con un señalador o un doblez de la hoja que le interesa para retornar luego o, incluso, con uno o más dedos de una mano, o destacar su contenido con el subrayado de un lápiz o directamente con un

resaltador, cosas que se tornan más que complicadas y confusas con los medios virtuales al tener únicamente la posibilidad de ir para arriba o para abajo en la misma pantalla o tener que cambiar de ventana –mucho más complicado y confuso si las ventanas abiertas son varias-, y de allí es que los archivos que se encuentran en el sistema informático sean objeto de impresión para luego en soporte papel trabajar con el contenido de ellos.

Finalizada la pandemia, paulatinamente se fue volviendo a los puestos de trabajo y dejando de lado el *home office* (aunque los judiciales se resisten a pesar de la orden de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2023) y retomándose las clases presenciales en los niveles de educación primario, secundario y terciario, salvedad hecha de las de posgrado (conferencias, seminario, cursos, etc.) que se realizan si bien de manera presencial, muchas de ellas también mediante la plataforma Zoom o alguna análoga con las ventajas y desventajas antes dichas.

Pero lo que dejó la pandemia, sin ninguna duda es el expediente electrónico (en todos los territorios del país). Así fue como en el orden nacional se sancionó la ley 26.685 (B.O. 7/7/2011) que autorizó genéricamente la utilización de expedientes electrónicos, documentos electrónicos, firmas electrónicas, firmas digitales, comunicaciones electrónicas y domicilios electrónicos constituidos, en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial de la Nación, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales (art. 1º).

A partir de esa norma legislativa, aprovechando pero también excediendo las autorizaciones o delegaciones que otorgara la ley, no sólo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sino también los máximos tribunales de muchas provincias, se convirtieron en legisladores invadiendo la incumbencia constitucional del Poder Legislativo local, y fueron dictando, y lo siguen haciendo, una profusa –y confusa- serie de acordadas, acuerdos y de resoluciones según la respectiva denominación de cada ámbito judicial, que se aceleró e incrementó luego de la pandemia, disposiciones que realmente constituyen un “entramado normativo”, pues se trata de un entrecruzamiento o conjunto de normas dictadas precisamente por la misma Corte Suprema federal o los supremos tribunales provinciales – que muchas veces que se contradicen-, y que se aceleró con el devenir de la pandemia y la necesidad en caso de que ésta se mantuviera un plazo prolongado –como aconteció y continúa aconteciendo- que resulta difícil conocer acabadamente e interpretar

unívocamente no sólo por los organismos judiciales, sino, y es lo más importante, por los abogados.

Creo que el de la cuarentena obligatoria no era el momento para experimentar con nuevas reglamentaciones y mucho menos establecer directamente el expediente electrónico, pues aunque fuera imprescindible encontrar vías para el restablecimiento de la actividad judicial, con lo básico habría bastado hasta que se regularizara la situación sanitaria y social que posibilitaría que todos los operadores jurídicos, incluidos los empleados que se ocupan de la informática, y también los justiciables, estuvieran en condiciones reales de concurrir a sus lugares de trabajo para la debida y conveniente discusión e implementación de las reformas.

Ese “entramado normativo” parece la legislación española heredada en la época de la colonia en tanto las reglas de procedimiento estaban desordenadas, eran confusas y contradictorias, además de complicadas, plagadas de solemnidades y vericuetos (Leyes de Partidas, Recopilación de Indias, Nueva Recopilación, Novísima Recopilación, reales cédulas, etc.)³⁴. Tanto es así que se ha dicho que se trataría de un “derecho procesal informático”, perdiéndose de vista que el derecho procesal es uno solo, único, sea civil o penal, y que en realidad la situación actual es generada por la actuación indebida de los máximos tribunales en cada territorio al modificar inconstitucionalmente –y, además, sin ningún adecuado análisis y debate previo como está previsto para la sanción de las leyes– los códigos procesales que fueron justamente sancionados por leyes y que, por ende, únicamente pueden ser modificados por leyes.

Si para los que nos dedicamos al análisis, estudio y enseñanza del Derecho Procesal Civil y Comercial nos resulta dificultoso seguir los cambios que provocan como “legisladores” la Corte Suprema nacional y los máximos tribunales provinciales (a veces

³⁴ Se caracterizaba a la legislación española heredada con estas palabras: “Leyes recopiladas unas en muchos voluminosos códigos cuya inteligencia necesita ser auxiliada por los comentarios; leyes multiplicadas y aun contradictorias, sin que sea siempre fácil designar cuál es la última; leyes dispersas otras que contienen la legislación de dos siglos y medio y que sin embargo son desconocidas del pueblo a quienes obligan, y aun por los mismos juriconsultos y magistrados; leyes inaplicables como lo son las represivas con sus penas crueles o extravagantes; leyes que dejan ancha puerta a los pleitos; leyes que prolongan los litigios, pues en los alegatos, los letrados necesitan extenderse profusamente a fin de demostrar que existe una ley para el caso” (conf. IBÁÑEZ FROCHAM, Manuel, *La organización judicial argentina (Ensayo histórico) – Época colonial y antecedentes patrios hasta 1853*, ps. 255/257, La Plata, 1938). Para ampliar ver LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo, *La evolución del Derecho Procesal Civil Nacional desde la gesta de mayo de 1810*, ob. cit. eIDial DCC0A.

ocurre que entre que escribimos un trabajo y se lo publica, la norma fue modificada por el cimero tribunal local), porque los legisladores están ocupados en sus propios intereses políticos en lugar de los del pueblo, qué se les puede pedir a los abogados que hace años están ejerciendo la profesión, no siendo razonable que deban realizar cursos de actualización periódicamente por la pérdida de tiempo y lo oneroso que ello resultaría, y pobres de los abogados con pocos años o recién recibidos cuyos conocimientos son básicos, cómo explicarles los cambios si el conocimiento de las normas vigentes es muy básico. Hay que explicarles lo que establecen las normas impuestas por la ley que sancionó -por caso- el Código Procesal Civil y Comercial local, para luego explicarles que la acordada o acuerdo tal o cual del Máximo Tribunal local cambió o derogó directamente dicha normativa (por ej., el denominado domicilio constituido físico como también la notificación en soporte papel en el domicilio constituido, quedó de hecho “derogado” por el domicilio electrónico por medio del cual se realizan todas las notificaciones que debían serlo en soporte papel en el primero; las copias de los escritos que se deben acompañar según lo legislan los arts. 120 del CPCCN y CPCCBA, como otros provinciales, han caído en desuetudo por el documento digital que se debe “subir” al sistema informático judicial, salvedad hecha en tanto quedan únicamente como tales las copias de los documentos digitales que se deben adjuntar a las cédulas de notificación en soporte papel de traslado de la demanda, siempre y cuando no superen las cincuenta fojas tal como sucede en el Poder Judicial de la Nación, en cuyo caso el accionado debe acceder a ellas directamente al sistema informático, no entendiéndose si esto es así, por qué no se dispuso lo mismo cuando la cantidad es menor a tal cantidad de fojas). En cuanto a las audiencias, en los ámbitos nacional y bonaerenses muchos juzgados las celebran de manera presencial para todas las partes -como era antes de la pandemia- mientras que otros las celebran en forma mixta (los profesionales vía Zoom o Microsoft Teams -o similares- y las partes o testigos de manera presencial), y en una tercera alternativa algunos las siguen tomando absolutamente virtual como si estuviéramos todavía en pandemia.

Si antes era muy difícil para el abogado recién egresado adquirir los conocimientos necesarios para estar en condiciones de razonablemente ejercer la profesión por los motivos antes enunciados, actualmente es mucho más difícil, y todo ello no sólo en detrimento del abogado considerado individualmente como profesional que dedicó muchos

años de su vida en pos de lograr un desempeño laboral que le brindara un sustento propio y de su familia, sino, primordialmente un pilar necesario de la defensa de los derechos de la gente como auxiliar de la justicia que el abogado eminentemente es.

Y si lo bajamos a la carrera de grado, en donde tal como adelanté, el Derecho Procesal Civil y Comercial se encuentra de manera ilógica prácticamente al inicio de la carrera, cuando todavía no sabe a ciencia cierta si eligió bien su carrera universitaria o no, será más que difícil que el estudiante entienda cómo se debe llevar un pleito adelante.

6. Conclusión

La formación actual de los abogados no es un problema de los profesores, y mucho menos de los que imparten Derecho Procesal Civil y Comercial, pues por más empeño que pongan si se trata de una materia cuatrimestral al comienzo de la carrera (segundo, o incluso primer año) antes de la pandemia era imposible administrar cabalmente su contenido de manera duradera hasta que varios años después egresara con el título de abogado y pudiera razonablemente comenzar a ejercer la profesión.

En su momento, hace unos cuantos años fueron rechazadas las pocas tibias propuestas para instaurar un examen antes de su matriculación -en su caso- en el colegio de abogados correspondientes -el *bar examination*- con lo cual se descarta que ello se establezca aunque sea realidad primordialmente en beneficio del abogado recién recibido y, secundariamente, de la gente.

Según vine exponiendo, hoy en día es indiscutible la falta de conocimientos de la mayoría de los recién recibidos para razonablemente comenzar a ejercer la profesión y defender los intereses de sus potenciales clientes.

En mi forma de ver, se impone, pues, una modificación en los planes de estudios de la carrera de Abogacía en las distintas facultades de Derecho de las universidades públicas y privadas -como era hace más de cuarenta años- contemplando un contenido importante en las distintas materias, y, específicamente en lo que hace al Derecho Procesal Civil y Comercial, una materia con la Teoría General, y otra, ubicada al final de la carrera después de cursadas las materias de Derecho de fondo (cuarto o quinto año según el caso), con la parte especial, preferentemente con una duración anual, y además las materias de Práctica Forense.

Ello beneficiará no sólo en lo que hace a que los jóvenes abogados puedan arriesgarse a ejercer la profesión, sino que facilitará la adquisición y profundización de conocimientos con la asistencia a conferencias, cursos, carreras de posgrado, diplomaturas, maestrías, etc., redundando en una razonable formación para ejercer sensatamente la abogacía sin riesgos para el propio abogado ni para sus clientes que no sean los naturales de todo conflicto sometido a la Justicia.

Para finalizar, dable es puntualizar que sería sumamente conveniente que todas las modificaciones procesales introducidas por vía de acordadas, acuerdos y resoluciones de los tribunales superiores de Justicia de todos los territorios, fueran incorporadas legislativamente -como corresponde- a los respectivos Códigos Procesales para un mejor tratamiento por parte de la doctrina y facilitar un mejor conocimiento de los abogados.

II. SEGUNDA PARTE

Principios y modelos

LA TENSIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DE AUTODETERMINACIÓN Y EL DE OFICIOSIDAD EN LOS PROCESOS CON PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD: PERSONAS MENORES DE EDAD Y PERSONAS CON CAPACIDAD RESTRINGIDA

por Patricia BERMEJO³⁵ y Silvia GUAHNON³⁶

Sumario: I. Introducción.- II- Procesos relativos a NNA: 1- Identificación de los NNA; 2- Los NNA, la autonomía progresiva y el concepto de madurez; 3- Hipótesis de confrontación de la oficiosidad con la autonomía progresiva. Incidencia directa; 4. Pautas para una oficiosidad equilibrada. La escucha atenta y la visión interdisciplinaria. III- Procesos de restricción de capacidad. IV- Conclusión

I- Introducción

Aún un observador distraído puede percibir sin dificultad las marcadas, inmerecidas y pronunciadas disparidades que por distintos motivos se aprecian en la cotidianeidad y que alejan a las personas de poder disfrutar de un estado de bienestar pleno. Ciertamente es que hay diferencias que son naturales, esperables, beneficiosas y que identifican a cada grupo social. Pero existen otras que marcan distancias, excluyen invisiblemente y discriminan, en forma silenciosa y sin intención. Es por ello que aunque cualquier texto jurídico reconozca para todas y todos los derechos que contienen, en muchos casos, no dejan de representar objetivos muy bien intencionados que sólo permanecen vivos en un imaginario alejado de la realidad.

Esas disparidades que se transmutan en situaciones de concreta vulnerabilidad de los derechos fueron advertidas en la misma Constitución de la Nación, como en las Cartas

³⁵ Jueza de la Cámara Nacional Civil. Profesora Titular de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata. Presidenta de la Asociación Argentina de Derecho Procesal.

³⁶ Ex Jueza Nacional en lo Civil, con competencia exclusiva en asuntos de Familia; Abogada Especialista para la Magistratura; Profesora Adjunta Regular de Elementos de Derecho Procesal, Universidad de Buenos Aires; Profesora Titular, Derecho Procesal de Familia en la Universidad Católica Argentina y en la Universidad Católica de Salta.

Magnas de algunas Provincias³⁷. Es que la intención de la mayor protección a estos sectores llevó a que el constituyente federal destaque, en el art. 75 inc. 23 de aquella ley fundamental, como misión del Congreso, legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en ella y en los Tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los grupos que ella misma menciona específicamente, como son las mujeres, las personas menores de edad, las personas con discapacidad y las integrantes de la tercera edad.

Pero el legislador procesal también se ha ocupado para que los derechos de toda la población, sin distinciones, no sólo se reconozcan sino también que se practiquen con la mayor amplitud y eficiencia.

Es ese el sentido que ha guiado a la previsión de directrices que contribuyan al entendimiento y funcionamiento del proceso judicial, lo que llevó a que los códigos procesales más modernos las enunciaran en un Título Preliminar³⁸. Incluso y específicamente para el proceso de familia, en las “Bases para la Reforma Procesal de Familia” se han fijado al de la tutela judicial efectiva y debido proceso; la flexibilidad y adaptación de las formas procesales; el acceso a la justicia y gratuidad; la resolución consensuada de las diferencias; la proyección de la solución del conflicto; la ponderación del interés superior de los niños niñas y adolescentes -en adelante denominados NNA- y del interés familiar; el derecho a ser oído con los ajustes razonables; la especialidad y cooperación interdisciplinaria; la oficiosidad y el rol del Juez de familia; la oralidad; la doble instancia; la inmediación; la reserva y el acceso limitado al expediente; la buena fe y

³⁷ La Constitución de la Provincia de Buenos Aires, entre otras leyes fundamentales provinciales, explicita *a priori* a alguno de ellos. Su artículo 36, además de las mujeres, ancianos, niños y personas con discapacidad -previstos en la Carta Magna Federal-, se refiere a los veteranos de guerra y a los indígenas.

³⁸ Ya hace mucho tiempo, en el Código Modelo para Iberoamérica del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, del año 1988 ya así se había diagramado, al igual que otros muchos, como el Código Procesal Civil y Comercial de Brasil, del año 2016 y los proyectos de reforma al Código procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y el Proyecto para la Nación. También el Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia de la Ciudad de Buenos Aires también lo prevé.

lealtad procesal; la comunicación judicial y el lenguaje.³⁹Se agrega a lo dicho los principios de distintas fuentes, los que en su mayoría coinciden con los expuestos⁴⁰.

Pero esos lineamientos generales adquieren una prioridad relevante cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad.

El objetivo del análisis que guía a este trabajo es apreciar cómo se coordina el principio de oficiosidad en el proceso con el de autodeterminación que con raíz convencional se impone en respeto de todas las personas, en especial de aquéllas que se encuentran en una situación dispar con el resto de los integrantes de una comunidad.

Aquel primero ha sido incorporado en los artículos 706 y 709 del Código Civil y Comercial de la Nación -en adelante identificado como CCCN-, excepto cuando se trate de derechos de orden patrimonial y las partes sean capaces (art. 709, segundo párrafo, cód. cit.). Por otro lado, el principio de autodeterminación es de orden convencional, sustancial y se vincula con la forma de ejercer los derechos (doct. art. 1, CCCN).

La disyuntiva se plantea en tanto la oficiosidad, que conceptualmente persigue que en estos procesos las personas en situación de vulnerabilidad tengan paridad con los restantes litigantes, debe equilibrarse y restringirse frente al necesario respeto que exige la autodeterminación⁴¹.

En síntesis, este informe avanzará, sobre la forma en la cual se combinan y tensionan ambos principios, acotándolo en relación a dos de los grupos que merecen especial tutela: el de los niños, niñas y adolescentes y el de las personas con discapacidad o capacidad restringida. En el primero, integrado por quienes se encuentran en un estado de desarrollo que parte de una situación que por razones propias y naturales de la biología, con el transcurso del tiempo, irá adquiriendo una mayor autonomía, hasta su pleno ejercicio. Por otro lado, las personas con capacidad restringida que han contado con una plena autonomía y, con algún alcance, se le ha restringido; restricción que, como regla, debe ser lo más acotada a lo necesario en cuanto a su alcance por sus funciones, como a su duración en el tiempo. Es decir, la autodeterminación posee, en cada caso, un contexto distinto.

³⁹“Bases para la Reforma Procesal de Familia”, redactadas en el marco del Ministerio de Justicia y derechos Humanos de la Nación, en el Programa de Justicia 2020.

⁴⁰ Bermejo, Patricia, “Algunos principios inspiradores del proceso de familia”, en obra colectiva, editorial La Ley 2022, pág. 27. Guahnon, Silvia, Seltzer Martin Colaborador “Medidas cautelares y provisionales en los procesos de familia”, Ediciones La Roca, Buenos Aires, octubre 2016, pág. 78.

⁴¹ Ver Guahnon, Silvia, “La intromisión del Estado en los procesos de familia”, La Ley agosto de 2002.

Sobre ese preciso objetivo avanzamos.

II- Procesos relativos a NNA

1- Identificación de los NNA

La ley presupone que existe la necesidad de una mayor protección a este grupo, por tratarse de sujetos en formación. La finalidad de regular especialmente a sus derechos se justifica en otorgarles las mayores garantías para su pleno goce y ejercicio, siempre considerándolos a sus titulares como sujetos y no como un objeto de tutela.

La primera cuestión es quiénes integran a este grupo y cómo denominarlo. En las Reglas de Beijing, en las Reglas de Tokio y en las Directrices de Riad se emplean los términos “niño” y “menor” para designar a los destinatarios de sus disposiciones. De acuerdo con las Reglas de Beijing “menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por cometer un delito en forma diferente a un adulto”. En las Reglas de Tokio no se establece salvedad alguna al límite de dieciocho años de edad.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 1, especifica como niño todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que en virtud de la ley aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. Igual parámetro se establece en las 100 Reglas de Brasilia, en las cuales se lo define a toda persona menor de dieciocho años, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable.

En la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se optó por entender como “niño” a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad, aclarando en su nota al pie que el término alcanza evidentemente a los niños, niñas y adolescentes -en adelante identificado como NNA-. Empero, cabe agregar que si bien en nuestro país hay coincidencia entre los límites impuestos en el ámbito internacional y en el doméstico, podrían no concordar⁴².

⁴² En tal caso, no se vulnerarían los derechos reconocidos en las convenciones internacionales siempre que la disminución de edad para alcanzar la mayoría no incida en la pérdida de derechos con los que antes se contaba. Un ejemplo de lo expuesto es cuando en Argentina se redujo la mayoría de edad de 21 a 18 años. El artículo 265 del Código Civil reformado determinó que: “La obligación de los padres de prestar alimentos a sus hijos, con el alcance establecido en el artículo 267, se extiende hasta la edad de los veintiún años, salvo que el hijo mayor de edad o el padre, en su caso, acrediten que cuenta con recursos suficientes para

Por otro lado, la minoría etaria admite subclasificaciones, como son la infancia y la adolescencia o juventud. Así se regula en el art. 25 del CCCN, el cual establece que serán adolescentes los que tuvieren los trece años de edad cumplidos⁴³.

En síntesis, resulta lo usual que se los denomine de la forma más amplia, como niño, niña o adolescente -en adelante, como se señaló, indicado en este informe como NNA-, en tanto su denominación como “menor” posee connotaciones peyorativas.

Merece una reflexión especial la situación del infante por nacer. Si bien la ley le reconoce derechos, aun no es niño o niña. Aunque lo vaya a ser, su especial condición hace que no quede incluido en este grupo sino en otro que lo contemple específicamente.

Por la innegable vinculación física con la persona gestante, desde el siglo anterior se protegía a la persona nonata reconociendo a la madre en estado de gravidez. Es por ello que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo VII, se refiere a los derechos de toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como a todo niño. Esa fue la forma de incluir a la persona nonata, haciéndolo desde la previsión de los derechos de la madre embarazada.

La evolución legislativa y cultural incidió en que no sólo se los vea como sujetos de derecho diferentes al gestante, sino que se prevé la hipótesis de intereses contrapuestos⁴⁴.

En síntesis, los sujetos incluidos en este grupo de los NNA serán los niños y niñas y los y las adolescentes. Incluso, aun cuando a este grupo se lo clasifica por un dato objetivo, como es la edad, veremos que no es el único relevante para el ejercicio de sus derechos en forma autónoma. Así, se anticipa, se deberá analizar su madurez personal, de importancia al tiempo de respetar su autonomía progresiva.

2- Los NNA, la autonomía progresiva y el concepto de madurez.

proveérselos por sí mismo”. En consecuencia la reducción de edad no disminuye los derechos que antes la ley les hubiera otorgado”. Este límite también es el previsto en los arts. 661 y conc. del CCCN.

⁴³ La clasificación podría ser distinta. Por ejemplo, la Provincia de Chubut estableció legislativamente en la “Ley de Protección integral de la niñez, la adolescencia y la familia” que la niñez es hasta los 12 años y la adolescencia hasta los 18 años

⁴⁴ Tal disyuntiva se dirime con la previsión legislativa de la representación de un tutor *ad hoc* para el proceso para el nonato. En consecuencia, el particular estado de quien aún no ha nacido lo hace merecedor de una protección distinta, integrando un grupo no incluido en el ahora analizado. El artículo 2 de la ley 13.298 de la Provincia de Buenos Aires, referida a la infancia, prevé que quedan comprendidas en esa regulación las personas desde su concepción. A su vez la ley 13.634 establece, en su artículo 3, que en el caso de los niños por nacer ejercerá este derecho la madre.

La progresividad en la interpretación de los derechos posee dos alcances, uno de orden subjetivo y otro objetivo. El primero, atiende a la característica de este grupo y a su capacidad, entendida como aptitud para el ejercicio de sus derechos, ya sea en el ámbito procesal o extraprocesal. Al ser los NNA personas con una venidera -quizás inminente- capacidad plena, las regulaciones deben interpretarse de forma de facilitar el ejercicio cada vez más amplio y pleno de sus derechos. En la medida que el tiempo avanza, su propio desempeño será cada vez más extenso y completo. Se contribuye así al desarrollo de un mayor nivel de autonomía personal. Ejemplo de lo expuesto es la forma en la cual se admite en el proceso su participación y la posibilidad de ser oídos y atendidas sus opiniones. Otra forma de entender la progresividad es desde los mismos derechos a ejercer, lo que se puede identificar como su visión objetiva.

La progresividad se vincula con la capacidad de ejercicio. Los derechos y garantías de los cuales son titulares deben apreciarse de la forma más abarcativa y protectora y no de manera inflexible o limitativa de su alcance. Ello implica que si el derecho interno de un país le reconoce a este grupo mayores capacidades que las disposiciones de orden internacional, aquél no podría restringirse. Este, de todas maneras, es el concepto aplicable a la defensa y ejercicio de todos los derechos humanos⁴⁵.

Sin embargo, cuando se habla de la autonomía progresiva es desde la perspectiva de la forma de ejercer el derecho, cuando el punto de partida reside en una persona que no posee una capacidad plena. Justamente, la noción en la que se asienta es la de una persona que por incidencia del tiempo llegará a una capacidad de ejercicio completo del derecho y, por ende, debe ir preparándose para ese desempeño. Por ello, la autonomía progresiva se asienta en dos presupuestos: a) Una capacidad de ejercicio restringida; b) La incidencia del tiempo en adquirir cada vez más autosuficiencia.

Así, además de la edad, el otro eje definitorio para la capacidad progresiva es la madurez personal. La Convención sobre los Derechos del Niño, la ley 26.061 y los arts. 24 y 26 del CCCN, entre otras disposiciones, la prevén expresamente.

⁴⁵ Bermejo, Patricia, “Técnicas en los conflictos referido a niñez y adolescencia”, en “Tutelas procesales diferenciadas”, Roberto Berizonce y Felipe Fucito, coordinadores, Librería Editora Platense, 2014, pág. 43.

Será la madurez la que facilitará el admitir la autonomía, en tanto cuanto más autoreflexión y conocimiento de las consecuencias de sus decisiones tenga una persona menor de edad, más capacidad la ley le reconoce, incluso, en un proceso judicial.

En este sentido, el art. 24 inc. “b” del CCCN prevé que es incapaz de ejercicio la persona que no cuente con edad y madurez suficiente, sin especificar una edad determinada. Por otro lado, el art. 25 aclara que será adolescente quien haya cumplido los trece años, lo que se coordina con el art. 677 del mismo ordenamiento, en cuanto a que se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso juntamente con sus progenitores o de manera autónoma con asistencia letrada.

Por consiguiente, para la autodeterminación de las personas menores de edad será esencial la madurez, la cual podrá presumirse -de tener más de trece años- o acreditarse, si tuviera menos de la edad indicada. Incluso, en tanto es una presunción legal *iuris tantum* podrá desvirtuarse por prueba en contrario, por lo que aun con trece años, en ese supuesto, no podría intervenir en un proceso de manera autónoma, sino con asistencia letrada o un representante legal. Ello, claro está, no significa que se limite su capacidad de escucha, sino solo de autonomía en su intervención.

Un punto en el cual los Códigos Procesales locales hasta ahora no han avanzado es cómo determinar la capacidad ejercicio, cuando la persona tiene menos de trece años, o cómo desplazar la presunción del artículo 677 del CCCN. Ante el silencio de las normas adjetivas que hasta el presente no prevén un mecanismo específico, éste podría ser una audiencia con el juez, con la intervención del equipo interdisciplinario para que informe desde su especialidad. La vía sería la incidental cuando es a planteo de parte (arts. 175 y conc., CPCC).

3- Hipótesis de confrontación de la oficiosidad con la autonomía progresiva. Incidencia directa

Cuando en la práctica se combinan los dos principios -el de oficiosidad y el de autonomía progresiva- debemos tener en cuenta las diversas alternativas.

Los conflictos nacen cuando la oficiosidad, asentada en una actividad del Juez inconulta y realizada para lograr paridad entre una parte en situación de vulnerabilidad -en este caso por la minoría de edad- con su contrincante, al igual que para llegar a la verdad

real y a la solución más conveniente para el supuesto específico, debe coordinarse con la propia decisión de la persona cuya situación de vulnerabilidad pretende enmendarse.

Cuando un pronunciamiento judicial tiene el consenso de la parte en situación de vulnerabilidad, no habrá cortocircuitos en la práctica de ambos conceptos. El problema se presenta cuando la oficiosidad del juez atenta contra la voluntad de la persona a quien se le pretende reconocer cada vez más autonomía. Podría verse en esta problemática a un nuevo planteo de la dicotomía presente en los orígenes del Estado moderno, cuando a fines del siglo XVIII se reflexionaba sobre los derechos y libertades de los individuos como límite al funcionamiento del Estado⁴⁶. En este caso, se trata también del delicado equilibrio en esas mismas variantes, pero no ya con relación a cualquier habitante, sino con respecto a quienes se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad.

Cierto es que cuando las medidas se dictan de oficio, pretenden cumplir con los objetivos primordiales del proceso y constituyen la implementación de las facultades del Juez como director del proceso (art. 36, CPCCN). Por ello, justamente, los litigantes no son consultados, aun cuando sean adultos y capaces, pues no se refieren a decisiones que impliquen una disposición sobre sus personas, a diferencia de lo que ocurre con decisiones oficiosas que pueden emitirse sobre personas menores de edad.

Por el contrario, cuando los jueces se expiden sobre medidas que involucran en forma directa a NNA ellos deben ser consultados. Es que el delicado contrapeso entre la oficiosidad y la autonomía progresiva se logra con disposiciones respetuosas de la opinión de aquellos. Claro que en la medida que el NNA tenga madurez suficiente y edad, la restricción a las actividades oficiosas serán mayores. Si la ley da la opción de admitir que una persona menor de edad pueda realizar los actos por sí (conf. arts. 24 inc. “b”; 25, 677, CCCN), no se podrá pensar en una oficiosidad asentada en que la persona es menor de edad, pues, a pesar de serlo, cuenta con una edad que le permite actuar como adulto. Si así lo dispone la ley, no habrá consideraciones subjetivas que puedan cuestionarlo.

Cuando el Juez admitió que a pesar de ser menor de edad tenía madurez que le permitía actuar por sí y luego se evidenció que ello no era correcto, podría revisarse, en tanto lo esencial de la disposición legal es respetar la autodeterminación, cuando no resulte

⁴⁶Roulhac, Cédric, “L’opposabilité des droits et libertés”, InstitutUniversitaireVarenne, Collection des Thésés, Paris, 2018, pág. 12.

perjudicial, es decir, que lo haga con conocimiento de las consecuencias de su manifestación de su voluntad.

En síntesis, la oficiosidad asentada en la condición de vulnerabilidad de la persona menor de edad no se justifica cuando ésta tiene madurez y edad suficiente y puede intervenir por sí en el proceso. En verdad, en tal hipótesis, la situación de la vulnerabilidad habría cesado, no obstante su edad. Sería un contrasentido que la ley admita la alternativa de reconocerle aptitud para intervenir por sí, el Juez se la conceda y luego lo limite con sus poderes oficiosos.

Como corolario, los poderes y facultades ejercidos de oficio deben ser atentos a la capacidad progresiva de NNA, cuando lo decidido recae en forma directa sobre ellos.

a. La repercusión directa de la oficiosidad sobre la autonomía progresiva se aprecia en los casos en los cuales la implementación de las facultades judiciales recae en forma inmediata en la vida de la persona cuya condición de vulnerabilidad pretende protegerse. Por ejemplo, si se tomara una decisión sobre el cambio de custodia o el régimen de contacto de un hijo o hija con uno de sus progenitores o progenitoras o se decidiera la restitución internacional. Es lo prudente que los pronunciamientos que así lo ordenen se hayan emitido previa consulta o escucha al NNA, pues de lo contrario, su autodeterminación no se respetaría. Estas resoluciones exigen oírlos con antelación para conocer su opinión⁴⁷.

Otro caso es cuando una persona menor de edad es llamada a declarar como testigo a un proceso, conforme lo admite el art. 711 del CCCN. Si éste se negare a hacerlo, el Juez deberá atender a esa negativa, lo que implica respetar su autodeterminación.

De no proceder de la manera indicada, habría un exceso de poder, pues se avanzaría en la implementación de facultades en demérito de otros de sus derechos, como es el reconocimiento a su la autonomía progresiva⁴⁸.

b. Sin embargo, hay otras medidas que pueden dictarse de oficio, como son las destinadas a la obtención de prueba u otras decisiones que hacen a la activación del proceso que no involucran a los NNA en forma inmediata. Por ejemplo, cuando el Juez activa el proceso o da intervención al Defensor de Menores o al Asesor de Menores para subsanar la

⁴⁷Mizrahi, Mauricio, “Restitución internacional de niños”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2016, pág. 303.

⁴⁸Carnelutti, Francesci, “Estudios de Derecho procesal”, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, Tomo II, pág. 277.

omisión del representante legal del NNA que lo haga incurrir en un estado de indefensión, como es la deserción de un recurso o en una caducidad de instancia.

Esas medidas judiciales destinadas a para mantener vivo el proceso, para que éste sea el espacio adecuado para la escucha y el respeto de los derechos de NNA se vinculan al cumplimiento de las pautas convencionales, específicamente la de asegurar el acceso a la justicia. Este, debe ser interpretado no sólo con el derecho de peticionar, sino también con el de obtener una sentencia y que ésta se cumpla, lo que implícitamente requiere mantener vivo al juicio.

Así, la Corte de la Nación ha dicho que corresponde dejar sin efecto la sentencia que declaró la caducidad de la instancia -en un proceso en el cual se reclamaban los daños y perjuicios por la muerte del padre de los niños- aun cuando transcurrió un lapso de tiempo superior al estipulado en la ley sin que la demandante realizara actividad procesal útil, pues se soslayó dar intervención oportuna al Ministerio Público en la causa principal. Este incumplimiento menoscabó el derecho de defensa en juicio, el debido proceso y lesionó el interés superior del menor que reclamaba el resarcimiento de los daños y perjuicios⁴⁹.

También se han cuestionado las decisiones dictadas de oficio cuando concluyen el litigio, si ello incide en restringir un derecho de un NNA. En este sentido, nuestro Máximo Tribunal Federal se expidió en un caso en el cual la sentencia de primera instancia rechazó *in limine* una demanda de guarda con fines de adopción, deducida por un matrimonio guardador de una niña y dispuso se cite para el otorgamiento de la guarda a los postulantes inscriptos en el Registro Único de Aspirantes. La Cámara y el Superior Tribunal de la Provincia habían confirmado la decisión de primera instancia que rechazó *in limine* la pretensión. Sin embargo, la Corte de la Nación expuso que aunque denegado *ab initio* pudiera solicitarse nuevamente, podría a modificar la realidad familiar de la niña sin atender a las consecuencias que tal proceder pudiera suscitar en aquella, sin que se haya hecho ningún informe socio-ambiental y/o interdisciplinario.

⁴⁹ CSJN, in re: “Mapfre Argentina Seguros S.A. c/ Perez Guzman, Alejandra Irene S/Recurso de Inconstitucionalidad”, sent. del 3-VIII-2023, considerando octavo, Fallos: 346:802. En igual sentido ver Fallos: 341:424; 330:4498; 325:1347; 323:1250; 320:1291 y 305:1945.

Se destacó que la ausencia de elementos que aseguren –o cuando menos indiquen– lo más beneficioso para ella, no se podía avanzar en el proceso pues se modificaría la vida de la niña sin evidencia de lo más conveniente y sin haberla escuchado⁵⁰.

Como corolario, ya sea que la aplicación de las facultades oficiosas inciden o no en forma directa en la autodeterminación de los NNA, siempre debe tenerse en cuenta como norte a ese respeto.

4- Pautas para una oficiosidad equilibrada. La escucha atenta y la visión interdisciplinaria

Como se expuso, cuando el Juez ejerce sus poderes, siempre debe hacerlo con el cuidado correspondiente al debido proceso legal y a las garantías constitucionales y convencionales de todas las partes, en especial de aquéllas en situación de vulnerabilidad. Deviene esencial para ejercer esos poderes con prudencia y respeto a esa autonomía que se cumplan con ciertos requisitos, como son la intermediación sin delegación, oralidad e intervención del equipo interdisciplinario. No bastará la percepción directa del Juez, sino que esa visión deberá estar acompañada de la información que brinden otras disciplinas. Asimismo, se impone distinguir entre la participación directa del NNA con madurez suficiente y el derecho a ser oído. Este último lo tienen todos más allá de su crecimiento, en tanto puedan darse a entender por sí, aun con un lenguaje primario si fuera de corta edad.

El derecho a ser oído debe regir tanto en las actuaciones administrativas como en las judiciales. Ello implica la necesidad de ser citados por los órganos antes de decidir, de forma de conocer sus preferencias y opiniones personales⁵¹.

Claro está que la conveniencia de escucharlos no implica el indefectible apego a concretar la intención o el deseo que se transmita, si ello pudiera atentar contra su bienestar. Es en este aspecto que será de valioso aporte el enfoque interdisciplinario.

Además, la escucha debe darse en todas las etapas, aún en la de ejecución. Ello lo reconoce expresamente el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, al

⁵⁰ CSJN, in re: “G., A.C. y otro s/guarda con fines de adopción”, sent. del 20-IV-2023, Fallos: 346:265.

⁵¹ Masciotra, Mario, “Discrecionalidad judicial en el código civil y comercial. Relaciones de familia”, Tomo 2, editorial Astrea, página 248.

igual que los artículos 2, párrafos segundo y tercero, 24 incisos “a” y “b” y 27 de la ley 26.061 y muchas otras normativas.

En la medida que el menor de edad desee ser oído, será deber de los magistrados intervinientes escucharlo, no importando el órgano ni tampoco cuántas veces ya haya comparecido. Distinto es cuando alguna de las partes desea que aquél sea convocado. En este caso, habrá que ver la necesidad de tal aporte para evitar su exposición a situaciones que pueden resultar alejadas de los parámetros de armonía en los que debe transcurrir su vida.

En conclusión, la única forma en la cual los NNA pueden quedar involucrados en forma activa en las decisiones que a ellos se refieran es a través de la escucha, la cual asegura el respeto por su posición y sus deseos, los que podrán atenderse sopesando su bienestar y la consideración de sus opiniones⁵².

Hay varios ejemplos de precedentes que se han dejado sin efecto por no cumplir con la escucha. En un proceso en el cual ambos progenitores debatían sobre el cuidado personal de la hija en común, pues la madre vivía en San Juan y el padre deseaba trasladarse a la Provincia de Santiago del Estero, la sentencia de primera instancia -del Juzgado Penal de Niñez y Adolescencia de San Juan- autorizó que la hija viva con su progenitor en Santiago del Estero. No obstante la apelación de la madre, la decisión se implementó y la niña viajó.

La sentencia de Cámara ordenó el regreso de la niña en el plazo perentorio de 15 días. El progenitor apeló a la Suprema Corte de San Juan, el que considerando que la niña ya se encontraba viviendo con su padre en Santiago del Estero, anuló el resolutorio de la Cámara en cuanto disponía la restitución al domicilio de la madre.⁵³

Lo interesante del fallo del Superior Tribunal provincial, en cuanto al tema de análisis en este trabajo, es que expuso que al estar la causa en la Cámara, previo a resolver, debió realizar las medidas de prueba y escucharla si lo estimaba pertinente. Entendió que la Alzada no pudo dejar de producir las medidas para definir de un modo cabal la situación

⁵² El artículo 112-3 del Código de Acción Social y de las Familias de Francia, en cuanto a los derechos del niño y la política familiar expresamente prevé que en todos los casos se involucrará en las decisiones a los niños según su grado de madurez. Ver Oberdoff, Henry y Robert, Jacques, “Libertés Fondamentales et Droits de l’homme”, Editorial LGDJ, París, 2019, pág. 745.

⁵³ Corte de Justicia de la Provincia de San Juan, sala I, sent. del 3-XI-2022, “C. V. A. I. c. S. E. A. s/ Alimentos - Tenencia s/ Inconstitucionalidad y casación”, con comentario de Martín Rotondo, “Principios y derechos en materia de restitución del niño, niña o adolescente”, publicado en: RCCyC 2023 (junio), 116.

del cuidado de la niña y no limitarse a anular el fallo de la instancia anterior. Agregó consideraciones sobre la futura actuación del juez de primera instancia, como es el deber disponer la intervención del gabinete técnico -el que debería actuar a la brevedad posible- recomendación que extendió al magistrado para que intervenga con la celeridad y prudencia que exigen los intereses de la niña, antes de definir sobre su regreso a la Provincia.

En otro litigio, originado entre los progenitores, por un régimen de contacto entre el hijo con su padre, residente en un lugar distante, la Cámara interviniente alentó la comunicación por las distintas redes sociales disponibles y en presencia de un acompañante terapéutico. Además, destacó que en razón de que ninguno de los dos adultos había cumplido con el acuerdo preestablecido en el expediente, se encomendó al juzgado de primera instancia que redefina las medidas a observar para el logro del régimen de comunicación⁵⁴. Este es otro caso en el cual la opinión del menor de edad es esencial para lograr de todas las alternativas posibles, aquélla que respete su propuesta, lo que facilitará también su ejecución y su eficacia para afianzar el vínculo pretendido.

En otro supuesto, en el cual las distintas instancias de los tribunales de la Provincia dejaron sin efecto una guarda preadoptiva de una niña, pues su madre biológica había cambiado de opinión, la Corte de la Nación, por las particularidades del caso, lo revocó. Desde la óptica que ahora analizamos, lo esencial de ese pronunciamiento es que, además de precisar que debía darse una respuesta definitiva a una situación de incertidumbre mantenida por demasiados años, destacó que debían analizarse las distintas opciones en la instancia y, específicamente, se oyera y diera debida participación a la misma niña, habida cuenta la dinámica que domina este tipo de procesos⁵⁵.

III- Procesos de restricción de capacidad

En los procesos de Restricción a la Capacidad, ninguna duda cabe que se ve desdibujado el principio dispositivo que se aplica al común de las acciones civiles. Es que por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas en cuyo beneficio se instaura este proceso, el principio de oficiosidad adquiere una gran trascendencia.

⁵⁴ Cam. Nac. Civ., Sala H, “M.,P.M. y otro c/Z., A.R. s/ art. 250 CPCC, sent. del 22-XI-2016.

⁵⁵ CSJN, in re: “B., E. M. s/ reservado s/ adopción s/ casación”, sent. del 21-X-2021, Fallos: 344:2901

A partir de ello, y de la usual indisponibilidad de derecho sustancial de las partes, se sostiene que, por las personas involucradas, el sistema dispositivo cede para dar lugar a uno más publicista.

Como enseña Berizonce, “en nuestro derecho se conforma un verdadero sistema de tutela de las personas con discapacidad, articulado en una propia y singular “policromía(normativa), que tiene su vértice en la Constitución y las Convenciones internacionales- en especial la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidades (CDPD) aprobada por ley 26.378 de 2008- la ley 26.657 de Salud Mental (LSM) DE 2010, el Código Civil y Comercial de la nación, las reglas administrativas y los ordenamientos procesales(...) bajo el mandato de la Constitución Nacional y de la CDPD, los derechos de los incapaces están protegidos de modo preferente, privilegiado, y el Estado, en todos sus departamentos, incluyendo el Poder Judicial, debe promover medidas de acción positivas para garantizar su concreta, real y efectiva tutela (art 75 inc 23 *in fine* Const. Nac). Medidas de fondo que se completa e integran con una tutela procesal diferenciada.”⁵⁶

Así vemos que los Jueces, en estos procesos ven acentuadas sus facultades, poderes y deberes. El deber de intervenir ante cualquier situación que ponga en riesgo a estas personas, pues sin perjuicio de que el proceso de restricción de la capacidad “se trata de un verdadero proceso de conocimiento cabe destacar que este tiene impulso eminentemente oficioso, lo que significa que el Juez debe ordenar las medidas probatorias que considere necesarias, sin perjuicio de las solicitadas por la partes, y debe disponer oficiosamente las medidas cautelares en protección de la persona y los bienes de aquella en cuyo interés se instaura, entre otros deberes/facultades (conf. Arts 31, 34, 40 y 709 del CCyCN.)”⁵⁷

Por ello, en estos procesos donde el carácter oficioso de la actuación del juez se impone con mayor nitidez, también debe primar la medida y el equilibrio.

Ahora bien, siguiendo los lineamientos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que consagra explícitamente como principios generales del sistema la autonomía individual, que incluye la prerrogativa de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas y concordantemente establece las

⁵⁶Berizonce, Roberto O., *Normas procesales de Código Civil y Comercial de la Nación. Personas con capacidades restringidas*, LL, 2015-C-735;DFyP, noviembre de 2015, p.175.

⁵⁷Guahnon, Silvia V., Seltzer Martin Colaborador, ob. cit., nota al pie 4, pág. 447.

obligaciones de los Estados partes para efectivizar esos derechos (arts. 4o, 12, 19, 26 y conchs.), es que advertimos que puede existir una tensión entre el principio de oficiosidad mencionado y el de autodeterminación de este grupo de personas.

Es que “La capacidad jurídica es un derecho consagrado en el art. 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. El derecho de toda persona de ejercer por sí misma sus otros derechos y obligaciones; los actos de su vida desde el plano jurídico. Esto es, el derecho a tomar las decisiones que conciernen a su autonomía y libertad, sin injerencia de terceros.”⁵⁸

En este orden de ideas, todos los mayores poderes que tiene un juez de familia nos hacen reflexionar acerca de lo difícil que puede resultar ejercer plenamente su función y no caer en un “exceso de jurisdicción” creando mayores perjuicios a los mismos individuos a los que tiene que proteger. Por ello, es importante encontrar límites a estos poderes los que puedan estar dados por el respeto de la jurisdicción al derecho a la intimidad o privacidad y la autonomía de la voluntad.

En el léxico constitucional se apela a la “autonomía personal”, al decir del maestro Bidart Campos para guardar reductos de libertad y la similitud entre ambas: intimidad y autonomía de la voluntad radica en que una y otra imponen una valla al Estado, a los terceros, a la ley y es así porque ambas preservan zonas exentas de interferencia...”⁵⁹.

Entonces es sumamente importante identificar de manera precisa, las áreas en la toma de decisiones de las personas en cuyo beneficio se instaura un proceso de determinación de la capacidad, cuando justamente no gozan de una plena capacidad y establecer entonces, en que situaciones estas personas pueden necesitar ayuda y no intervenir más de lo necesario; pues quizás como sostiene Dinerstein “la limitante más profunda del padecimiento mental es de privar a la persona de su posibilidad de tomar decisiones, tratarlos como si no existieren”⁶⁰.

⁵⁸Junyent de Dutari, Patricia M., “Salud mental, vulnerabilidad y autonomía”, Publicado en: LA LEY 21/05/2019, Cita Online: AR/DOC/1483/2019

⁵⁹Guahnon Silvia, “La intromisión...” ob cit.

⁶⁰Dinerstein, Robert “ La capacidad legal en el contexto del pleno ejercicio de los derechos humanos de las personas con discapacidad mental e intelectual de conformidad con la jurisprudencia norteamericana”, en Revista de Salud Mental y derechos humanos, Ed nro 65, Año 2009, pag. 97.

A modo de ejemplo, cuando los jueces han limitado el derecho a voto y para ejercer derechos electorales a personas con padecimientos mentales ⁶¹, las resoluciones que disponen sujeciones forzosas, o internaciones compulsivas, las designaciones de curadores sustitutivos de la voluntad de la persona, en vez de designar apoyos para la colaboración de toma de decisiones, entre otros.

Claramente la Observación General n° 1 relativa al art 12 de la CDPD, establece que el modelo de la discapacidad basada en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutivas, a otro que se base en el apoyo para tomarlas, “ello fundado en los principios generales de la CDPD expuestos en el art 3, a saber, el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones; la no discriminación; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; la igualdad de oportunidades; la accesibilidad; la igualdad entre el hombre y la mujer; y el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.”⁶²

A partir de la reforma del CCyCN , estos principios fueron receptados en el art 32 y sgtes, a partir de los cuales surge como un aspecto relevante que la curatela paso de ser la única respuesta para todos los tipos de sentencia posible, incorporando en la mayoría de los casos la designación de apoyos para colaborar en la toma de decisiones.

De acuerdo con ello y justamente para conjugar estos principios de oficiosidad y autodeterminación entendemos que es fundamental la formación adecuada de los operadores jurídicos y en especial de los jueces.

Ya se ha sostenido que “ la formación adecuada es una de las determinantes de la calidad de la prestación judicial, en una materia, en la que la identificación de las barreras al acceso a la justicia, su superación mediante los ajustes adecuados y el compromiso con los principios de la nueva protección y el logro de la igualdad material requieren una “

⁶¹ Al respecto ver fallo CSJN.,”F.,H.O s/ art 152 ter Cod. Civ, del 10/07/2018, Cita Online AR/JUR/30591/2018, donde la Corte interviene en virtud del exhaustivo y minucioso Recurso Extraordinario presentado por la Sra. Curadora Oficial Dra. Luz Pagano.

⁶²Observación general nro 1,año 2014, al art 12 de la CDPD, del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, abril 2014.

sintonía mental particular” en los operadores del Derecho y en el conjunto de la sociedad(...)el acceso efectivo precisa la formación y la toma de conciencia”⁶³

Tal como sostuvimos a lo largo de este capítulo, entonces no puede concebirse una mecánica aplicación de la oficiosidad con abstracción o soslayando de plano las garantías y los derechos constitucionales que, en cada caso en concreto, pudieran tener las personas vulnerables involucradas en estos procesos de restricción a la capacidad.

Por caso, y en consecuencia, la oficiosidad propia en estos procesos de restricción a la capacidad no puede avasallar las garantías del debido proceso, el derecho a la autodeterminación, y el respeto a la autonomía individual.

IV-Conclusión

No hay temas cerrados en lo que respecta al avance del Derecho. Así como dinámica es la vida, versátil debe ser el marco que pretenda regularla eficazmente.

Con la intención de lograr derechos y tribunales inclusivos, las normas procesales deben adaptarse para brindar una adecuada respuesta para quienes se encuentran en una situación de especial cuidado, como son los NNA y las personas con discapacidad o con capacidad restringida.

Como observamos a lo largo de este trabajo, existe tensión entre los principios de oficiosidad y autodeterminación con respecto a este grupo de personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad. Entendemos que es un problema de difícil solución. Sólo jueces comprometidos con el respeto a la autonomía individual a la toma de decisiones por parte de estos grupos podrán sortear esta tensión, pues, como sostiene Villayandre, “...la participación en la toma de decisiones de las personas con discapacidad, en condición de igualdad con las demás, constituye la concreción del tan anhelado deseo de una sociedad inclusiva, libre y de avanzada”⁶⁴. Estos conceptos son de aplicación analógica a los NNA, grupo que será semilla del porvenir.

El reclamo sostenido y postergado de establecer plenamente sociedades democráticas, justas e igualitarias, fundadas en el respeto a la dignidad y a los derechos de

⁶³Villaverde, María Silvia., “Tutela procesal diferenciada de las personas con discapacidad”. En Revista de Derecho Procesal, 2009-1, Tutelas Procesales diferenciadas-II. Pag 293. Ed, Rubinzal- Culzoni Editores.

⁶⁴Villayandre, Roberto Diego, “Participación en las decisiones”, en “La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Avances, perspectivas y desafíos de la Sociedad Argentina”, Eudeba, pág. 71.

todos, sin distinción alguna, es el gran compromiso. Ésta fue también siempre la idea que el maestro Morello transmitió con su pluma y su palabra. Los Derechos Humanos, la inclusión y la igualdad son un reto que espera ser asumido y hacia allí se avanza, en especial cuando de personas en situación de vulnerabilidad se trata.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL PROCESO CIVIL Y LOS CONTEXTOS HISTÓRICOS

por Néstor Leandro GUZMÁN⁶⁵

Sumario: **I.** Introducción. **II.** Condicionamientos históricos contextuales del principio de proporcionalidad: **a)** Estado liberal: Una justicia retributiva para los jueces; **b)** Estado de bienestar: Justicia distributiva también para los jueces; **c)** Crisis del Estado de bienestar: Los jueces más como mediadores que como juzgadores. **III.** Epílogo: La proporcionalidad como una cuestión multicausal

“Todo lo que decimos aquí es muy sencillo, muy vulgar, demasiado pequeño para llamar la atención de nuestros contemporáneos. La sencillez y la claridad han pasado de moda”.

René Girard

I. Introducción

En este trabajo me interesa reflexionar sobre la matriz explicativa del principio de proporcionalidad en la gestión de casos, desde una descripción histórica del significado socio político de la función judicial desde fines del siglo XIX hasta la actualidad, ya que lo considero un factor decisivo, no el único ni, tal vez el más analizado, que permite contextualizar la relación empírica entre el *fin* y los *medios* en la administración de justicia, a través del proceso histórico -político y social - económico por medio del cual la cultura jurídica se ha desarrollado en un período y en una sociedad determinada.

⁶⁵ Abogado, Profesor y Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional de La Plata. Doctorado en Derecho Procesal, Universidad de Barcelona, España.

No intentaré profundizar en las fuentes de la transformación de la sociedad, desde el feudalismo, las monarquías absolutistas, al liberalismo que aconteció bajo diversas circunstancias y tiempos, ya que llevaría la discusión mucho más allá del alcance de este trabajo. Sin embargo, voy a considerar algunos extremos buscando una razón, de sentido común, al crecimiento exponencial de los niveles de litigación y sus posibles lecturas, ya que juegan un papel determinante en el entendimiento de la proporcionalidad en la gestión de casos en la administración de justicia de nuestra época.

La dividiré en tres etapas que, como cualquier otra periodización histórica, tendrá algo de arbitrario. Con esta división, que en cierto modo resulta propositiva y provisional, pretendo identificar algunos puntos de discusión de cada período para el análisis particular del principio de proporcionalidad en la gestión de casos y para hacernos preguntas sobre cómo contextualizar mejor nuestro presente, para interrogar y examinar las razones instituidas de porque se dice lo que se dice y también las razones de por qué seguimos haciendo lo mismo y creemos que obtendremos distintos resultados.

Expondré algunos argumentos mostrando que el nivel de desarrollo económico y social de cada lugar, afecta al desempeño de los jueces en dos sentidos fundamentales. Por un lado, condiciona el tipo y el grado de litigio social y, como consecuencia, la gestión del litigio judicial. Por lo tanto, una serie de cuestiones sociales y políticas están implicadas y tienen efectos directos en la idea de la proporcionalidad del sistema judicial. Una sociedad dominada por una economía de subsistencia, no genera el mismo tipo (*ni la cantidad*) de litigios que una sociedad con una economía desarrollada.

Por otro lado, aduciré algunas razones para señalar que la relación entre la función judicial y el sistema político, las dos caras de la proporcionalidad en la gestión de casos, en los tres periodos históricos que me propongo analizar, es producto de una compleja interacción económica, política, cultural e incluso antropológica que en su evolución se advierten claramente, diferentes resultados y consecuencias prácticas en cada lugar. Existe un denominador común que esta dado por el desplazamiento del núcleo de legitimidad en el Estado, desde el poder político hacia la administración de justicia, implicando a la independencia, capacidad y legitimidad del Poder Judicial. Esto tiene mayor significado tanto por lo muestra como por lo que oculta.

II. Condicionamientos históricos contextuales del principio de proporcionalidad

Cada tipo de Estado configura el modo en que percibimos el fenómeno jurídico, y también, tal como lo señalan Zagrebelsky⁶⁶, Ferrajoli⁶⁷ o Bobbio⁶⁸, entre otros, de cómo los contextos políticos, económicos, sociales e históricos adquieren una particular significación en la interpretación del derecho, que en mayor o menor medida, compromete la forma de entender, reformar estructuras del sistema procesal como también, el modo de resolver los casos judiciales.

La idea de proporcionalidad, se sitúa no sobre el concepto del derecho o fines teóricos o ideales del proceso (*textos*), sino sobre el fenómeno del derecho situado en los sistemas jurídicos reales (*contextos*). El sentido común, como se suele expresar, señala que en la medida que no observemos el tema del costo y el financiamiento de los derechos, correremos el riesgo de terminar defendiendo fórmulas vacías y sin entender que muchas instituciones y problemáticas sociales, son locales en un lugar y en una dinámica particular.

La proporcionalidad resulta en este sentido, una cuestión problemática y sofisticada con influencias conjugadas, es algo más que describir el tema desde una matriz explicativa, ahistórica, exclusivamente normativa y descontextualizada. Esto significa pensar en prospectiva, es decir, no hacer un diagnóstico de la situación actual teórica, por cierto bastante tratada por los autores, y muchas veces encandilados por las permanentes innovaciones, sino plantear escenarios posibles, que propongan una narrativa realizable.

El proceso civil, señalaba Mauro Cappelletti, siempre ha sido observado como una cuestión técnica del derecho, razón por la cual es extraño que se analicen sus fundamentos ideológicos, sus premisas filosóficas, sus reflejos políticos y sociales y que una vez que se toma conciencia que ninguna técnica jurídica es un fin en sí misma y que ninguna es neutral desde el punto de vista ideológico, se torna indispensable para entender su verdadera dimensión.⁶⁹

De este modo, el proceso es esencialmente un instrumento al servicio de finalidades y objetivos de política jurídica en general, y de política judicial en particular. El diseño de

⁶⁶Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho Dúctil, la ley, derechos, justicia*, Madrid, ed. Trotta, 1995.

⁶⁷Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, ed. Trotta, 1997.

⁶⁸ Bobbio, Norberto, *Teoría General de la Política*, Madrid, ed. Trotta, 2003. Y del mismo autor, *Derecha e Izquierda, razones y significados de una distinción política*, ed. Taurus, 1995.

⁶⁹Cappelletti, Mauro, en *Proceso, Ideología, Sociedad*, ed. EJE, Buenos Aires, 1.974, p. 83 y ss.

una y otra, a su vez, depende de elecciones que en esencia son *ideológicas* y están influenciadas por valores que se consideran prevalecientes y dignos de ser realizados en un determinado contexto histórico y sociopolítico, antes que jurídico.⁷⁰

a) El Estado liberal: Una justicia retributiva para los jueces

El liberalismo nació en el período premoderno de finales del siglo XVII y siglos XVIII, advirtiéndose en términos antropológicos, que no estuvo en juego únicamente un sistema de gobierno, sino también una cultura, una teoría económica, una psicología, una teoría de la ética y también una teoría del conocimiento.⁷¹

En tal contexto, el denominado Estado liberal se desarrolló durante todo el siglo XIX, aproximadamente hasta la primera guerra mundial, resultando de particular importancia, debido a su larga duración histórica, para la consolidación del modelo judicial moderno.

Se caracteriza principalmente por los siguientes extremos: La teoría de la separación de los poderes conforma la organización del poder político de tal manera que, por su parte, el poder legislativo asume un predominio sobre los demás, mientras el poder judicial es, en la práctica, neutralizado políticamente.

La neutralización política del poder judicial se manifestaba a través del *principio de legalidad*, prohibiendo a los jueces que decidan *contra legem* y, en relación directa con esa legalidad, el *principio de subsunción racional-formal*, según el cual la aplicación del derecho es una subsunción lógica de hechos a normas y, como tal, desprovista de referencias sociales, económicas, éticas o políticas.

La idea, fundamentalmente, era concebir un juez aislado del desorden de la política, conformado como el preservador del orden social y facilitador de las relaciones económicas

⁷⁰Berizonce, Roberto, *Ideología y Proceso*, Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 11. Volumen 18. Número 2. Maio a Agosto de 2017. También del mismo autor, *Metodología y estrategias para la reforma judicial*, en Revista Universitaria de Derecho Procesal, N° 4 (especial), Madrid, 1990, ps. 83/92.

⁷¹ Es interesante, para comprender esta cuestión, la teoría del conocimiento de Fleck, que parte del carácter colectivo de la investigación científica. Toda hipótesis -explica el autor-, todo conocimiento y toda teoría científica emergen en el seno de lo que llama un "estilo de pensamiento", que corresponde al conjunto de normas, de principios, de conceptos y de valores propios a una época. El estilo de pensamiento encarnado en un colectivo dado determina tanto la elaboración teórica como la observación, los modos posibles de acción y lo que pueda tenerse por objetivo. Por esta vía se fundamentará que el estilo de pensamiento no sólo hace posible ver algo, sino que además impide ver otra cosa: aquello que lo contradice, en Fleck, Ludwick, *La génesis y el desarrollo de un hecho científico, Introducción a la teoría del estilo de pensamiento y del colectivo de pensamiento*, ed. Alianza, Madrid, 1986, *passim*).

- sociales. De este modo, los jueces actuaban en un marco jurídico-político preconstituido, frente al cual solo les compete garantizar su vigencia. Aplican la ley(*casi*) sin margen de interpretación.⁷²

Por esta última razón, el poder de los jueces se realizaba de forma retroactiva, hacia atrás, es decir, con el objetivo dereconstituir una realidad normativa plenamente constituida. Los jueces garantizan, de este modo, que el monopolio estatal de la violencia sea ejercido con legitimidad.

Además, en este período histórico, el poder judicial es reactivo, actúa solo cuando es instado por las partes o por otros sectores del Estado. La disponibilidad de los jueces para resolver los litigios es, de esta manera, abstracta y sólo se convierte en una oferta concreta de solución de litigios en la medida en que haya una demanda social efectiva.⁷³

En este período liberal, los jueces no deben hacer nada para influir en el tipo y en el nivel concreto de tal demanda. Los litigios de que se ocupan los jueces son individualizados en un doble sentido: tienen contornos claramente definidos por estrictos criterios de relevancia jurídica y suceden entre individuos. Por otro lado, la decisión judicial sobre un litigio sólo es válida para el caso en concreto al cual se aplica.⁷⁴

En la solución de los litigios se da total prioridad al principio de seguridad jurídica, fundada en la generalidad y universalidad de la ley y en la aplicación, idealmente automática, que ella hace posible. La independencia de los jueces reside en el hecho de estar total y exclusivamente sometidos al imperio de la ley. Concebida así, es una garantía eficaz de protección de la libertad, entendida como vínculo negativo, es decir, como prerrogativa de no interferencia.

Por otro lado, la independencia se refiere a la dirección del proceso decisorio y, por eso, puede coexistir con la dependencia financiera y administrativa ante los poderes legislativo y ejecutivo. Esta caracterización de los jueces en el periodo liberal revela su escaso e insignificante peso político, como un poder público, respecto de los poderes

⁷²Tamanaha, Brian, *On the rule of law, Historia, Política, Teoría*, Cambridge University Press The Edinburgh Building, Cambridge CB2 8RU, Reino Unido, Publicado en los Estados Unidos de América por Cambridge University Press, Nueva York, 2004

⁷³ Cappelletti, Mauro, *Proceso, Ideología, Sociedad*, ed. EJE, Buenos Aires, 1.974, p. 47 y ss.

⁷⁴ Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá, ed. Trotta/ILSA, 2009.

legislativo y ejecutivo. Estas son las manifestaciones principales del carácter subordinado de la política judicial.⁷⁵

Ahora bien, durante este periodo, se desarrolla la economía capitalista luego de la revolución industrial surgiendo importantes acontecimientos sociales, los más significantes están relacionados con las desigualdades sociales y la aparición de la llamada cuestión social (criminalidad, prostitución, viviendas precarias, insalubridad, desempleo, y un largo etc.). Esto permitió una explosión del conflicto social de tan vastas proporciones que en relación con ella se definieron las grandes divisiones políticas y sociales de la época.⁷⁶

El conflicto social fue creciendo, como se ha explicado desde el plano constitucional, y la creciente represión estatal al descontento popular, la mayoría marginada de la política durante décadas, comenzó a reclamar un lugar en el mundo político, demandando a su vez, una distribución distinta de los recursos económicos.

Este desarrollo social produjo dos hechos cruciales en relación al sistema constitucional vigente en la época. En primer lugar, se fue generando un desajuste entre el marco constitucional impuesto y la sociedad a la cual dichas instituciones se proponían servir, provocando lo que a comienzos del siglo XX, se denominó la “sobrecarga de demandas democráticas”.⁷⁷

El segundo hecho crucial, se produjo a partir de esta crisis democrática con una oleada de reformas fundamentales, destinadas a paliar la situación y dar respuestas al respecto. Implicaron, en materia económica, el nacimiento del “Estado de bienestar” y en materia política la “universalización del voto”.

De este modo, es necesario tener presente que el denominado “constitucionalismo social”, busco dar cuenta del ideario igualitario que había sido excluido de las discusiones constitucionales originales. Las declaraciones de derechos, alcanzaron dimensiones

⁷⁵ Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá, ed. Trotta/ILSA, 2009, p.92

⁷⁶Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá, ed. Trotta/ILSA, 2009, p. 95

⁷⁷Gargarella, Roberto, *La derrota del derecho en América Latina, Siete tesis*, ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2020, ps. 52 y ss

extraordinarias en los ámbitos sociales, económicos y culturales. Uno de los grandes actores nuevos de la política fue la clase obrera.⁷⁸

Sin embargo, la parte de la constitución relacionadas con la organización del poder, quedó básicamente inmune a los cambios producidos. Así las constituciones del siglo XX, al menos en esta parte del mundo, aparecieron quebradas internamente, pasamos a tener constituciones, como señala Gargarella, con “dos almas”.⁷⁹

Es interesante formular la siguiente pregunta al respecto, en base a la tesis de Gargarella: *¿En qué lugar quedo la discusión en torno a la organización del Poder Judicial?*

Los jueces quedaron totalmente neutrales a este proceso, dado que su ámbito de trabajo se limitaba al micro litigio inter-individual, y no al macro litigio social. Por la misma razón, los jueces quedaron al margen de las grandes luchas políticas acerca del modelo de justicia distributiva que se adoptaría en la nueva sociedad.

Al estar definidos dentro de una administración de justicia retributiva, tuvieron que aceptar los patrones de justicia distributiva adoptado por los otros poderes. Se puede advertir, de este modo, como la justicia retributiva se transformó en una *cuestión de derecho* mientras la justicia distributiva pasó a ser una *cuestión política*.⁸⁰

En definitiva, la independencia de los jueces se afirmaba en tres dependencias bien visibles. La dependencia estricta de la ley según el principio de la legalidad. En segundo lugar, la dependencia de la iniciativa, voluntad o capacidad de los ciudadanos para utilizar a los jueces dado el carácter reactivo de su intervención. Y en tercer lugar, la dependencia presupuestaria en relación con los poderes legislativo y ejecutivo en la determinación de los recursos humanos y materiales considerados para el desempeño adecuado de la función judicial.

⁷⁸Gargarella, Roberto, *La derrota del derecho en América Latina, Siete tesis*, ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2020, p. 52 y ss.

⁷⁹Gargarella, Roberto, *La derrota del derecho en América Latina, Siete tesis*, ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2020, p. 52 y ss.

⁸⁰ Es interesante, la clasificación de Mirjan Damaska, por un lado, estudia al Estado reactivo y la función de la administración de justicia (*laissez faire*) relacionada con el modelo “*Adversarial puro o adversary system of litigation*” y por el otro, un modelo “*no-adversarialo inquisitivo*” relacionado con un tipo de Estado que pretende implementar sus políticas a través de la administración de justicia, en *Las caras de la justicia y el poder del Estado, Análisis comparado del proceso legal*, trad. Andrea Morales Vidal, ed. Jurídica de Chile, Chile, 2000, *passim*.

La separación de poderes no hizo más que proteger al poder judicial, aislándolo como señalábamos, del desorden de la política, disminuyendo simultáneamente, el potencial desequilibrio que podría provenir que los jueces tengan demasiado poder.⁸¹

Frente a este problema, una de las cuestiones más discutidas del derecho constitucional, es que el *estado de la ley* podría convertirse en *el gobierno de los jueces*. Siempre que las reglas de derecho tengan autoridad y los jueces tengan la última palabra sobre la interpretación y aplicación de la ley, los jueces determinarán las implicaciones de esas reglas de derecho.

Una posible conclusión al respecto, es el hecho de que el siglo XIX fue el desarrollo de la codificación y una comprensión “mecánica” y “formalista” de la adjudicación, mientras que en el siglo XX se reacciona contra el formalismo. La idea del juez como sujeto a la ley y solo a la ley ha hecho crisis y consecuentemente, la figura del juez, que entiende que su deber es dar a cada uno lo suyo conforme a la ley, es progresivamente vista como una comprensión superada, y en su reemplazo gana cada vez más aceptación la idea del activista, es decir, del que solo tiene por la ley una lealtad derivada: la ley no vincula al juez por ser ley, sino solo si es justa (respecto a los derechos constitucionales o derechos humanos reconocidos por el derecho internacional).⁸²

b) Estado del bienestar: Justicia distributiva también para los jueces

Las condiciones político-jurídicas expuestas en el apartado anterior, comenzaron a transformarse, con diferentes significados e intensidades en los distintos países, a finales del siglo XIX, consolidándose luego de la segunda guerra mundial en los países centrales, una nueva forma política del Estado: el Estado del bienestar.

Con ello, la teoría de la separación de poderes entra en crisis producto de la sobrejuridicidad de la realidad social afectando la coherencia y la unidad del sistema jurídico

⁸¹Tamanaha, Brian, *On the rule of law, Historia, Política, Teoría*, Cambridge University Press The Edinburgh Building, Cambridge CB2 8RU, Reino Unido, Publicado en los Estados Unidos de América por Cambridge University Press, Nueva York, 2004, p. 65

⁸²Atria, Fernando, *La forma del derecho*, ed. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Pablo, 2016, p. 240.

haciendo problemático tanto la vigencia del *principio de legalidad* como así también, la aplicación de la *subsunción lógica*.⁸³

Esto demuestra, por ejemplo, que durante buena parte del siglo XIX la escuela de interpretación jurídica más importante fuera la *exégesis*, sosteniendo que el derecho era claro, racional y sin lagunas. Por tanto, el juez no podía, ni debía interpretarlo. Su tarea era exclusivamente aplicar la ley tal cual había salido de los órganos de representación política.

El Estado del bienestar se distingue por su fuerte componente promotor de bienestar. La consagración constitucional de los derechos sociales y económicos, tales como el derecho al trabajo y al salario justo, a la seguridad en el empleo, a la salud, a la educación, a la vivienda, a la seguridad social, etc., significa, entre otras cosas, la juridificación de la justicia distributiva.

De este modo, la protección jurídica de la libertad deja de ser un mero vínculo negativo para pasar a ser un vínculo positivo que sólo se concreta mediante servicios del Estado. Se trata, en suma, de una libertad que lejos de ejercerse contra el Estado, debe ser ejercida por el Estado, asumiendo la tensión que él mismo crea, entre justicia social e igualdad formal, y de esa gestión están encargados, aunque de modo diferente, todos los órganos y poderes de Estado.⁸⁴

A su vez, al ser la proliferación de derechos, por lo menos en parte, una consecuencia de la emergencia en la sociedad de actores colectivos (organizaciones de trabajadores, por ejemplo), la distinción entre litigios individuales y colectivos se hace problemática también, en la medida en que los intereses individuales aparecen de una u otra forma articulados con intereses colectivos.

Esta descripción, sugiere de por sí, que el significado sociopolítico de los jueces en este periodo es muy diferente del que detentaban en el primer periodo antes descrito, denominado liberal.⁸⁵

En primer lugar, la juridificación del bienestar social abrió el camino hacia nuevos ámbitos de litigio en los terrenos laboral, civil, administrativo y de la seguridad social, lo

⁸³ Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá, ed. Trotta/ILSA, 2009, p. 98

⁸⁴ Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá, ed. Trotta/ILSA, 2009, p. 101

⁸⁵ Cappelletti, Mauro, *Proceso, Ideología, Sociedad*, ed. EJE, Buenos Aires, 1.974, p. 89.

que en unos países más que en otros se tradujo en el aumento exponencial de la demanda judicial y en la explosión de litigiosidad.⁸⁶

Las respuestas a este fenómeno variaron de país a país pero incluyeron, casi siempre algunas de las siguientes cuestiones: informalidad de la justicia; refuerzo de la administración de justicia en recursos humanos y en infraestructura, incluyendo la informatización y la automatización; creación de juzgados especiales para los pequeños litigios tanto en materia civil como criminal; proliferación de mecanismos alternativos de solución de los litigios (mediación, negociación, arbitraje); varias reformas procesales (acciones de amparo, acciones populares, protección de intereses difusos, etc.).⁸⁷

La explosión del litigio produjo una mayor visibilidad social y política a los jueces. Las dificultades que en general tuvo la oferta de protección judicial para responder al aumento de la demanda, agravaron seriamente el problema de la capacidad y de los temas relacionados con la eficiencia y el acceso al sistema judicial, fundamentalmente porque la estructura que soportaba al servicio de justicia sería la misma que en el periodo liberal.

En segundo lugar, la distribución de las responsabilidades de promoción del Estado por todos sus poderes hizo que la justicia tuviera que encarar la gestión de su cuota de responsabilidad política. A partir de ese momento estaba comprometida la simbiosis entre independencia de los jueces y neutralidad política, que caracterizó el primer periodo.

En el momento en que la justicia social, bajo la forma de derechos, se enfrentó en el terreno judicial con la igualdad formal, entró en crisis la legitimidad procesal-formal en la que los jueces se habían apoyado en el primer periodo. Así, la consagración constitucional de los derechos sociales, como ya hemos señalado, volvió más compleja y más política la relación entre la constitución y el derecho ordinario y los jueces se vieron enfrentados al problema de las condiciones del ejercicio efectivo de esos derechos.⁸⁸

En este sentido, los efectos extrajudiciales de la actuación de los jueces pasaron a ser el verdadero criterio de evaluación del desempeño judicial y, en esta medida, este

⁸⁶ Santos, Boaventura de Sousa. *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá: ed. Trotta/ILSA, 2009, p. 132.

⁸⁷ Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá, ed. Trotta/ILSA, 2009, p. 95

⁸⁸ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, Ed. Trotta, Madrid, 2011, p 4 y ss.

desempeño dejó de ser exclusivamente retrospectivo para pasar a tener una dimensión prospectiva.

Frente a este problema, el dilema en que se vieron los jueces fue el siguiente: si continuaban aceptando la neutralidad política que provenía del periodo liberal, persistiendo en el mismo patrón de actuación clásico, reactivo, de micro litigio, podrían seguramente continuar viendo pacíficamente reconocida su independencia por los otros poderes del Estado, pero lo harían corriendo el riesgo de volverse socialmente irrelevantes.

Por el contrario, si aceptaban su parte de cuota de responsabilidad política en la actuación de promoción del Estado –en especial a través de una vinculación más estrecha del derecho ordinario a la constitución, para garantizar una protección más eficaz de los derechos de la ciudadanía– corrían el riesgo de entrar en competencia con los otros poderes y de comenzar, como poder más débil, a sufrir las presiones del control externo, sea de parte del poder ejecutivo o del poder legislativo. Presiones ejercidas típicamente por una de estas tres vías: nombramientos de los jueces para los tribunales superiores, control de los órganos del poder judicial y gestión presupuestaria.⁸⁹

La independencia de los jueces sólo se convirtió en una verdadera e importante cuestión política cuando el sistema judicial, o algunos de sus sectores, decidió optar por la segunda alternativa. La opción por una u otra alternativa fue el resultado de muchos factores que difieren, de un país a otro. En algunos casos la opción fue clara e inequívoca mientras en otros se transformó en un objeto de lucha en el interior del poder judicial.

Sin embargo, puede afirmarse, en términos generales, que la opción por la segunda alternativa y por la consecuente politización del sistema de garantías judiciales, ocurrió con mayor probabilidad en países donde los movimientos sociales por la conquista de los derechos eran más fuertes, ya sea en términos de implantación social ya en términos de eficacia en la conducción de la agenda política.

El mismo imperativo llevó a los jueces a adoptar posiciones más activas que contrastan de modo más o menos intenso, con las posiciones reactivas del periodo liberal en materia de acceso al derecho y en el ámbito de la legitimidad procesal para solicitar la protección de intereses colectivos y difusos.

⁸⁹ Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá, ed. Trotta/ILSA, 2009, p. 95

Es interesante, por todo lo expuesto, si observamos atentamente las expresiones *politización de la justicia* o *judicialización de la política* que en este contexto, comienzan a ser un lugar común en la doctrina y en la opinión pública, volviendo al eterno debate sobre la legitimidad democrática del Poder Judicial. Además, tales expresiones parecen llamar la atención sobre la transformación de un poder que históricamente nace para aplicar estrictamente la ley, pero que con el tiempo fue ganando terreno a los otros poderes.

c) Crisis del Estado del bienestar: Los jueces más como mediadores que como juzgadores

A finales de los años sesenta y principios de la década de los ochenta, en los países centrales comenzaron las primeras manifestaciones de la crisis del Estado del bienestar, la cual se habría de prolongar hasta nuestros días.

Las características principales de esta crisis son bien conocidas entre nosotros: incapacidad financiera del Estado para atender los gastos de la ayuda estatal, alteraciones en los sistemas productivos y en la regulación del trabajo debido a los sucesivos avances tecnológicos; la difusión del modelo neoliberal y de su credo desregulador a partir de la década de los ochenta; la creciente preeminencia de las agencias financieras internacionales (Banco Mundial, FMI) y la globalización de la economía.

La historia reciente de Latinoamérica, más específicamente de la Argentina, es fruto de distintos tipos de articulación de la noción Estado-sociedad. Podríamos reconocer, a grandes rasgos, tres modelos: el constituido a mediados del siglo XIX con el Estado liberal; el que se conforma a partir de los años 40 con el Estado social, y el que comienza a fines de los años 70, con la crisis del Estado de bienestar surgiendo el Estado neoliberal, a fines de los años 80 y comienzos de los 90, con las políticas de ajuste y la nueva integración al mercado mundial.

En este marco, interesa tener presente el impacto de la crisis del Estado de bienestar en el sistema jurídico, en la actividad de los jueces y en el significado sociopolítico del poder judicial. La sobrejuridización de las prácticas sociales que venía del periodo anterior continuó profundizando la pérdida de coherencia y de unión del sistema jurídico.⁹⁰

En los países centrales, el aumento del litigio originado en el Estado de bienestar, tuvo una cierta tendencia a la estabilidad, a lo que contribuyeron varios factores. En primer

⁹⁰Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable*, ed. Palestra, Lima, 2016 p. 47

lugar, los mecanismos alternativos de solución de conflictos desviaron de los juzgados algún tipo de litigio aunque es discutible hasta qué punto lo lograron, y más aún, entre nosotros. En segundo lugar, la respuesta de los jueces al aumento de la demanda de acceso a la justicia acabó por moderar esa misma demanda, en la medida en que los costos y los atrasos de actuación del sistema hicieron la vía judicial menos atractiva.

Los estudios realizados sobre explosión de litigiosidad obligaron a revisar algunas de las ideas sobre acceso a la justicia. Entre ellas, la tendencia en evaluar el desempeño de los jueces en términos de productividad cuantitativa. Hubo necesidad de averiguar en qué medida el aumento del litigio era resultado de la apertura del sistema jurídico a nuevos litigantes o en cambio era el resultado del uso más intensivo y recurrente de la vía judicial por parte de los mismos litigantes.

En este tercer periodo, el litigio civil sufre un cambio significativo. La aparición sobre todo en aspectos económicos, de una legalidad negociada asentada en normas programáticas, contratos de adhesión, cláusulas generales, conceptos indeterminados.⁹¹

La poca preparación o capacitación de los magistrados, combinada con su tendencia a refugiarse en la rutina y en la productividad cuantitativa hizo que la oferta jurídica fuera deficiente en estos litigios, lo que de alguna manera contribuyó a la erosión de la legitimidad de los jueces como mecanismo de solución de conflictos.⁹²

Sumando a ello, surgieron nuevas áreas de litigio vinculadas a los derechos de la tercera generación, en especial en el área de protección ambiental y de protección de los consumidores. Estos ámbitos, están integrados en la actividad judicial en la medida en que existen movimientos sociales capaces de movilizar a los jueces, directa o indirectamente, a través de la integración de los nuevos temas en la agenda política o a través de la creación de una opinión pública a su favor.

Este periodo se caracteriza políticamente no sólo por la crisis del Estado de bienestar, sino también por la crisis de la representación política (crisis del sistema partidista, crisis de la participación política). Esta última tiene muchas dimensiones, pero una de ellas sitúa directamente a los jueces ante su función de control social.

⁹¹ Guzmán, Néstor Leandro, *Discrecionalidad y Justificación, Entre el juez intérprete y el juez creador en el Código Civil y Comercial*, ed. Astrea, Buenos Aires, 2019.

⁹² Santos, Boaventura de Sousa. *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá: ILSA, 2009. p.581, Colección En clave de Sur. p95

El nivel de desarrollo económico y social afecta al desempeño de los jueces en dos sentidos fundamentales. Por un lado, el nivel de desarrollo condiciona el tipo y el grado de litigio social y, como consecuencia, el litigio judicial. Una sociedad rural, dominada por una economía de subsistencia, no genera el mismo tipo de litigios que una sociedad intensamente urbanizada y con una economía desarrollada.⁹³

De todo lo expuesto, podemos señalar que la relación entre la función judicial y el sistema político en los tres periodos analizados, es producto de una larga evolución histórica con diferentes consecuencias en cada país.

De una u otra manera, los países periféricos y semi-periféricos se vieron en la contingencia de consagrar constitucionalmente de una sola vez los derechos que en los países centrales habían sido consagrados secuencialmente a lo largo de un periodo de más de un siglo, es decir, en el periodo liberal, los derechos civiles y políticos, en el periodo del Estado del bienestar, los derechos económicos y sociales y en el periodo del pos-Estado del bienestar, los derechos de los consumidores, de la protección del ambiente y de la calidad de vida en general.⁹⁴

El análisis comparado de los sistemas judiciales es de suma importancia, especialmente, para comprender cómo, bajo formas organizativas y marcos procesales relativamente semejantes, se desarrollan muchas veces, prácticas judiciales muy distintas, con distintos significados socio políticos sobre la función judicial, así como distintas tensiones por la independencia del poder judicial.

Actualmente, si prestamos atención a las prácticas judiciales cotidianas, la creación de derecho en los juzgados, creación precaria e intersticiales, de alguna manera, un característica que parece estar definiendo el tercer periodo. De hecho, la creación intersticial del derecho prospera en la medida en que entran en crisis los principios de subsunción lógica en la aplicación del derecho.⁹⁵

Muchas de las características del tercer periodo no hacen sino profundizar tal situación, como lo son, entre otras, el surgimiento de la normativa casuística y negociada; la

⁹³ Santos, Boaventura de Sousa. *Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá: ILSA, 2009. p.581, Colección En clave de Sur. p95

⁹⁴ Gargarella, Roberto, *La derrota del derecho en América Latina, Siete tesis*, ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2020, p. 52 y ss.

⁹⁵ Guzmán, Néstor Leandro, *Discrecionalidad y Justificación, Entre el juez intérprete y el juez creador en el Código Civil y Comercial*, ed. Astrea, Buenos Aires, 2019.

complejidad creciente de los negocios, traducida en el uso cada vez más frecuentes de cláusulas generales, conceptos indeterminados, principios de buena fe y de equidad; la presión formal o informal sobre los jueces para que actúen más como *mediadores* que como *juzgadores*.⁹⁶

Todos estos factores hacen que se atenúen o sean cada vez más difusas las fronteras entre la creación y la aplicación del derecho. En el debate intelectual, como en la realidad, las posiciones se solapan constantemente por lo que no es de extrañar que hayan dado origen a toda una serie de malentendidos.

En la actualidad, el núcleo de la discusión procesal pasaría por una serie de cuestiones, como, por ejemplo, la relativa a los modelos de justicia, a la supuesta ambigüedad del activismo judicial, la eficiencia del proceso, el papel de la verdad y si el sistema oral es o no un mito, por nombrar algunos de los temas centrales en el discurso de los expertos.

La tensión entre dichos planteamientos puede servir para advertir que, actualmente, el criterio tradicional consistente en distinguir categóricamente lo público de lo privado continúa sometido a una profunda revisión crítica.

Es cierto lo que expresa Habermas, en el sentido que la disputa histórica entre el paradigma jurídico liberal y el paradigma jurídico ligado al Estado social pueden también entenderse como una disputa sobre este trazado de límites. Parece cierto también que, cuando la disputa se torna reflexiva, rompe y pone fin al predominio cuasi natural de uno u otro paradigma.⁹⁷

Bajo este prisma, la apertura de *la mentalidad social* respecto a cuestiones cruciales como la bioética, moral individual o moral social, intereses colectivos, derechos del consumidor, el derecho a la vida, el medio ambiente, etc, hacen que el derecho en su ámbito de aplicación, el proceso judicial, aparezca desbordado por la realidad, necesitando elaborar respuestas nuevas y equilibradas. Resulta, a fin de cuentas, lo que Habermas llama

⁹⁶ Guzmán, Néstor Leandro, *Vulnerabilidad y flexibilidad como propiedades relevantes en la sentencia civil*, La Ley, del 23 de agosto 2021.

⁹⁷ Habermas, *Facticidad y validez, sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, ed. Trotta, Madrid, 2001, pág. 498.

juridificación de la sociedad, siendo la propia forma jurídica –burocrática de tratar administrativamente ciertos problemas lo que acaba impidiendo una correcta solución.⁹⁸

En este sentido, resulta interesante como los autores del denominado realismo jurídico, para reemplazar las interpretaciones formalistas, partieron desde una visión instrumental que caracteriza al derecho como una herramienta para lograr los objetivos sociales deseados. Obviamente, nunca tomamos en consideración la ausencia de un acuerdo sobre el *bien*, siendo problemático identificar los objetivos sociales compartidos que la ley debería promover.

Los realistas algunas veces sugirieron, con demasiado optimismo, que las ciencias sociales podrían ser capaces de identificar el *bien social*, o al menos cómo se podría facilitar su logro a través de la ley, pero nada resultó de esto y los debates y desacuerdos perduran. La visión instrumental de la ley, en ausencia de un acuerdo sobre un *bien común*, implica que la ley es una cuestión de compromiso o disputa entre intereses grupales dentro del proceso democrático, sin integridad en sí misma.⁹⁹

Ahora, en una sociedad profundamente plural, la tan citada explicación de Dworkin en la década del año 70, que expresaba que la ley consiste en algo más que reglas, que también comprende principios morales/políticos inmanentes incorporados dentro o detrás de las reglas y casos, tiene una aceptación cuestionable, ya que hay conjuntos de principios morales que compiten entre sí.

En este sentido, Unger explicó al respecto dos cambios cruciales: En primer lugar, se pidió cada vez más a los jueces que aplicaran estándares abiertos como la equidad, la buena fe, la razonabilidad. En segundo lugar, se pidió cada vez más a los tribunales, que tomaran decisiones sobre la mejor manera de lograr los objetivos de política establecidos por la legislación, un proceso que sumergió a los jueces en la toma de decisiones entre una variedad de medios alternativos con diferentes implicaciones de valor.¹⁰⁰

Según Unger, estos dos cambios eran incompatibles con la función judicial tradicional de aplicación de reglas formales apartándose del ideal de un régimen de reglas

⁹⁸ Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, ed. Taurus, Madrid, 1987, pág. 532 y ss.

⁹⁹ Tamanaha, Brian, *On the rule of law, Historia, Política, Teoría*, Cambridge University Press The Edinburgh Building, Cambridge CB2 8RU, Reino Unido, Publicado en los Estados Unidos de América por Cambridge University Press, Nueva York, 2004, p. 34

¹⁰⁰ Unger, Roberto, *Knowledge and Politics, Law in Modern Society* (Nueva York: Free Press), 1975.

con las cualidades de generalidad, igualdad y certeza: De este modo, las cláusulas abiertas y los estándares generales obligan a los tribunales a comprometerse en un equilibrio ad hoc de intereses que resiste la reducción a reglas generales. El razonamiento legal intencional y la justicia no formal también causan problemas para el ideal de generalidad.¹⁰¹

Estas nuevas demandas impuestas a los jueces tuvieron el efecto adicional de erosionar la autonomía de la ley, ya que los jueces salían cada vez más del dominio de las normas jurídicas y del razonamiento jurídico para consultar fuentes externas de conocimiento como las ciencias sociales, para discernir el sentido común de la justicia y para participar en el análisis de eficiencia, al tomar decisiones. *“A medida que comenzaron a prevalecer el razonamiento legal intencional y las preocupaciones con la justicia sustantiva, el estilo del discurso legal se acerca al de los argumentos políticos o económicos comunes”*.¹⁰²

En términos simples Atria señala, que el ciclo sería el siguiente: el Derecho pre-moderno, caracterizado por la flexibilidad y la arbitrariedad, tuvo que ser limitado por reglas formales que generaban certeza y eliminaban la arbitrariedad, pero dado que esta aplicación formal llevaba a su vez a no ver que las reglas generales pueden tener excepciones justificables, el Derecho moderno termina generando inequidad e injusticia, entonces en el nuevo modelo neoconstitucional, que reacciona frente al positivismo, el juzgador puede apelar a la justicia y decidir conforme a criterios sustantivos (moral) o puede apelar a la certeza y decidir conforme a la forma. A esto Atria lo denomina *“arbitrariedad hasta la perfección”*.¹⁰³

Es cierto, que lo expuesto hasta aquí puede resultar un análisis algo controvertido, en la medida en que las semejanzas pueden ser la traducción de situaciones sociales totalmente

¹⁰¹En este contexto, resultan interesantes las reflexiones efectuadas por el querido profesor de La Plata, Leandro Safi al vincular el impulso de oficio con una objeción proporcional señalando que: No es razonable ni proporcional obligar a las partes a litigar por demás, por sobre sus voluntades, juicios de interés privado, cuando quizás ya no lo quieran, con derroche de recursos limitados, que debieran aplicarse a otros casos. Si quien puede lo más puede lo menos, las partes *“no solamente son dueñas de la acción ...pudiendo extinguirla en cualquier momento...sino que...(también)...paralizan o activan la marcha del proceso según...(sus necesidades, en respeto al)... sistema dispositivo”*. En la ponencia *“En contra del impulso inquisitivo del proceso civil”* XXXI Congreso Nacional de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil, Comisión 3: Principios procesales: estado actual y visión crítica.

¹⁰²Unger, Roberto M., *Knowledge and Politics, Law in Modern Society* (Nueva York: Free Press) 1975.

¹⁰³Atria, Fernando, *La forma del derecho*, ed. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Pablo, 2016, *passim*

distintas de un país o de una región a otra, debiendo considerarse otros factores, y uno de ellos, tal vez el más importante, es la cultura jurídica dominante de un lugar o país, casi siempre articulada con la cultura política.¹⁰⁴

Sin embargo, seguimos considerando al cambio legal como panacea del cambio social. Y más aún, intentamos introducir cambios dentro de un sistema judicial pensado en otra sociedad, con otra cultura y para otro tiempo. Seguramente, habrá que prestar atención al hecho de que muchas veces argumentamos o nos ocupamos de ciertos elementos que conforman la idea de proporcionalidad con textos, ideas y doctrinas que pertenecen a sociedades, lugares y momentos históricos muy distintos a los actuales.

III. Epílogo: La proporcionalidad como una cuestión multicausal

Las consideraciones que anteceden no agotan, como es natural, las perspectivas de un tema que tiene tan estrechas conexiones con problemas capitales de política, cultura, economía y teorías de la organización a los que aquí no podemos siquiera aludir. Sin perjuicio de ello, el propósito ha sido por mi parte exponer esquemáticamente algunas ideas de la cultura jurídica en general, y del proceso en particular, que impactan en el orden práctico.

El motivo principal ha sido reflexionar, en el hecho que no se puede analizar la idea de proporcionalidad en el sistema de justicia sin abordar cuestiones contextuales vinculadas al desempeño judicial de rutina, su ubicación geográfica y la historia local con sus realidades distintas, generalmente invisible a los discursos de los expertos, y de los complejos factores sociales, económicos, organizacionales, políticos y culturales, ahora también los tecnológicos, que condicionan el ámbito y la naturaleza de la judicialización del conflicto social.

En el estudio de los múltiples criterios de proporcionalidad en la gestión de casos, el fenómeno del aumento del litigio que, como señaláramos, si bien trajo una mayor visibilidad social y política a los jueces, agravaron seriamente los problemas vinculados con la capacidad de absorber o atender del Poder Judicial, surgiendo, de este modo, y sin eufemismos, cuestiones más complejas relacionadas con la eficiencia y el acceso al sistema

¹⁰⁴ Chase, Oscar, *Derecho, cultura y ritual, Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*, ed. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2011, p. 23

judicial, señalad *genéticamente*, como el íntegro sistema judicial: recursos humanos, infraestructura y demás componentes.¹⁰⁵

Es decir, un aumento de asuntos que ingresan al sistema de justicia sin posibilidad de contar con un criterio racional de trabajo está dado, fundamentalmente, porque aquella división que tiene su origen en el período liberal, entre justicia retributiva como cuestión de derecho mientras que la justicia distributiva era una cuestión política se mantuvo, tanto en el aspecto real como en los discursos académicos, pese al evidente cambio de escenario, produciendo, como todos sabemos, un estado pariente de reformas al sistema procesal.

Es cierto también, que no hay solo una justicia, sino que hay varias o distintas. De la local o provincial a la federal o nacional. Desde una primera instancia ordinaria hasta la competencia originaria o extraordinaria de nuestra Corte Suprema de Justicia, desde Ushuaia hasta Jujuy, en todos estos ámbitos y en cada una de esas oficinas judiciales, a lo largo y a lo ancho del territorio, encontraremos grandes similitudes como también diferencias sustanciales dadas por el contexto social, económico y cultural.¹⁰⁶

De este modo, procure mostrar que un nivel alto de generalidad y abstracción en el análisis del rol del juez, su posición activa en mayor o menor medida, los distintos elementos, materiales y humanos, que soportan la estructura de la administración de justicia, factores y costos económicos, formación de los operadores, sumado a la ausencia de mediciones y análisis de datos estadísticos, no logra comprometerse con ningún sistema legal real en su particularidad y termina siendo un elemento demasiado idealizado y abstracto quizás interesante en el plano teórico - académico, pero desentendido de la realidad.

Precisamente por eso me interesó llamar la atención en que la proporcionalidad, se sitúa no sobre el concepto de derecho o fines teóricos o ideales del proceso (*textos*), sino sobre el fenómeno del derecho situado en los sistemas jurídicos reales (*contextos*). El sentido común, como se suele expresar, señala que en la medida que no observemos el tema del costo y el financiamiento de los derechos, correremos el riesgo de terminar, como señale

¹⁰⁵Berizonce, Roberto, *El factor humano en la gestión judicial*, en Revista de Derecho Procesal, Gestión e innovación en el proceso, ed. RubinzalCulzoni, Buenos Aires, 2023, p. 137

¹⁰⁶ de Venezia, Lucas, *Justicia 5.0 y gestión digital en la era de los sesgos Digitalizar personas que transformen organizaciones o culturas organizacionales*, La Ley, 17 de agosto de 2023.

al inicio, defendiendo fórmulas vacías y sin entender que muchas instituciones y problemáticas sociales, son locales en un lugar y en una dinámica particular.¹⁰⁷

Se señala de este modo, la necesidad de aceptar que los recursos de la administración de justicia son finitos, tanto como los recursos de todos los otros servicios públicos. La asignación de recursos del tribunal, y la inversión de tiempo y dinero, deben tener una relación razonable con la dificultad, complejidad, el valor y la importancia del asunto. Las responsabilidades de los tribunales se extienden más allá de hacer justicia en los casos individuales y son responsables por la administración de justicia civil como un todo, por los recursos del sistema y por su justa y equitativa distribución.¹⁰⁸

La proporcionalidad resulta en este sentido, una cuestión problemática con influencias conjugadas, es algo más que describir el tema desde una matriz explicativa, ahistórica, exclusivamente normativa y descontextualizada. Esto significa pensar en prospectiva, es decir, no hacer un diagnóstico de la situación actual teórica, por cierto, bastante tratado por los autores, sino plantear escenarios posibles, que propongan una narrativa realizable.

Por tales razones, me propuse mostrar, que la proporcionalidad tiene que ser analizada como una cuestión multicausal, con diferentes matices, sin la ingenuidad de adherir irreflexivamente a formatos o experiencias importadas haciendo de este modo, una crítica constructiva al análisis comparativo de modelos o sistemas procesales que han trabajado sobre la búsqueda de racionalidad del sistema procesal. Esto requiere, antes que nada, un cambio perspectival y cultural significativo en el enfoque del litigio y los necesarios límites racionales de la jurisdicción para su estudio.

Todo ello, guarda directa relación con las ideas expuestas por Haack, cuando señala que el derecho no es una entidad metafísica, sino una realidad determinada espacial y geográficamente en lugar de tratar de comprender “el Derecho-en-general”, es preferible centrarse en un sistema jurídico en particular. El Derecho es siempre el Derecho de algún lugar y en un determinado momento, o sea, una realidad histórica que evoluciona en el

¹⁰⁷ Holmes, Stephen, Sunstein, Cass, *El costo de los derechos, por qué la libertad depende de los impuestos*, ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

¹⁰⁸ *Control Judicial del proceso: case management*, Docente Coordinador: Dr. Ramon García Odgers, Claudio Fuentes Maureira y Rodrigo Silva Goñi, Serie de documentos materiales docentes, Academia Nacional de Chile, 2020, p. 23

tiempo y que se va adaptando a las circunstancias, como ocurre con el desarrollo de una planta.¹⁰⁹

La experiencia muestra que la dialéctica entre racionalidad y crisis de la ley procesal no se sitúa en un momento específico de la historia, sino que tiende a ser una suerte de historia sin fin, en cuanto reflejo de los cambios sociales, económicos y políticos que siempre vuelven a proponer nuevas “necesidades de justicia”.¹¹⁰

La estructura decimonónica (el Estado legislativo) no soporta, no logra resistir estos fenómenos; obliga a replantear conceptos, estructuras y sistemas. Y también nos obliga a replantear nuestra visión del derecho. Por tal razón, la reforma procesal, por ejemplo, no es solamente la reforma al Código Procesal; es más amplia, más abarcadora e, indefectiblemente, tarde o temprano, habrá que asumirla, reconociendo nuestros límites, porque nosotros también tendremos que reformarnos, asumiendo de una vez por todas su complejidad.

¹⁰⁹Haack, Susan, *Viejo y nuevo pragmatismo*, Revista de Filosofía Diánoia, Vol. 46 núm. 47 (2001)

¹¹⁰Taruffo, Michele, *Racionalidad y crisis de la ley procesal*, Doxa 22 (1999).

EL SISTEMA Y LOS PRINCIPIOS DE CONVENCIONALIDAD (CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y DERECHO TRANSNACIONAL)

Por Juan Carlos HITTERS¹¹¹

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. A. Convencionalidad. Aclaración previa. 1. Generalidades. 2. Principios o estándares de la Convencionalidad. 2.1. Legitimación del individuo. 2.2. Intensidad del control. 3. Interpretación conforme. 4. Margen de apreciación nacional. 5. Control de oficio y en abstracto. 5.1. De oficio. 5.2. En abstracto. 6. Sobre qué normas internacionales debe ejercerse el control y quiénes lo ejercen. 6.1. Quiénes ejercen el control. 6.2. Sobre qué normas supranacionales se debe ejercitar el control de convencionalidad. 6.3. Sobre qué normas domésticas se debe ejercer la “comparación”. B. El derecho procesal transnacional y el principio de Convencionalidad. II. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. PARTICULARIDADES. PROGRESIVIDAD. III. PRINCIPIOS O ESTÁNDARES DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH QUE DEBEN CUMPIRSE EN EL ÁMBITO DOMÉSTICO. A. Principios o estándares jurisprudenciales. B. Positivación constitucional de los principios o postulados fundamentales sobre derechos humanos. C. Principio de subsidiariedad. IV. DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE CONVENCIONALIDAD. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

A. Convencionalidad. Aclaración previa

1. Generalidades

Antes que nada, corresponde poner de relieve que cuando se habla en general de *control de convencionalidad*, se utiliza esta terminología para hacer referencia a los tratados internacionales y convenciones que tutelan los derechos humanos; y en paralelo para aludir a la obligación que tiene el Estado -en cualquiera de sus Poderes- de ‘*cumplir*’ y ‘*hacer cumplir*’ a cabalidad las prerrogativas de los beneficiarios.

¹¹¹Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional de La Plata. Profesor Titular Emérito de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP. Ex Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Convencional Constituyente en la Reforma Constitucional de 1994. Ex Experto Alterno de las Naciones Unidas, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones.

Empero, la tutela transnacional de los derechos humanos, sus principios y postulados no sólo surgen de estos instrumentos escritos ratificados por los países, sino que también deben tomarse en cuenta a tales fines el *ius cogens*¹¹²; la costumbre internacional¹¹³; la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como así también las conclusiones de los diversos órganos de protección de los derechos humanos a nivel internacional o regional, incluso los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 1.1 y 2CADH).

Sabido es que en este escenario el Estado es siempre el legitimado pasivo, siendo tal afirmación uno de los ‘principios’ fundamentales de la convencionalidad.

Será importante aclarar que cuando se habla de control de convencionalidad en sentido lato *-lato sensu-* debe entenderse que los Estados no sólo tienen que inspeccionar el acatamiento de las convenciones y los tratados propiamente dichos, sino también, el respeto a las demás fuentes del derecho internacional.

En paralelo, y como contrafigura, aparece aquí el “*principio*” de la legitimación del individuo; que siempre es el legitimado activo.

Por ello una de las características fundamentales de la tutela de los derechos humanos, es que el individuo, el hombre, pueda ‘peticionar’ ante los organismos nacionales e internacionales, pues como es sabido en el sistema tradicional (antiguo) sólo los Estados gozaban de tal legitimación. Ello ha significado un notable avance, una verdadera

¹¹² Dice el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”. Y agrega que “para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

¹¹³ Según la mayoría de los autores, las condiciones para la consolidación de una *regla consuetudinaria* que tiene su origen en un tratado son las siguientes: 1) El carácter creador de dichas normas, lo que significa la manifestación de la voluntad en el sentido expresado en el instrumento; 2) La existencia de una práctica extendida y general (*consuetudo*) que implica que los Estados la hayan utilizado en forma reiterada (práctica establecida); 3) La *opinio juris*, esto es la exigencia de un componente subjetivo que implica la creencia de que dicha práctica se considera obligatoria conforme a una norma jurídica que así lo determine, esto significa que el Estado cumple lo que significa una obligación jurídica.

revolución, ya que la persona se convierte en “sujeto” y no solamente “objeto” del derecho internacional¹¹⁴.

2. Principios o estándares de la Convencionalidad

Para interpretar debidamente el modelo de protección de los Derechos Humanos hay que partir de la base de que toda actividad que afecte ilegalmente a las personas debe ser - como corresponde- controlada por el Estado. En este orden de ideas podemos citar algunos de los ‘*principios*’ de esta estructura: legitimación del individuo; progresividad; interpretación conforme; margen de apreciación nacional; necesidad de ejercer el control (intensidad); como así mismo la posibilidad de que sea de oficio y en abstracto.

2.1. Legitimación del individuo.

Dijimos ya en forma reiterada que el ser humano tiene legitimación para reclamar. Podemos enfatizar que las reglas del derecho internacional son directamente utilizables por los individuos, aunque ello responde a dos circunstancias fundamentales: 1) intención de las partes contratantes y 2) estructura de recepción de los Estados.

2.2. Intensidad del control

La verificación de convencionalidad se puede llevar a cabo con mayor o menor “intensidad” de conformidad con las normas y reglas aplicables en un determinado Estado, dependiendo de la “profundidad” de la función y jerarquía de cada órgano que la ejecuta.

Ya es sabido que este control, *stricto sensu*, sólo puede ser realizado por el Poder Judicial y, en general, por quienes realizan funciones jurisdiccionales¹¹⁵, ya que únicamente ellos están en condiciones de declarar la invalidez de una norma jurídica¹¹⁶.

¹¹⁴HITTERS, Juan Carlos, *Control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos. Efectos. (Valor vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 2023, Tomo I, p. 83. NIKKEN, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos, su desarrollo progresivo*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1987. Ídem HITTERS, Juan Carlos y FAPPIANO, Oscar L., *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 1991, Tomo I, p. 193.

¹¹⁵ De acuerdo con lo expresado por la Corte IDH en el famoso caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

¹¹⁶ El control de convencionalidad puede efectuarlo cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incluyendo -según el diagrama de los diversos países- las Cortes Supremas de Justicia, las Cortes, salas o tribunales constitucionales, y en los países que ejercen el control difuso, todos los jueces sin distinción de jerarquías, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

Sin perjuicio de esto, el Poder Ejecutivo y el Legislativo también están “sujetos” a esta inspección, aunque no lo lleven a cabo *per se* (podemos hablar de sujetos pasivos de control). Empero, lo cierto es que, para evitar la responsabilidad internacional del Estado, lo que deben hacer los “demás poderes” es *tener en cuenta también la jurisprudencia internacional para evitar el dictado de actos o la ejecución de conductas que infrinjan los Tratados y Convenios internacionales*. Es decir que las autoridades que no ejercen funciones típicamente jurisdiccionales tienen que interpretar los derechos humanos de la manera más favorecedora para el ser humano (*pro homine*)¹¹⁷.

Parece claro que el grado de *verificación* se ejerce con más fuerza en los Estados que permitan el control difuso, al tener -por regla- todos los judicantes locales la atribución de “inaplicar” o “invalidar”, -según el caso-, la norma inconventional¹¹⁸.

Sin embargo, hay un grado intermedio¹¹⁹, por ejemplo, cuando el operador, en lugar de romper una disposición local viciada, está en condiciones de llevar a cabo una *interpretación conforme* de la normatividad interna con los Tratados internacionales y con la jurisprudencia interamericana. Ello así, pues, al cumplir este tipo de “interpretación”, se puede salvar la inconventionalidad del precepto interno.

3. Interpretación conforme

En efecto, puede darse el caso de que el operador, en lugar de demoler la regla local supuestamente viciada, lleve a cabo una “interpretación conforme” de la normatividad doméstica con la supranacional, sobre la idea de salvar la convencionalidad del precepto.

Una de las formas más contundentes para lograr esta “armonización” entre el Derecho nacional y el internacional se viabiliza a través de la denominada *cláusula de interpretación conforme*. La misma consiste en una técnica hermenéutica por medio de la

¹¹⁷ Corte IDH, Caso Radilla Pacheco Vs. México, Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Véase también GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El control judicial interno de convencionalidad*, IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C, Puebla, México, vol. V, núm. 28, diciembre de 2011, p. 243.

¹¹⁸FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad*, Estudios jurídicos, ISSN 1688-3225, N°. 10, 2012, págs. 61-105.

¹¹⁹FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundap, 2012, pp. 683-754; ídem, en CARBONELL, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IJ-UNAM, 2011, pp. 239-249.

cual las reglas contenidas en las Cartas Magnas domesticas son “armonizadas” con los postulados y principios que surgen de los Tratados sobre derechos humanos, así como de la jurisprudencia de la Corte IDH, *para alcanzar una mayor eficacia*.

Algunas Constituciones disponen que los derechos y deberes que ellas regulan deben ser interpretados de *conformidad* con los Tratados internacionales ratificados¹²⁰. Esta fórmula surge del artículo 10.2 de la Constitución española de 1978, que expresa: “[...] las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificadas por España”.

Para los países del Sistema Interamericano que no contengan esta cláusula, va de suyo -como adelantamos- que se debe aplicar la regla antes citada (interpretación *pro homine*)¹²¹.

En definitiva, podemos reiterar que el modelo de la “interpretación conforme” busca una hermenéutica que compatibilice -en lo posible- las normas internas con las de los Tratados, para salvar la convencionalidad de aquéllas¹²².

Así se puede lograr una mayor utilidad sin “romper” un dispositivo legal doméstico, esto es, cuando se le “interpreta” usando el criterio más favorable. Se deja de lado así una imposición coactiva de las reglas internacionales.

4. Margen de apreciación nacional

Este “principio”, que ha sido usado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), se ha definido como una suerte de “deferencia” -del cuerpo supranacional- hacia

¹²⁰ Respecto de las Constituciones latinoamericanas que adoptan esta pauta interpretativa podemos citar -entre otras- las de Bolivia, Perú y México.

¹²¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917, reformada el 10 de junio de 2011, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.

¹²²HITTERS, Juan Carlos, *Control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos*, cit. Tomo I, pág. 363. ANGULO JACOBO, Luis Fernando, *Pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos*, Tesis aislada LXIX/1011 (9a.) *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, t. I, diciembre de 2011, p. 551. Véase ANGULO JACOBO, Luis Fernando, *El control difuso de convencionalidad en México*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, México, PJF-CJF, núm. 35, 2013, p. 85. Véase también GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El control judicial interno de convencionalidad*, *Rev. IUS*, 2011, Vol. 5, N°28, págs. 123-159.

las autoridades nacionales para que sean ellas las que fallen sobre determinada temática, con independencia de los organismos que imponen los Tratados supranacionales. En ese caso, las autoridades domésticas son -podemos decir-, las encargadas de resolver determinadas vulneraciones de los derechos humanos. Ello se da en aquellas hipótesis en las que el Tribunal internacional considera que los cuerpos internos *están en mejores condiciones para decidir el asunto*.

La postura *sub examine* hunde sus raíces en la doctrina del *marged'appréciation* aplicada por el Consejo de Estado francés y en la jurisprudencia sobre la discrecionalidad administrativa de algunos países del ámbito continental. Esto significa que la solución podría tener su base en un debate más amplio centrado en los límites que deben tener los judicantes a fin de garantizar una efectiva separación de los poderes. Empero, su migración al campo internacional apunta a la problemática asociada al carácter subsidiario del Derecho Internacional y a la legitimidad democrática de ciertas legislaciones internas¹²³.

Esta doctrina se ha utilizado -tal como anticipamos-, en la jurisprudencia del TEDH, aunque en puridad de verdad fue la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos la que hizo expresa referencia al '*margen de apreciación nacional*'.

Uno de los temas más complicados en esta problemática es saber hasta dónde llega ese "margen" y qué amplitud tiene¹²⁴.

Nótese que el TEDH ha dado cierto margen de apreciación a los países¹²⁵ sosteniendo, por ejemplo, que éstos tienen libertad para definir el estatus jurídico del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Tal modelo pretende que los estándares internos sean "compatibles" con ese Tratado; no pide para nada que sean "idénticos", ni siquiera "conformes", ya que los Estados gozan de cierto marco de apreciación local en la elección de los medios para cumplir sus obligaciones convencionales¹²⁶.

Como vimos, en la jurisprudencia del Viejo Continente se ha otorgado en varias oportunidades la "deferencia" hacia las autoridades locales, con el argumento del carácter

¹²³DÍAZ CREGO, María, *Margen de apreciación nacional*, *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*, Universidad de Alcalá, http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/94.

¹²⁴ El juez de la CSJN, S. Fayt, en sus votos vertidos en los casos *Simón y Mazzeo*, advierte que, a través del art. 27 de la Constitución Nacional argentina, se puede encontrar un hueco para hablar de *margen de apreciación nacional*.

¹²⁵GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El control judicial interno de convencionalidad...*, cit., p. 128.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 82.

subsidiario del Derecho Internacional¹²⁷. Por ejemplo, en el caso “Evans vs. Reino Unido”, atinente a la fertilización in vitro, se dejó librado a los magistrados domésticos lo atinente a la presunta violación del derecho a la vida de los embriones preservados, debido a que la legislación nacional exigía su destrucción ante el retiro del consentimiento de la pareja de la peticionaria sobre su implantación¹²⁸.

Ciertos doctrinantes -como veremos- han criticado la figura *sub examine*, ya que consideran que el uso excesivo de la misma impide a los operadores jurídicos conocer con cierta dosis de previsibilidad cuál sería la jurisprudencia mayoritaria de un tribunal internacional, lo que atentaría contra la seguridad jurídica.

Por otro lado, y en una postura opuesta, conviene alertar que ciertos autores pregonan un amplio margen de apreciación nacional, a tal punto que inclusive se oponen, por ejemplo, al control de convencionalidad, ya que entienden que afecta la legitimación democrática del Parlamento¹²⁹.

Los epígonos de esta vertiente sostienen que ni de las obligaciones de los artículos 1.1 y 2 de la CADH, ni de ningún otro Tratado, puede inferirse la existencia de una obligación para los Estados de integrar y situar en el sistema jurídico local a los Tratados al mismo nivel o un rango superior que el de su Constitución, “pero mucho menos que los órganos vinculados a la administración de justicia estén obligados a hacer eso o a tomar esa decisión. En ningún lado encontramos la obligación estatal de someter todo su ordenamiento jurídico al contenido de un Tratado [...] lo que establece son formas de adecuación y coordinación para que se cumpla con la CADH”¹³⁰.

Con un criterio más armonizador se ha puesto de manifiesto que en todo Derecho de fuente internacional puede darse una dicotomía entre lo que se denomina el “núcleo duro” inalterable y común para todos; y otro más dúctil y maleable que sí puede ser manejado y acomodado según las circunstancias por los jueces locales.

¹²⁷ Véase Comisión, Grecia vs. Reino Unido, de 26 de septiembre de 1958 (Vol. I y Vol. II); TEDH, Handyside vs. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976, parr. 48; DÍAZ CREGO, María, op. cit.

¹²⁸ TEDH, Caso Evans vs. Reino Unido (núm. 6339/05), sentencia de 10 de abril de 2007, párr. 54

¹²⁹ Entre otros, véase VÍTOLO, Alfredo M., *Una novedosa categoría jurídica: el ‘querer ser’. Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del ‘control de convencionalidad’*, Pensamiento Constitucional, Escuela de Posgrado, Maestría en Derecho Constitucional, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, núm. 18, 2013, p. 374.

¹³⁰ CASTILLA JUÁREZ, Karlos, *¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados*, Anuario mexicano de derecho internacional, Vol.13, Ciudad de México ene./dic. 2013

Si bien es cierto que la Corte Interamericana ha expresado constantemente que -tal como dijimos- los países deben tener en cuenta no sólo los Tratados internacionales, sino también la jurisprudencia de ese Tribunal, lo cierto es que en algunos casos ella misma ha permitido, tanto en el ámbito consultivo¹³¹ como en la jurisdicción contenciosa¹³², cierta posibilidad de apreciación nacional¹³³.

En verdad conviene señalar que este “margen” resulta muy amplio cuando la Corte de la región no ha sentado opinión sobre algún tema en particular, ya que en esa situación la judicatura local no tiene ninguna cortapisa para llevar a cabo la hermenéutica que le parezca más conveniente, considerando las normas locales y su compatibilización con los Tratados internacionales, aunque en esa situación no podemos hablar obviamente de “la” doctrina de la Corte IDH, por lo que se trata de meros criterios provisionales locales que obviamente no tienen efectos *erga omnes*¹³⁴.

Por ello, pensamos que este campo “se achica” cuando ya hay criterios o estándares establecidos por la Corte IDH, pues una interpretación contraria implicaría la violación de los artículos 1.1 y 2 de la CADH y de la jurisprudencia de ese Tribunal regional.

Aunque, en puridad de verdad, sería conveniente flexibilizar en lo posible esta contraposición que impone la supremacía convencional o interpretación jerárquica, por el postulado de la “coordinación” entre los sistemas nacionales e internacionales y viceversa, sobre la base de la interpretación *pro homine*¹³⁵, en el sentido de buscar entre las normas de la jurisdicción internacional y de la nacional, la más protectora para el ser humano¹³⁶.

¹³¹ Véase Corte IDH, OC-4/84, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, Opinión consultiva de 19 de enero de 1984.

¹³² En el asunto Castañeda Gutman (Corte IDH, Caso Castañeda Gutman vs. México, Sentencia de 6 de agosto de 2008) la Corte -contradiendo en alguna medida lo que venía diciendo en asuntos como Yatama contra Nicaragua (Corte IDH, Caso Yatama vs. Nicaragua, Sentencia de 23 de junio de 2005)- aceptó que la dirección del Gobierno y su actividad democrática interior sea competencia exclusiva del Estado mexicano. Cfr. CARPIZO, Enrique, *El control de convencionalidad y su relación con el sistema constitucional mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los derechos humanos*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, año XLVI, núm. 138, septiembre-diciembre de 2013, pp. 939-971.

¹³³ La Corte de la región dice que la protección de los derechos humanos constituye en límite infranqueable a las mayorías parlamentarias. Véase Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011.

¹³⁴ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El control judicial interno de convencionalidad...*, cit., p. 128.

¹³⁵ CARPIZO, Enrique, ob. cit., p. 957. Véase también BAZÁN, Víctor, *El control de convencionalidad y la necesidad de intensificar un adecuado diálogo jurisprudencial*, La Ley, Buenos Aires, Suplemento Actualidad, febrero de 2011, p. 1.

¹³⁶ Véase HITTERS, Juan Carlos, *Un avance en el control de convencionalidad*, La Ley 27/05/2013, p. 1 - AR/DOC/1956/2013.

Como dice CARPIZO, el principio hermenéutico *pro personae*, en su variante de preferencia normativa, posibilita superar el criterio de interpretación jerárquica y atender a la regla que mayor beneficio otorgue a la persona¹³⁷.

En síntesis, podemos decir que en el ámbito del control de convencionalidad existe el margen aludido, considerando que impera allí la posibilidad de que las autoridades impongan ciertos criterios locales, ello sobre la base del modelo de subsidiariedad, en el sentido de que son los Estados, en especial los jueces y el Poder Judicial en general, los que ejecutan el control primario y ponen en juego las normas nacionales e internacionales que consideren convenientes.

Como vimos, esta corriente nació en el ámbito de la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos y se extendió al Tribunal regional homónimo con sede en Estrasburgo.

También pusimos de relieve que esta “deferencia” que se les confiere a las autoridades locales en el sistema interamericano se aplica con mayor amplitud cuando no existe jurisprudencia de la Corte IDH sobre el particular. En cambio, la amplitud “se achica” cuando ese Tribunal ha fijado determinada doctrina legal.

Conviene repetir que en algunas circunstancias se ha evitado poner en contraposición el criterio de la supremacía convencional o interpretación jerárquica, utilizando el postulado de la “coordinación” (o diálogo) entre los esquemas nacionales e internacionales, sobre la base del principio de interpretación *pro homine*¹³⁸; criterio utilizado por la propia Corte IDH, por ejemplo, en el aludido caso Castañeda Gutman¹³⁹.

5. Control de oficio y en abstracto

5.1. De oficio

En Argentina y en algunos otros países -depende de la normativa vigente- se discute si el control de constitucionalidad debe ser llevado a cabo a *pedido de parte*, o *de oficio*¹⁴⁰.

Sin perjuicio de lo que en definitiva resuelvan los tribunales locales, reiteramos que, según la interpretación de la Corte IDH, [...] los órganos del Poder Judicial deben ejercer

¹³⁷CARPIZO, Enrique, ob. cit., p. 957.

¹³⁸ Ídem CARPIZO, cit.

¹³⁹ Corte IDH, Caso Castañeda Gutman vs. México, cit.

¹⁴⁰ En el caso de la Provincia de Buenos Aires, la Suprema Corte de Justicia, con ciertas variantes, se ha pronunciado por la procedencia del control oficioso de constitucionalidad (véase causas L. 69.523, Barone).

no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’¹⁴¹ *ex officio*¹⁴² entre las normas locales y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que esa revisión deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones¹⁴³.

La Corte, en el caso de los Trabajadores Cesados del Perú, habló del control difuso de convencionalidad que ella puede ejercer. Luego, en Almonacid Arellano, puso de relieve esta posibilidad de inspección, con independencia de que las partes la invoquen. FERRER MAC-GREGOR señala que, en realidad, la posibilidad de ejercitar esta vía de oficio constituye un complemento del carácter difuso de dicho control. A partir de entonces se ha mantenido firme la jurisprudencia que permite el cotejo *ex officio*¹⁴⁴.

El Tribunal regional aclaró, en varias oportunidades, que para poner en juego esta doctrina no deben perderse de vista los supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones.

Este control de oficio se debe cumplir conforme a la competencia de los órganos internos y bajo las reglas adjetivas establecidas para este efecto. Ello no significa que todos los jueces sean competentes para aplicar sin mayores exigencias domésticas tal tipo de confrontación, pues, repetimos, por regla deben observar las normas locales¹⁴⁵.

Vista ahora la problemática, no ya desde del Derecho doméstico, sino del supranacional, lo cierto es que cuando las actuaciones llegan a la Corte regional, ella realiza -sin duda- esta verificación, *aun de oficio*, considerando que es la última intérprete de la normativa interamericana y que, por una cuestión meramente procesal, no se puede permitir que el Estado infrinja la Convención (art. 27 de la Convención de Viena).

¹⁴¹ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Véase GIALDINO, Rolando, *Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad de Oficio. Aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, La Ley, 2008-C, p. 1295.

¹⁴² Este criterio ha sido ratificado más recientemente en el Caso J. vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 407.

¹⁴³ Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

¹⁴⁴ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad...* cit., p. 312.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 151.

En ese orden de ideas, obsérvese que estamos hablando de un control normativo; no obstante, y a fin de comprender lo que venimos analizando, debe tenerse presente que el férreo principio de congruencia, muchas veces utilizado en el campo interno -por lo menos en los pleitos de marcada esencia dispositiva-, ha sido morigerado por el Tribunal interamericano, quien, aplicando el principio de *iuranovit curia*, en verdad dilata en forma indirecta aquel duro postulado¹⁴⁶.

En definitiva, la Corte regional sostiene que la compulsión de convencionalidad debe *hacerse de oficio en el marco de las respectivas competencias del órgano juzgador local*.

5.2. En abstracto

Pasando ahora al *control de convencionalidad en abstracto*, conviene poner de relieve que, en los primeros tiempos, la Corte interamericana sostenía que era improcedente la revisión supranacional si el precepto atacado no había sido aplicado. Empero, últimamente fue cambiando de parecer, destacando su potestad de controlar la convencionalidad de las normas locales, *aun en abstracto*.

En una primera etapa, en efecto, en el caso *Genie Lacayo*¹⁴⁷, había expresado que “[...] La competencia contenciosa de la Corte no tiene por objeto la revisión de las legislaciones nacionales *en abstracto* sino que es ejercida para resolver casos *concretos* en que se alegue que un acto del Estado, ejecutado contra personas determinadas, es contrario a la Convención [...]”; concluyendo que no tiene aptitud para activar *ex officio* “en abstracto” el contralor de convencionalidad, criterio que mantuvo a rajatabla en el mismo asunto el 29 de enero de 1997 en la sentencia de fondo¹⁴⁸.

Tal pauta fue criticada en estas últimas actuaciones por el entonces juez CançadoTrindade en su voto disidente, quien, abriendo una brecha en la sólida jurisprudencia precedente, dejó en claro que la infracción convencional *se produce por el solo hecho de que la norma doméstica esté vigente (aunque no haya sido aplicada)*;

¹⁴⁶HITTERS, Juan Carlos, *Los tribunales supranacionales*, La Ley, Buenos Aires, 2006-E, p. 818. En efecto, con buen tino ha dicho en el caso *Fermín Ramírez*, que tanto las víctimas como sus familiares o representantes pueden invocar derechos distintos de los comprometidos en la demanda de la Comisión. Corte IDH, Caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, Sentencia de 20 de junio de 2005, párr. 116.

¹⁴⁷ Corte IDH, Caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, Sentencia de 29 de enero de 1997, párr. 50.

¹⁴⁸ Corte IDH, Caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, cit., párr. 91.

añadiendo luego, en el caso “El Amparo” que, para que exista violación a la CADH, “[...] no me parece necesario esperar la ocurrencia de un daño [...]”¹⁴⁹.

En una segunda etapa se observa este cambio en la jurisprudencia aludida, al sostener la Corte IDH, en el caso Suárez Rosero¹⁵⁰, y posteriormente en Castillo Petruzzi¹⁵¹, entre otros, que puede haber infracción al Pacto de San José *aun cuando el dispositivo normativo doméstico no haya sido aplicado en un asunto en concreto*.

En una apretada síntesis podemos concluir que, en las últimas épocas, este Tribunal efectuó como siempre el control de convencionalidad de los preceptos del Derecho doméstico aplicados al caso concreto; y también de aquellas reglas que, habiendo sido sancionadas -y vigentes-, no hubieran sido utilizadas en una causa determinada¹⁵².

6. Sobre qué normas internacionales debe ejercerse el control y quiénes lo ejercen

6.1. Quiénes ejercen el control

Como expresamos en oportunidades anteriores, en el caso Almonacid Arellano¹⁵³, quedó remarcada la pauta a la que hemos hecho referencia, en el sentido de que no sólo el Tribunal interamericano debe llevar a cabo la verificación de convencionalidad, sino que también los jueces locales pueden y deben cumplimentar esta tarea. Ello así porque -reiteramos- la intervención de los cuerpos supranacionales es *subsidiaria* y las actuaciones -por regla- deben ser analizadas en la instancia doméstica -control primario- sin perjuicio del eventual “salto” a los andariveles interamericanos. De ahí que el Pacto de San José imponga la necesidad de “agotar los derechos internos” (art. 46.1.a).

Sabido es que la Corte IDH ha ido desarrollando sus razonamientos, aclarando que la inspección de convencionalidad no sólo debe ser hecha por los jueces, sino por todo el Poder Judicial¹⁵⁴ y la totalidad de las autoridades y órganos del Estado¹⁵⁵. A la par quedó

¹⁴⁹ Corte IDH, Caso El Amparo vs. Venezuela, Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Voto disidente del juez CançadoTrindade, párr. 3.

¹⁵⁰ Corte IDH, Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 98. Apuntalando ese criterio véase también el voto razonado del juez CançadoTrindade en el caso “La Última Tentación de Cristo”: Corte IDH, Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 13.

¹⁵¹ Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999.

¹⁵² En definitiva, esta inspección de compatibilidad puede ejercitarse *preventivamente*, como en el caso de algunos tribunales constitucionales europeos (de jurisdicción concentrada).

¹⁵³ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, cit.

¹⁵⁴ Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, cit., p. 225.

dicho que los demás poderes, tanto el Ejecutivo como el Legislativo¹⁵⁶, sin tener la potestad anulatoria, deben ejercer la comparación y efectuar un balance dentro de sus ámbitos de competencia, haciendo valer las reglas que superen el test de convencionalidad. Esa pauta hermenéutica vale para cualquier persona que tenga a su cargo aplicar una regla jurídica¹⁵⁷. Esta extensión forma parte de la jurisprudencia reciente del Tribunal¹⁵⁸.

6.2. Sobre qué normas supranacionales se debe ejercitar el control de convencionalidad

Como hemos expresado repetidamente, tanto los órganos pertinentes domésticos como los jueces de la Corte IDH deben buscar la “compatibilidad” entre las normas y las prácticas locales y las supranacionales. En este aspecto cabe repetir que, cuando hablamos de estas últimas, no nos referimos sólo al Pacto de San José, sino a todos los Tratados internacionales ratificados por el país; al *ius cogens* y a la jurisprudencia de la Corte IDH.

Aquí volvemos a señalar que el contralor que se ejecuta en estas circunstancias no sólo apunta a las convenciones y tratados, sino a todo el plexo jurídico transnacional, es decir que se extiende también a los postulados del *ius cogens* y a los principios que lo rigen.

6.3. Sobre qué normas domésticas se debe ejercer la “comparación”

En puridad de verdad, la Corte no ha hecho una descripción respecto a qué tipo de preceptos locales deben ser inspeccionados, por lo que consideramos que cualquier regla de alcance general y abstracto (ley, decreto, ordenanza, actos administrativos, constituciones provinciales y nacional), tiene que estar incluida en el concepto aludido¹⁵⁹.

¹⁵⁵ El Consejo de Estado francés (que es el órgano administrativo supremo y la última instancia judicial en determinados ámbitos) ejerce también el control de convencionalidad y desde esa perspectiva ordenó por ejemplo retirar cuidados paliativos a un paciente en estado vegetativo (Vicent Lambert, Sentencia del 24 de julio 2014) llegando a la conclusión de que el Código de Seguridad galo es compatible con la Convención Europea de Derechos Humanos. MARRAMA, Silvia, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos analiza el control de convencionalidad en una sentencia del Consejo de Estado francés*, Revista El Derecho, Buenos Aires, 1 de septiembre de 2014, p. 1.

¹⁵⁶ Véase Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay, cit.

¹⁵⁷ García Ramírez, Sergio, *El control judicial interno de convencionalidad...*, cit., p. 126.

¹⁵⁸ Corte IDH, Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, cit. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer MacGregor, párr. 26.

¹⁵⁹ En el Caso Yatama vs. Nicaragua, cit., párr. 7, se trataba de leyes electorales que impedían a los indígenas participar como candidatos electivos. Véase también el caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, en el que la Corte señaló el deber de “[...] adoptar en su derecho interno las medidas legislativas, administrativas y de

En los países donde la doctrina jurisprudencial fijada por el Tribunal Constitucional o por la Corte Suprema es “obligatoria” para los inferiores, ella también reviste el carácter de “norma” o “ley” y, por ende, puede y debe ser incluida en el contralor al que nos venimos refiriendo.

De todos modos, repetimos que la Corte IDH ha dicho reiteradamente que la responsabilidad del Estado nace desde el momento mismo en que se emitió el precepto inconvencional, aunque no haya sido aplicado.

B. El derecho procesal transnacional y el principio de Convencionalidad

El trámite ante un órgano jurisdiccional como por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos implica el ejercicio del *derecho de acción*, con similares características -aunque con ciertas diferencias- al que se lleva a cabo frente a los tribunales domésticos; y el conjunto de normas que reglamenta al modelo transnacional, el *derecho procesal supranacional (o transnacional)* tiene por ende grandes semejanzas con el local, no obstante, algunos rasgos definidores.

Es dable afirmar que el proceso moderno no constituye un simple trámite regulado sólo en los códigos adjetivos, pues últimamente abarca instituciones como el derecho a la jurisdicción, el amparo, el hábeas corpus, que tienen notable raigambre constitucional y que se han ido incorporando a las Cartas Máximas. El pleito entonces se ha convertido en un instrumento para realizar uno de los derechos trascendentes del hombre, el derecho a la justicia, que no se concreta con la mera posibilidad de accionar, sino de acceder efectivamente a ella y obtener un fallo justo.

En los últimos tiempos, se ha acentuado en nuestro país la tendencia a que el Congreso Nacional regule cuestiones -procesales- que son competencia propia de las legislaturas provinciales, a los fines de estandarizar ciertos procedimientos y garantizar la aplicación del derecho de fondo de manera similar entre los distintos Estados miembros de la Federación.

cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo judicial que haga efectivo el derecho de los pueblos indígenas de Paraguay al derecho de propiedad de su hábitat tradicional o tierras ancestrales [...]”. Corte IDH, Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 201.

Recordemos que, conforme lo establece la Constitución Nacional, cada legislación provincial deberá darse sus propias instituciones adjetivas (Arts. 75 inc. 12 y 121 CN). Al respecto, podrán regular los trámites pertinentes para el debido reconocimiento de los derechos, sin interferencia de la Nación.

Destaca BERIZONCE que la tajante distinción entre las competencias para dictar las respectivas normas entró en crisis con la sanción del Código de Comercio en 1862 y especialmente, con el Código Civil de Vélez Sársfield de 1871, que incluyeron numerosos preceptos procesales. Tal mecanismo fue convalidado por la jurisprudencia y por las propias leyes posteriores, tales como las: 14.394; 17.418; 19.550; 19.551; etc.¹⁶⁰. Dicho esquema se vio potenciado con la aparición del nuevo Código Civil y Comercial (ley 26.944 -CCyC-), que entró en vigencia el 1° de agosto de 2015.

El fenómeno de transformación del Derecho Procesal se nota claramente con la aparición de esta nueva disciplina que regula el procedimiento internacional, de la que - como decía GROESPIELL¹⁶¹- poco se ha escrito, por lo que es necesario abordarla en forma autónoma, dejando en claro que no se diferencia esencialmente, de su rama madre, el derecho procesal, dado que se apuntoca en los mismos 'principios', aunque, con algunas variantes.

Este sector del derecho adjetivo no recibe una denominación única, algunos autores hablan de "*derecho procesal internacional*", mientras que otros de "*derecho procesal relativo a los derechos humanos*", y algunos -entre los que nos incluimos- hacen referencia al *derecho procesal transnacional (o supranacional) atinente a los Derechos Humanos*.

Lo cierto es que como con toda agudeza remarcó ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO¹⁶², el hecho de que se hayan puesto en funcionamiento tribunales internacionales que controlan el principio de convencionalidad, no autoriza a pensar que los preceptos que lo reglan tengan una esencia diversa de los que se ocupan del rito local; por ende -agrega- esta

¹⁶⁰BERIZONCE, Roberto Omar, *Poderes de la Nación para instituir normas procesales*, La Ley del 5 de abril de 2016, pág. 1. Véase HITTERS, Juan Carlos - HITTERS, Juan Manuel, *La prueba en el ámbito transnacional y el derecho procesal transnacional. Comparación con el derecho doméstico*, en obra colectiva, *La prueba: homenaje al Profesor Doctor Roland Arazi*, coordinador Jorge A. Rojas, Rubinzal-Culzoni Editores, 2016, p. 733.

¹⁶¹GROESPIELL, Héctor, *El procedimiento contencioso ante la Corte interamericana de Derechos Humanos*, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estudios y Documentos, IIDH, San José de Costa Rica, 1999, pág. 67.

¹⁶²ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *La protección internacional de los derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1975.

parcela no ha adquirido autonomía, como tampoco, para dar un ejemplo, la jurisdicción militar. Además, los derechos que custodia el sistema, son los mismos que los que tutela cualquier juicio doméstico. En todo caso la autonomía -acota aquel autor- estaría dada porque opera fuera de las fronteras locales¹⁶³.

Algo similar sucedió con el desarrollo histórico del Derecho Procesal en general, que fue considerado como un apéndice del derecho fondal durante mucho tiempo, hasta que en la era del Cientificismo (fines del Siglo XIX), comenzó -con marchas y contramarchas- su camino independentista, hasta adquirir el rango de ciencia autónoma¹⁶⁴. Desde ya que no podemos obviar que técnicamente existe, más que una independencia, una interdependencia entre el derecho adjetivo y el sustantivo.

Uno de los principios que iluminan este andarivel internacional es el de *informalidad*, que consiste, como vimos, en darle -en principio- validez a los actos, aunque posean ciertas deficiencias formales. Tal esquema ha sido receptado desde antiguo por la Corte Europea de Derechos Humanos, y reiterado por su similar americana, quien desde sus inicios enfatizó que en la jurisdicción que nos ocupa, “...la inobservancia de ciertas formalidades no siempre es relevante, pues lo esencial es que se preserven las condiciones necesarias para que los derechos procesales de las partes no sean disminuidos o desequilibrados...”¹⁶⁵. El procedimiento local no fue ajeno a esta ‘desformalización’, consagrando en algunas circunstancias, el principio de adecuación de las formas, por sobre el formalismo riguroso heredado de Roma, en pos de asegurar el debido proceso legal.

De todos modos, parece baladí repetir, que ello no significa que reine la anarquía. En efecto, en uno de sus primeros asuntos ya había dicho que las formas existen para apuntocar el derecho de defensa en juicio, con lo cual coincidimos. Por ello el paso ante la Comisión es -por regla- insoslayable, lo que significa que no se puede llegar a la Corte Interamericana -en el procedimiento contradictorio- sin transitar primero ante aquélla¹⁶⁶.

¹⁶³HITTERS, Juan Carlos, *Control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos. Efectos. (Valor vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, cit. Tomo I, pág. 19.

¹⁶⁴GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, Segunda Edición corregida, año 1962, pág. 81. VESCOVI, Enrique, *Teoría general del Proceso*, Editorial Temis, Segunda Edición, año 1999, pág. 34). CLARA OLMEDO, Jorge A., *Derecho Procesal*, Editorial Depalma, Tomo I año 1989, pág. 30.

¹⁶⁵ Corte IDH, Asunto de Viviana Gallardo y otras, sentencia del 15 de julio de 1981.

¹⁶⁶ Corte IDH, Asunto de Viviana Gallardo, cit.

Es decir, las etapas del referido proceso supranacional –al igual que en el ámbito doméstico- deben respetarse y solo pasar al siguiente segmento luego de concluido el anterior, salvo contadas excepciones legales o jurisprudenciales.

II. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. PARTICULARIDADES. PROGRESIVIDAD.

La terminología utilizada, esto es “control de convencionalidad”, fue manejada por primera vez, en el mencionado caso Myrna Mack Chang, en 2003, a través del voto razonado del Juez Sergio García Ramírez¹⁶⁷.

El 7 de diciembre de 2004, en el caso Tibi¹⁶⁸, dicho magistrado volvió a *poner la pica en Flandes* sobre esta problemática, sosteniendo, con buen tino, que la tarea de los jueces trasnacionales se asemeja a la de los tribunales constitucionales, ya que estos últimos inspeccionan los actos impugnados -disposiciones de alcance general- a la luz de las reglas, los principios y valores de las Leyes Fundamentales.

La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento, en relación con normas, principios y valores de los Tratados en los que funda su competencia contenciosa. A través del control de constitucionalidad, los cuerpos internos procuran conformar la actividad del poder público -y, eventualmente, de otros agentes sociales- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía¹⁶⁹.

En dicha oportunidad, el citado juez mexicano aclara que, del mismo modo que un Tribunal Constitucional no puede, ni debe pretender, traer ante sí todos los casos en que se cuestione la supralegalidad de actos y normas, “[...] un tribunal internacional de derechos humanos no aspira -mucho menos todavía que el órgano nacional- a resolver un gran número de litigios en los que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya ha dictado sentencias que expresan su

¹⁶⁷ Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, cit.

¹⁶⁸ Corte IDH, Caso Tibi vs. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004.

¹⁶⁹ *Ibídem*, Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 3.

criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar, esto es, las disposiciones del Tratado internacional que invocan los litigantes. Este designio, que pone de manifiesto una función de la Corte, sugiere también las características que pueden tener los asuntos llevados a su conocimiento”¹⁷⁰.

Lo expresado significa -en definitiva- que en el ámbito regional el país debe tener en cuenta “la jurisprudencia” de ese órgano supranacional y poner en marcha tales criterios en el campo doméstico.

En el caso *Raxcacó Reyes*¹⁷¹, la Corte IDH, llevando a cabo el “control de convencionalidad”¹⁷² entre el Pacto de San José y el Código Penal guatemalteco, consideró que este último infringía los postulados de aquél, por lo que dispuso que el país debería modificar esta norma punitiva, que permite la pena de muerte en determinadas circunstancias, y que, mientras no se cumpla con tal mandato jurisdiccional, “El Estado deberá abstenerse de dictar la pena de muerte y ejecutar a los condenados por el delito de plagio y secuestro [...]”¹⁷³.

En 2006, en el asunto *López Álvarez*¹⁷⁴, el juez García Ramírez volvió sobre esta temática cuando le tocó analizar el “plazo razonable” (arts. 7.5 y 8.1 del Pacto), sosteniendo que el “control de convencionalidad” debe explorar las circunstancias *de jure* y *de facto* del caso. Es posible que “el análisis jurídico sea relativamente sencillo, una vez establecidos los hechos acerca de los cuales se ha producido el litigio, pero estos pueden ser extraordinariamente complejos y hallarse sujetos a pruebas difíciles, necesariamente prolongadas o de complicada, costosa, azarosa o tardía recaudación. También puede suceder lo contrario: relativa claridad y sencillez de los hechos, en contraste con problemas severos en la apreciación jurídica o en la calificación de aquellos: pareceres encontrados, jurisprudencia cambiante, legislación incierta, razones atendibles en sentidos diferentes o discrepantes”¹⁷⁵.

¹⁷⁰ Ibidem, párr. 4.

¹⁷¹ Corte IDH, Caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005.

¹⁷² En este caso no se utilizó expresamente la frase “*control de convencionalidad*”.

¹⁷³ Corte IDH, Caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, cit., párr. 145.

¹⁷⁴ Corte IDH, Caso *López Álvarez vs. Honduras*, Sentencia de 1 de febrero de 2006.

¹⁷⁵ Ibidem. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 30.

En el caso Almonacid Arellano¹⁷⁶ -ahora- la Corte “en pleno” se ocupó de tal problemática -refiriéndose a delitos de lesa humanidad-, sosteniendo que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y obligados, por ende, a aplicar las normas vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando el Estado ha ratificado un Tratado, como el Pacto de San José, sus jueces *como parte del aparato Estatal, también están sometidos a ella*¹⁷⁷, lo que les obliga a velar para que los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas jurídicas contrarias a su objeto y fin. En otras palabras, “el Poder Judicial debe ejercer *una especie* de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas, que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete última de la Convención”¹⁷⁸ (cursivas añadidas).

Repárese en que, en el asunto referido, el Tribunal interamericano -en pleno- utilizó por primera vez la frase “control de convencionalidad”.

En el caso Vargas Areco¹⁷⁹, fallado en septiembre de 2006, nuevamente Sergio García Ramírez, en su voto razonado, trabajó sobre esta álgida cuestión hablando de *control de convencionalidad*¹⁸⁰.

Tales expresiones del juez apuntan a advertir que la Corte IDH debe confrontar las circunstancias internas, tales como actos administrativos, leyes, resoluciones judiciales, etc.; con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia -examen de compatibilidad- entre aquéllos y éstas¹⁸¹.

Desde esa vertiente, no debemos olvidar que “la lógica del modelo tutelar del Pacto de Costa Rica reside en la necesidad de apreciar la racionalidad, oportunidad, necesidad, pertinencia y proporcionalidad de determinados hechos desde la perspectiva de los derechos humanos: [...] esto es evidente y de ello se ha ocupado la jurisprudencia de la Corte Interamericana, cuando se trata de considerar los límites y restricciones para el ejercicio de los derechos o la suspensión de las obligaciones del Estado en esta materia.

¹⁷⁶ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, cit.

¹⁷⁷ Ibidem, párr. 124.

¹⁷⁸ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, cit., párr. 124.

¹⁷⁹ Corte IDH, Caso Vargas Areco vs. Paraguay, Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

¹⁸⁰ Ibidem, Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 6.

¹⁸¹ Ibidem, párr. 7

Cabe decir otro tanto del régimen de garantía establecido por la Convención -e inherente a las obligaciones naturales de un Estado en este ámbito-, al que también se pueden y deben aplicar aquellos patrones de apreciación para estimar su existencia y eficacia, y en este sentido, su correspondencia con la propia Convención”¹⁸².

El 24 de noviembre de 2006, en el caso de los Trabajadores Cesados, todos los jueces del Tribunal¹⁸³ abordaron esta cuestión de control de convencionalidad¹⁸⁴. Posteriormente, el entonces juez CançadoTrindade añadió conceptos en el mismo asunto en 2007, cuando se ocupó de la solicitud de interpretación de la sentencia¹⁸⁵.

Conviene reiterar que, en el citado caso de 2006, la Corte no habló ya de “una especie” de control, sino que directamente lo calificó como *control de convencionalidad*, lo que permite presumir que dicha terminología quedó anclada a partir de entonces en los andariveles de ese cuerpo.

En el segundo de los expedientes citados (solicitud de interpretación)¹⁸⁶, el juez CançadoTrindade¹⁸⁷, en su voto disidente, hizo un excelente análisis de la institución que venimos abordando, hablando -citando a CAPPELLETTI¹⁸⁸- *de la dimensión constitucional y de la dimensión supranacional del Derecho* (tema del que nos hemos ocupado en trabajos anteriores)¹⁸⁹. Sostuvo enfáticamente -y esto nos parece de mucha importancia- que la necesidad de agotamiento de los recursos efectivos del Derecho interno ¹⁹⁰ (art. 46.1.a CADH) integra la propia protección internacional de los derechos humanos (aquí vuelve a su voto de 2006 en el caso *de los Trabajadores Cesados*)¹⁹¹.

¹⁸² Ibidem, párr. 8.

¹⁸³ Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, cit.

¹⁸⁴ Ibidem, párr. 128.

¹⁸⁵ Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Sentencia de 30 de noviembre de 2007, Voto disidente del mencionado juez.

¹⁸⁶ Ídem.

¹⁸⁷ Ídem.

¹⁸⁸ CAPPELLETTI, Mauro, *La justicia constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*, México, UNAM, 1987, p. 239.

¹⁸⁹ Véase, HITTERS, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, cit., t. 1, p. 29, párr. 9, punto III, n. 33; HITTERS, Juan Carlos y FAPPIANO, Oscar, op. cit., t. I, vol. 1, p. 79, párr. 9, punto III. CAPPELLETTI, Mauro, *Acceso a la Justicia*, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, año XXIII, núm. 41 y, del mismo autor, *GiustiziaCostituzionaleSoprannazionale*, Rivista Di DirittoProcessual, año XXXIII, t. II, 1978.

¹⁹⁰ Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, cit., t. II, pp. 348 y ss.

¹⁹¹ Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso, Solicitud de Interpretación de la Sentencia, cit. Voto concurrente razonado del juez CançadoTrindade, párr. 11.

El juez referido sostuvo allí que el artículo 2 del Pacto, al imponer esa obligación de “armonización” entre el Derecho nacional y el internacional, se abre el camino para una “constitucionalización” de una *convención supranacional*¹⁹².

El 20 de septiembre de 2007, en el caso *Boyce*¹⁹³, la Corte se ocupó nuevamente de esta temática¹⁹⁴, observando que en la Jurisdicción interna se había hecho un análisis puramente constitucional de la cuestión litigiosa en la cual no se tuvieron en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme al Pacto de San José. Se dijo allí que, de acuerdo con la Convención de Viena (art. 26), el Estado debió cumplir de buena fe con sus obligaciones convencionales, “[...] y no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales [...]”¹⁹⁵.

Ejemplificando, y con un tono docente, se señaló allí que la Jurisdicción interna no se debió limitar a evaluar si la norma local era constitucional o no, ya que la Corte de Justicia del Caribe (último órgano doméstico) también debió decidir si la ley de Barbados, esgrimida en las sentencias locales, *violó o no la Convención*¹⁹⁶.

En el caso *Heliodoro Portugal*¹⁹⁷, referido a la desaparición forzada de personas, el Tribunal en cita añadió que, a través de lo que se denomina *control de convencionalidad*, cada juzgador debe velar por el “*efecto útil*” de los instrumentos internacionales; por ende, el Derecho doméstico -como dijimos- *debe adecuar* sus normas al Pacto de San José (arts. 1.1 y 2 CADH).

La Corte ha interpretado que la “adecuación” de los preceptos locales “[...] implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio; y ii) la

¹⁹² Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, cit.

¹⁹³ Corte IDH, Caso *Boyce* y otros vs. Barbados, Sentencia de 20 de noviembre de 2007.

¹⁹⁴ Se trataba de una sentencia que dispuso la pena de muerte de dos personas, y una norma del Derecho interno de Barbados no permitía a los tribunales que declararan la inconstitucionalidad de dicha máxima sentencia.

¹⁹⁵ Corte IDH, Caso *Boyce* vs. Barbados, cit., párr. 77.

¹⁹⁶ Corte IDH, Caso *Boyce* vs. Barbados, cit., párr. 78.

¹⁹⁷ Corte IDH, Caso *Heliodoro Portugal* vs. Panamá, Sentencia de 12 de agosto de 2008, párrs. 180 y 181.

expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”¹⁹⁸, criterio que ya había sido fijado con anterioridad.

III. PRINCIPIOS O ESTÁNDARES DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH QUE DEBEN CUMPIRSE EN EL ÁMBITO DOMÉSTICO

A. Principios o estándares jurisprudenciales

Sin ocuparnos -por ahora- del tema de la vinculatoriedad de los fallos del Tribunal de Costa Rica, nos parece indispensable dejar en claro que dicho órgano ha reiterado -al juzgar un caso sobre la aplicación de la Ley Antiterrorista a la comunidad indígena mapuche- que las autoridades judiciales domésticas deben aplicar los *estándares o criterios establecidos* por ese cuerpo para garantizar el derecho de defensa en ejercicio del control de convencionalidad¹⁹⁹.

Por ejemplo, en el ámbito de la protección de testigos (relativa a la reserva de identidad), ha destacado -como estándar- que esa posibilidad debe llevarse a cabo como medida excepcional sujeta a control judicial en base a los principios de necesidad y proporcionalidad, y que ese medio de prueba no debe ser utilizado de manera decisiva para fundar una condena.

En el mismo cuadrante y con respecto, por ejemplo, a la “prisión preventiva”, señaló enfáticamente que dicho instituto debe manejarse conforme a los *criterios o estándares* señalados por el Tribunal regional²⁰⁰; lo mismo expresó en lo atinente a la posibilidad de ejercer el derecho a recurrir un fallo (art. 8.2.h CADH)²⁰¹. Puede concluirse entonces que las autoridades judiciales que ejercen el control de convencionalidad en los respectivos países *deben tener en cuenta los estándares o criterios que dicho cuerpo regional establece en sus fallos*, en los diversos temas.

¹⁹⁸HITTERS, Juan Carlos, *Control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos. Efectos*, cit., T. I, p. 179. Véase Corte IDH, Caso Heliodoro Portugal, cit., párr. 180.

¹⁹⁹ Corte IDH, Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, Sentencia de 29 de mayo de 2014, párrs. 242, 247-436.

²⁰⁰ Ibidem, párrs. 307, 312 y 464.

²⁰¹ Ibidem, párrs. 298 y 460 *in fine*.

En definitiva, la Corte viene reiterando que resulta necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías se apliquen adecuándolas a los estándares o criterios establecidos por su jurisprudencia²⁰².

B. Positivación constitucional de los principios o postulados fundamentales sobre derechos humanos

En las últimas tres décadas, las Constituciones de los países de nuestro sistema regional -y cada una a su manera- han comenzado a positivizar -en su seno- los postulados de interpretación básicos en el campo de los derechos humanos, tales como: la “interpretación conforme”, el “principio de progresividad” y el “postulado *pro homine*”. Ello implica dar directrices precisas a los órganos nacionales cuando tienen que llevar a cabo el control de convencionalidad interno. De todos modos, como bien dice NOGUEIRA ALCALÁ²⁰³: operan como elementos básicos de toda interpretación de derechos fundamentales, y valen, aunque no se encuentren positivadas dentro de la propia Constitución. Ello así por la imprescindible aplicación del artículo 29 de la CADH, que en todos los países integra el Derecho interno y es de preferente aplicación con respecto a las fuentes formales que nacen del Derecho local.

En este aspecto, el ente jurisdiccional interamericano ha determinado que las interpretaciones que él ha efectuado en el control de convencionalidad han sido, en general, seguidas por los tribunales de más alta jerarquía de la región, tales como los de Bolivia, Perú, Argentina, Colombia, México, Costa Rica y República Dominicana. En tal orden de ideas, expresó que es necesario que tanto las interpretaciones judiciales y administrativas como las garantías se apliquen en el orden local adecuándose a los principios establecidos por la propia jurisprudencia del Tribunal regional²⁰⁴.

²⁰² Corte IDH, Caso Furlan y familiares vs. Argentina, Sentencia de 31 de agosto de 2012, párr. 305.

²⁰³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, Nueva Serie, año XLV, núm. 135, septiembre-diciembre de 2012, p. 1177.

²⁰⁴ Corte IDH, Caso Furlan y familiares vs. Argentina, cit., párr. 305. Cfr. Corte IDH, Caso López Mendoza vs. Venezuela, cit.; Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, cit., párr. 284; en este caso, la Corte IDH destacó que era de particular relevancia la necesidad de tener en cuenta las situaciones de vulnerabilidad que pueda afrontar una persona, especialmente cuando se trate de menores de edad o con discapacidad con la finalidad de que se les garantice un trato preferencial respecto de la duración de los procesos judiciales, sobre todo en los que se disponga el pago de indemnizaciones.

En definitiva, podemos decir que las referidas Cortes Supremas han enclavado entre sus andariveles ciertos estándares o principios relativos a los derechos humanos, lo que ha significado un importante avance regional.

A todo evento puede añadirse que en los países donde no ha ocurrido la positivación constitucional, los estándares y pautas aludidos igual se aplican en el campo doméstico a través del principio *pro homine*, instaurado en el citado artículo 29 de la CADH, que forma parte -como vimos- del Derecho interno.

C. Principio de subsidiariedad

Como hemos dicho -varias veces-, el Sistema Interamericano, a través del Pacto de San José, funciona -respecto del control de convencionalidad- bajo el modelo de la subsidiariedad (art. 46.1.a).

Al respecto, debe recordarse, como lo ha establecido el mencionado Tribunal con sede en Costa Rica que, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno [...], antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”²⁰⁵. Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia más actual bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un *control de convencionalidad*²⁰⁶.

Se expresó allí que la excepción al principio de subsidiariedad se da justamente cuando no existe en la legislación interna el debido proceso legal (art. 46.2.a CADH)²⁰⁷, o no se haya permitido al denunciante el acceso a la Justicia doméstica, o se haya impedido su agotamiento (art. 46.2.b CADH).

²⁰⁵ Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú, cit., párr. 66

²⁰⁶ Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, Sentencia de 30 de noviembre de 2012, párr. 142, Corte IDH, Caso Brewer Carías vs. Venezuela, cit. Voto conjunto disidente los jueces Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 63. HITTERS, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos. Influencia de los tratados en el derecho interno. Responsabilidad de los Jueces*, Instituto de Estudios Judiciales, SCJBA, Buenos Aires, 2009, p. 15.

²⁰⁷ Ibidem, párr. 65.

No debemos olvidar que, para que se cumpla a cabalidad el principio de “agotamiento de los recursos internos”, el órgano doméstico que debe decidir no puede tener limitaciones de hecho o de derecho que le impidan agotar la cuestión en profundidad. Por ello, la Corte IDH ha señalado que no hay revisión judicial válida si quien debe hacerla está impedido de determinar el objeto principal de la controversia, como podría suceder en casos en que se considere limitado por las determinaciones fácticas o jurídicas realizadas por otro órgano que hubieran sido decisivas en la resolución del caso²⁰⁸.

En el asunto Brewer Carías, la Corte IDH -por mayoría- desestimó una demanda propuesta por la Comisión, por entender que el denunciante no había transitado todas las vías domésticas; empero, la minoría, integrada por los jueces Manuel Ventura Robles y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, sostuvo que dicha defensa tendría que haber sido desestimada, por lo que ese cuerpo regional debió entrar a analizar el fondo de la cuestión, sin retrotraer el caso²⁰⁹.

IV. DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE CONVENCIONALIDAD. CONCLUSIONES

De lo dicho se infiere la notable *influencia que han ejercido en el Derecho interno los tribunales internacionales y, por ende, la aplicación de los tratados y de los pronunciamientos de los órganos del Pacto de San José.*

Es trascendente ver cómo las directivas emitidas por estos cuerpos supranacionales se han derramado en el ámbito doméstico y, en paralelo, se observa la importancia del contralor heterónimo por parte de la Comisión y de la Corte que han terminado por inspeccionar el acatamiento de los Estados a las convenciones internacionales y en particular -y por vía indirecta- el de las propias decisiones de los jueces locales²¹⁰.

Todo ello ha logrado verdaderas mutaciones en los ordenamientos de los diversos países sujetos a este régimen, tanto de origen *sustancial* como *adjetivo*; por ejemplo, a

²⁰⁸ Ibidem, párr. 204; Corte IDH, Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, cit. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 43; cfr. Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay, Sentencia de 13 de octubre de 2011, párr. 204.

²⁰⁹ Corte IDH, Caso Brewer Carías vs. Venezuela, cit., párr. 144.1.

²¹⁰ HITTERS, Juan Carlos, *Los tribunales supranacionales*, cit.

través del pronunciamiento en el caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos)²¹¹, Chile tuvo que corregir hasta su propia Constitución.

En 2005, en el caso Palamara Iribarne vs. Chile²¹², la Corte IDH ordenó dejar sin efecto sentencias condenatorias dictadas en 1995 por la Corte Marcial de la Armada, que habían dispuesto la prohibición de la publicación de un libro que abordaba aspectos relacionados con la inteligencia militar. Aquel Tribunal dijo, en paralelo, que el Estado debía permitir la edición de dicha obra²¹³. En 2006, en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, citando a Barrios Altos, reiteró el criterio de la imprescriptibilidad de las leyes de amnistía y dejó en claro enfáticamente que en el Derecho interno el Estado debe *‘dejar sin efecto’* las resoluciones y sentencias dictadas sobre esta problemática -que permitían la impunidad- y remitir las actuaciones a la Justicia ordinaria, para que dentro de un pronunciamiento penal se identifique y sancione a todos los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano²¹⁴.

En 2006, en el caso Claude Reyes y otros vs. Chile²¹⁵, la Corte IDH condenó a dicho país trasandino a modificar su legislación doméstica por resultar inconvencional. En efecto, la Comisión Interamericana presentó una demanda con el fin de que se declarara que el Estado fue responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 13 (libertad de pensamiento y expresión) y 25 (derecho a la protección judicial). Señaló en su pretensión liminar que las autoridades locales se habían negado a brindar a Marcel Claude Reyes y otros la información requerida ante el Comité de Inversiones Extranjeras con referencia a una empresa forestal relacionada con un proyecto de deforestación; por ser perjudicial -según los denunciantes- para el medioambiente e impedir el desarrollo sostenido de Chile. Finalmente, la Corte -como adelantamos- determinó hacer lugar a dicha pretensión e indicó que se debía adecuar el Derecho interno para posibilitar la publicidad de los actos de gobierno.

²¹¹ Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, cit.; Caso Barrios Altos vs. Perú, cit.; Caso La Cantuta vs. Perú, cit., y Caso Tribunal Constitucional vs. Perú, cit.

²¹² Corte IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile, cit., párr. 9.

²¹³ El señor Humberto Palamara Iribarne escribió el libro aludido que supuestamente dañaba la imagen de la Armada chilena, por lo que en el orden interno se dispuso la eliminación del texto del disco duro de la computadora personal de Palamara Iribarne. Corte IDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, cit., párr. 2.

²¹⁴ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, cit., párr. 148. Véase el dictamen del perito propuesto por la Comisión, Humberto Raúl Ignacio Alcalá Nogueira, quien hace un detallado análisis del derecho interno Chileno, párr. 72, c.

²¹⁵ Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006.

Acatando tal decisorio, Chile dictó una ley disponiendo que a partir de abril de 2009 -cuando entrare en vigor dicha normativa- el requerimiento de información hecho por cualquier ciudadano a un organismo público, sobre una resolución de su área, deberá ser respondido en un máximo de 20 días²¹⁶. De esa forma, el fallo sentó jurisprudencia reconociendo por primera vez el derecho de acceso a la información pública como pauta fundamental y parte de la columna basal del sistema democrático²¹⁷, extensible -según creo- a todo el ámbito interamericano, en la medida en que se den circunstancias fácticas similares.

Recuérdese también que como vimos, en Guatemala, la Corte IDH suspendió la pena de muerte en un asunto concreto a través de una medida provisional. En el mismo sentido, el más alto cuerpo judicial argentino -siguiendo dichas pautas- ha permitido la modificación de sentencias que habían pasado en autoridad de cosa juzgada en el sector local, o la aplicación retroactiva de la ley penal en perjuicio del acusado (“Bulacio”, “Simón”). Este Tribunal, en el caso *Casal*²¹⁸, pegó un verdadero brinco para responder a lo normado en el artículo 8.2.h del Pacto de San José (en cuanto a la doble instancia) ampliando -por vía jurisdiccional- la competencia de la Cámara de Casación Penal atribuyéndole tareas casi propias de la alzada²¹⁹.

Bajo tal óptica, no olvidemos que la Corte de la Nación, poniendo en juego la jurisprudencia internacional, ha dado instrucciones a los jueces inferiores para que eviten el agravamiento de las condiciones carcelarias y, aún más, intimó a los poderes Legislativo y Ejecutivo bonaerenses para que adecuen la legislación procesal y las prácticas a los estándares nacionales e internacionales (“Verbitsky”).

Todas estas decisiones de los cuerpos supranacionales -especialmente las de la Corte- han servido de alguna manera, según dice Marcel STORME, para *uniformar la jurisprudencia regional*, tal como sucedió en el Viejo Continente. Ese autor ha señalado con mucha claridad que a través de la interpretación hecha por el Tribunal del Tratado de

²¹⁶ En Argentina, el decreto 1172/2003 obligó al Poder Ejecutivo a dar información en los casos que le sea solicitada.

²¹⁷ La sentencia no sólo mandó a dar la información denegada, sino también a crear las herramientas que garanticen el *derecho a la información*. De ahí la normativa dictada con vigencia a partir de abril de 2009.

²¹⁸ Véase MORELLO, Augusto Mario y GONZÁLEZ CAMPAÑA, Germán, *Reformulación de la casación penal*, La Ley, Suplemento Penal, 2005, p. 16.

²¹⁹ CSJN. “Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa”, causa número 1681. C. 1757. XL. Fallo de 20 de septiembre de 2005.

Roma -con sede en Estrasburgo-, en especial del artículo 6 -similar al artículo 8 del Pacto de San José-, más de 800 millones de habitantes pertenecientes al Consejo de Europa se encuentran bajo la influencia de ese Tribunal internacional. Por ello señalamos que, en verdad, la Corte Interamericana, en el campo doméstico, ha jugado un papel que podríamos llamar “*casatorio*”²²⁰ imponiendo indirectamente cierta hegemonía en la interpretación de la Convención y de otros tratados²²¹; y ha supervisado inclusive el cumplimiento de sus propios fallos²²².

Conviene reiterar que estos decisorios judiciales son obligatorios para los Estados en cada caso concreto, de conformidad con los artículos 62.3 y 68 del Pacto de Costa Rica y la jurisprudencia del Tribunal regional que hemos citado.

Desde este cuadrante, la Corte IDH ha puesto de relieve reiteradamente que la obligación de acatar sus pronunciamientos corresponde al principio básico del Derecho de la responsabilidad internacional de los países²²³, apoyado en la jurisprudencia internacional, según la cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*)²²⁴.

Como lo ha remarcado ese Tribunal, y tal cual surge “[...] del artículo 27 del de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, *los Estados no pueden por razones de orden interno dejar de atender la responsabilidad internacional ya establecida*”²²⁵ (cursivas añadidas).

Sin perjuicio de ello, también debe tenerse presente que la jurisprudencia de este órgano de la OEA -y en algunos pronunciamientos la de la Comisión-²²⁶ está revestida de cierto valor vinculante “en general” (no hablamos ya del caso concreto) *o, por lo menos,*

²²⁰ En sentido lato.

²²¹ Véase, ALBANESE, Susana, *Supervisión e incumplimiento de sentencias nacionales e internacionales. Problemas estructurales*, JA, fascículo 10-2005, pp. 3-17.

²²² Morello sostiene que las Cortes Supremas nacionales no son ya instancia última y que la eventual revisión de sus pronunciamientos definitivos sucede en una instancia internacional. MORELLO, Augusto Mario, *Estudios de derecho procesal*, La Plata-Buenos Aires, Librería Editora Platense/Abeledo-Perrot, 1998, t. II, p. 1209.

²²³ Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá..., cit.

²²⁴ La Corte IDH ha dicho que la responsabilidad del país -por el principio de continuidad del Estado- se origina con independencia de la época en la que se cometieron las violaciones. Véase Corte IDH, *Caso Yvon Neptune vs. Haití*, Sentencia de 8 de mayo de 2008, párrs. 41 y ss.

²²⁵ Corte IDH, Caso Liliana Ortega y otras vs. Venezuela. Medidas provisionales respecto de Venezuela de 4 de mayo de 2004.

²²⁶ HITTERS, Juan Carlos, *Criterios establecidos por los órganos jurisdiccionales de los sistemas interamericano y europeo*, La Ley 2003-D, p. 1373, AR/DOC/10178/2003.

deben servir de guía para la interpretación de la Convención por parte de los tribunales argentinos.

Por ello, es posible reiterar que las sentencias de la Corte IDH son atrapantes no sólo para el caso juzgado, sino también, como ha sucedido en Perú, deben servir de guía para todo el Estado en asuntos similares (por ejemplo, Barrios Altos, Tribunal Constitucional y La Cantuta), pauta que hemos denominado “*efecto expansivo*”.

Por lo que se refiere a la vinculación general de la doctrina legal de los fallos de la Corte IDH, el tema es discutible, aunque nosotros creemos que tiene valor *erga omnes*, ya que el incumplimiento de los tratados y de las directivas de los órganos del Pacto de San José imponen, a la postre, la responsabilidad internacional del Estado (arts. 1.1 y 2 CADH) en cualquiera de sus tres poderes (art. 27 de la Convención de Viena).

Hemos visto que, del modelo de *control de convencionalidad*, que impera en el sistema interamericano (*corpus iuris interamericano*) surgen varios principios que se infieren: de los convenios y pautas de la costumbre internacional (*ius cogens*), de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y de la Corte regional de Costa Rica, en su desarrollo progresivo (art. 26 CADH). Ello partiendo de la base que la persona humana es siempre la legitimada activa; y el Estado el legitimado pasivo, que es quien debe “*cumplir*” y “*hacer cumplir*” los postulados de la convencionalidad. Todo ello sobre la base de los *principios* que imperan en este campo.

Señalamos varias veces que estos “*principios*” orbitan bajo las siguientes pautas: 1) subsidiaridad, 2) legitimación del individuo, 3) interpretación conforme, 4) margen de apreciación nacional y 5) control de convencionalidad en abstracto y de oficio (según las circunstancias del caso).

Además, rigen los *principios procesales* que imperan en el sector doméstico y los que resultan del Pacto de San José de Costa Rica, del Reglamento y del Estatuto, tanto de la Comisión como de la Corte IDH (arts. 8 y 25 CADH); y de la jurisprudencia de la Corte regional. Por ello hablamos del *Derecho Procesal Transnacional* que es el que regula toda esa tramitación (véase párrafo I, B de este trabajo)²²⁷.

²²⁷ Completan este trámite los principios de contradicción, intermediación, economía procesal, oralidad, publicidad e información.

Ello significa que las autoridades domésticas de los tres poderes deben manejarse con los aludidos estándares, iluminados por el postulado de la convencionalidad²²⁸.

A modo de conclusión vale la pena repetir que los fallos del tribunal regional interamericano son obligatorios para el caso concreto (arts. 62.3 y 68.1 CADH).

A su vez la *'interpretación'* que hace la Corte de marras sobre el Pacto de San José de Costa Rica es vinculante para todos los países adheridos a la CADH, aunque no sean parte en el trámite ante la Corte Interamericana²²⁹.

Se trata -dice ese Tribunal- de la eficacia obligatoria de sus sentencias con una vinculación indirecta *erga omnes*, como estándar *interpretativo* mínimo de la efectividad de la norma convencional. Esto significa -agrega el fallo- que la totalidad de las autoridades domésticas deben aplicar no sólo el principio convencional -que surge del Tratado- sino la norma convencional interpretada por la Corte IDH²³⁰.-

²²⁸HITTERS, Juan Carlos e HITTERS, Juan Manuel, *La prueba*, ob. cit., pág. 733. Ídem HITTERS, Juan Carlos, *Control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos*, ob. cit., Tomo I, p. 38. Los principios se aplican en el proceso ante la Corte IDH.

²²⁹Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 42 a 43.

²³⁰HITTERS, Juan Carlos y FAPPIANO, Oscar L., *Derecho internacional de los derechos humanos*, cit., Tomo II, p. 273 y p 458.

REGLAS PARA UN SISTEMA COLABORATIVO, COOPERATIVO Y COMPOSICIONAL.

Por José María SALGADO*

1.- Un nuevo paradigma.

Muchas veces las cuestiones más obvias y evidentes resultan las más complejas de abordar. Tenemos delante de nuestros ojos el problema y decidimos no verlo. La idea consiste en negar lo que nos disgusta y de ese modo fingir que no existe. La mala noticia es que ese no sólo no es el camino de la solución, sino que probablemente la postergación haga crecer con el paso del tiempo las dificultades.

En el ámbito del proceso civil desde hace muchos años se discute un tema titulado “Reforma procesal civil”, que no sólo no termina de concretarse, sino que en muchas ocasiones carece de un hilo que conduzca su avance, dejando su realización merced a impulsos circunstanciales, no orgánicos, atomizados y eventuales.

Todos sabemos que *aggionar* el servicio de justicia a las necesidades del siglo XXI es una cuestión necesaria y, en algunos casos, urgente, pero no tenemos un hoja de ruta en común a seguir; es decir, un proyecto compartido por la mayor parte de la comunidad científica, forense, política y la ciudadanía en general. Y, si hay una ruta es porque nos conduce a algún lugar. ¿Cuál es dicho destino? ¿Sobre qué paradigma estamos trabajando?

Son preguntas difíciles de responder, pues imponen un acuerdo general, en principio, entre las personas dedicadas a su estudio, que además debe ser mantenido en el tiempo, para intentar ordenar los cambios en miras a un objetivo. Por eso es necesario preguntarse, ¿cuál es el sentido que deben seguir los cambios?, ¿se vinculan adecuadamente las innovaciones con las metas mediatas a lograr?

* Abogado, especialista Derecho de Daños, Universidad de Buenos Aires (UBA); Secretario de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil; Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y Profesor asociado Universidad Nacional de José C. Paz (UNPAZ).

Enseña Falcón que “El objetivo debe describir claramente una situación específica, marcando con claridad cada uno de los elementos que la componen, el ordenamiento sistemático de ellos (es decir la interrelación) y los beneficios que se pretenden obtener con el nuevo estado de cosas. Como se trata de una descripción, debe hacerse de tal manera que de su exposición y contenido surja una imagen fija o en movimiento del fin deseado. El objetivo también se define como metas, resultados o producto, los que pueden ser finales o globales, totales o segmentados, etc.”²³¹

Básicamente se trata de establecer cómo la comunidad, los ciudadanos de a pie, desean resolver los conflictos y cuáles son las posibilidades humanas y materiales para llevarlo a cabo.

El objetivo trascendente del cambio, aquello en lo que anclaremos el tiempo y los esfuerzos, el dinero a invertir, la innovación coyuntural y/o estructural, debería estar enunciado claramente desde el comienzo y debería ser el horizonte o punto de llegada que genere el movimiento de avance y brinde un grado razonable de entropía en el sistema antes de hacerlo interactuar con el entorno.

El punto de partida, necesario, es generar un contexto en el que las personas vuelvan a confiar en el servicio de justicia, mediante la estabilidad en su conformación y prestaciones, la transparencia en las políticas mediante las cuales se lo administra y trascendencia de los cambios que se propongan para proveer un proceso acorde al contexto social en el cual se desarrolla²³².

El paradigma que considero adecuado para lograr un sistema que se amolde a las necesidades de la sociedad en la actualidad, es aquel en el que las partes del proceso judicial, especialmente sus abogados y los jueces, tengan actitudes colaborativas para trabajar con el conflicto; para ello es necesario establecer reglas cooperativas, con el objetivo central de que los conflictos terminen por la composición, antes que –como sucede

²³¹Falcón, Enrique M., *Sistemas y proceso*, LL, 2022-E, 68.

²³² Algunas ideas sobre esta problemática las trabajé en *Innovación y proceso civil. Apuntes para la construcción de un sistema colaborativo, cooperativo y compositivo*, Revista de Derecho Procesal, Gestión e innovación en el proceso 2023-1, Editorial Rubinzal-Culzoni, p. 49/71.

actualmente- un tercero deba imponer una decisión dirimente que, eventualmente, será necesaria en ciertos casos²³³.

2.- El sistema de justicia en su contexto histórico.

Los sistemas procesales, desde el punto de vista histórico, siempre se han amoldado a la ideología social dominante. Es posible identificar una época, segunda mitad del siglo diecinueve, en el que imperaba un contexto de un férreo liberalismo, en el cual los jueces como representantes del Estado tenían un rol de espectadores, sin intervenir en la secuencia mediante la cual las partes batallaban para dirimir sus conflictos. Luego, promediando el siglo veinte, llegó una etapa de mayor intervencionismo estatal, de la mano de la operatividad de nuevos derechos sociales propios del estado de bienestar, en la cual se enfrentó las profundas desigualdades que acarrearaba la libre competencia y se exigió a los jueces equilibrar la balanza de la justicia y moralizar la secuencia del proceso civil²³⁴. Esas tendencias se originaron en diversos momentos como una forma de administrar el poder dentro del Estado. También abarcaron distintos ámbitos, como la economía, la política, la educación y, por supuesto, el sistema de justicia.

Actualmente, sintetizando la explicación dado que el objeto de este trabajo es referirme a algunas reglas procesales, el sistema jurídico sostenido por la Constitución Nacional reformada en 1994 y por el CCyC se basa en principios que exigen a los jueces la construcción de decisiones para la solución del caso concreto, asumiendo la imposibilidad de prever una norma para dar solución a cada conflicto.

Es un modo de afrontar la diversidad, en el que se hace necesario abandonar definitivamente la idea de que la jurisdicción queda fuera de la creación del derecho. En su lugar debe reconocerse que el ordenamiento positivo es constantemente reinterpretado de acuerdo a los casos que se van presentando y se conjuga con la forma mayormente aceptada de entender el presente como algo etéreo, volátil, sujeto al cambio constante. Es también un modo de entender el ejercicio de la libertad.

²³³Calvo Soler, Raúl, Rojas, Jorge A., Salgado, José María, El proceso articulado, Hacia un proceso cooperativo, colaborativo y compositivo, Santa Fe, RubinzalCulzoni, 2022.

²³⁴ Salgado, José María, Proceso, ideologías y conflicto, Ponencia General del XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, 2017, Santiago del Estero, RubinzalCulzoni.

Es bueno y necesario hacer notar que el sistema procesal civil se encuentra, aún en la actualidad, montado sobre la idea de la protección de la *litiscontestatio*²³⁵. Históricamente debemos remontarnos al Derecho romano. Sea al procedimiento de las acciones de la ley –*legisactiones*– que rigió durante la monarquía y la república (449 a.C. a 17 a.C.), con un esquema no tan similar al actual; al procedimiento formulario, vigente en la época monárquica y luego en la república (130 a.C. a 342 d.C.), donde significaba el momento en que quedaba definido el juicio o; en el procedimiento extraordinario, con bastante similitud a lo que sucede en la actualidad, dado que remitía a la notificación de la demanda al demandado, en el cual la cuestión litigiosa se convertía en el objeto del proceso.

Este último procedimiento, el extraordinario, entró en vigencia durante el gobierno del emperador Diocleciano, entre el año 284 y el año 305 y fue el último que rigió luego de la derogación del procedimiento formulario. Es decir, más allá de su nombre, era el proceso habitual que se utilizaba. Y así fue pasando distintas épocas, hasta llegar a la nuestra por la recepción en la legislación de los lineamientos de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855.

Desde el punto de vista teórico, la *litiscontestatio* generó el debate sobre la naturaleza contractual o cuasicontractual del, entonces, procedimiento ante los tribunales²³⁶. Estos debates, con el tiempo, fueron largamente superados, especialmente a partir de la conceptualización del proceso como un instrumento del Derecho público²³⁷.

En la regulación del sistema procesal actual perdura, casi dos mil años después, el mecanismo de *litiscontestatio*, aun habiendo superado la ciencia procesal las teorías contractualistas sobre el proceso²³⁸. El interrogante que aparece como evidente es, en qué

²³⁵Fairén Guillén, Víctor, Una perspectiva histórica del proceso: la “*litiscontestatio*” y sus consecuencias, en Estudios de derecho procesal, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 13/57.

²³⁶ Ver la evolución en Picó I Junoy, Joan, Estudios sobre el Proceso y la Justicia, vol. I, Palestra, 2023, p., 72/80.

²³⁷ La teoría de la relación jurídica fue inicialmente formulada por von Bülow, Oskar, La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales, El Foro, Buenos Aires, 2008. Posteriormente James Goldschmidt formuló la teoría de la situación jurídica, Goldschmidt, James, Principios generales del proceso, Buenos Aires, EJE, 1961. Ha habido otras teorías que se han ocupado de la naturaleza, concepto esencialista siempre difícil de conocer. Sin embargo, no se ha vuelto a poner en duda la pertenencia del estudio del proceso al Derecho público.

²³⁸ Ver art. 331 del CPCCN, que es seguido por gran parte de los ordenamientos provinciales y de América latina.

medida es necesario mantenerlo o; si no será útil flexibilizar sus condiciones para poder avanzar a hacia un sistema con mejor receptividad de los conflictos.

Su razón de ser era obligar a las partes a proseguir el pleito hasta su conclusión, sin poder modificar la demanda sin el consentimiento del demandado²³⁹; mantener la eficacia de la litispendencia que provoca la *perpetuatio objectius*²⁴⁰; evitar la indefensión del demandado y; contrarrestar la mala reputación o *diffamatio judicialis* que puede suponer tener un proceso en contra.

No hace falta remontarnos a la Roma imperial para comparar las condiciones de vida de la comunidad a la cual viene a servir el modelo procesal, alcanza con comparar algunas circunstancias de la cotidianeidad de la sociedad –al menos en las grandes urbes argentinas- de 1968 cuando el CPCCN entró en funcionamiento.

La idea de familia era sumamente acotada, no había posibilidad de divorciarse, tampoco de interrumpir voluntariamente los embarazos, los derechos de las mujeres estaban olvidados, las personas con capacidades diferentes eran consideradas en enfermas y no vulnerables. Los jóvenes tendían a estudiar carreras tradicionales (médico, abogado, contador y/o arquitecto) y era habitual que las personas mantuvieran un único empleo muchos años. La libertad sexual era considerada una aberración, las personas vivían su sexualidad a escondidas sin mostrar sus elecciones por la condena social que ello irrogaba. Los hombres estaban obligados a realizar el servicio militar, se podía ejercer el derecho a voto, alguna vez sí y otra vez no, pues los gobiernos democráticos alternaban con las dictaduras militares²⁴¹; existía la “paralegalidad”, pues ya se registraban desapariciones y fusilamientos de personas por parte de organizaciones montadas desde el propio Estado²⁴². Existía un monopolio de la información, las noticias llegaban en los diarios impresos en papel y se podían ver algunos canales 3 o 4 en la televisión en blanco y negro o escuchar los programas radiales.

²³⁹Fairén Guillén, Víctor, ob. cit., p. 109/110.

²⁴⁰ Ver las citas de Málaga y de Guasp y un desarrollo amplio del tema en Picó I Junoy, Joan, ob. cit., p. 375/448.

²⁴¹ El propio CPCCN fue dictado en el gobierno militar de Juan Carlos Onganía que fuera organizador de la “Revolución Argentina” que derrocara al Presidente Illia en junio de 1966. En su discurso de asunción pronunció la frase: “esta Revolución no tiene plazos, tiene objetivos”. Lo vislumbraba la perpetuidad de su programa dictatorial.

²⁴² Me remito a los sucesos del 9 de junio de 1956.

En la actualidad, además de un profundo descrédito social de la actividad de los tribunales, que debe ser necesariamente revertido, la vida cotidiana es muy diferente. Fuera del tribunal, cualquier reclamo se hace digitalmente por medio del teléfono celular y se espera que las respuestas sean inmediatas. Las personas –al menos las que están dentro del mercado laboral- cambian su trabajo habitualmente, se mudan de país varias veces, forman dos o tres familias de conformación diversa, viven la sexualidad libremente, se comunican constantemente y generan realidades virtuales, entre tantas otras cosas. La circulación de la información es excesiva, y se traduce en desinformación, genera fenómenos como la posverdad que inexorablemente modela la opinión pública y replica en la suerte de los procesos judiciales, especialmente cuando son mediatizados. La democracia está consolidada con más de 40 años de continuidad como sistema de elección de las autoridades gubernamentales.

¿Realmente podemos mantener la idea de que un conflicto quede cristalizado con la notificación de la demanda judicial? ¿Qué el proceso debe ser seguido y concluido en esos términos sin modificaciones sustanciales? ¿Se ha debatido cuál debía ser mecanismo de abordaje de los conflictos?²⁴³

Como señalé al comenzar, a veces lo evidente no lo vemos o no queremos enfrentarlo. La sociedad en la que vivimos no es la que habitaba Roma en el imperio, tampoco la que vivía subyugada por un gobierno militar, ni siquiera es la misma que logró hace 30 años modificar la Constitución Nacional. Las cosas han cambiado profundamente y el proceso debe hacerlo necesariamente.

Como antes fue el liberalismo y luego el estado de bienestar, hoy se busca que el sistema de principios constitucionales y convencionales sea transferido y aplicado a las relaciones de las personas a través de la actividad de los jueces brindando soluciones concretas a los conflictos sociales. Los tres primeros artículos del CCCN, agrupados en el Capítulo I, “Derecho”, del Título Preliminar, siguen la tendencia iniciada con la Reforma Constitucional de 1994, conforman un ordenamiento de principios y de muy pocas reglas mediante un sistema abierto, que impone el diálogo de fuentes: Constitución Nacional,

²⁴³Como señala Binder, se ha hablado mucho de reforma judicial y ha hecho poco. Cuesta entender qué proponemos, qué discutimos y hacia dónde vamos. Binder, Alberto, La reforma judicial que nunca llega, marzo de 2021, disponible en <https://inecip.org/noticias/la-reforma-judicial-que-nunca-llega/>.

tratados de derechos humanos, finalidad de la norma, usos, prácticas y costumbres. Allí se incluyen no solo reglas, sino también principios y valores. Se trata de un alejamiento del positivismo legalista y un acercamiento al pensamiento de la razón práctica, que se conoció también como “no positivista” o “principlialista”.

Es necesario, desde el punto de vista sustancial, transferir los principios a la aplicación concreta, pues las reglas nunca serán suficientes para permitir la realización de los derechos y para resolver todos los conflictos que se susciten. Los jueces y juezas deben ubicarse en el lugar correcto para poder atenderlos y para crear reglas de aplicación a los casos concretos, como un modo de realización práctica. No es posible constitucionalizar el derecho privado por el sistema de fuentes, sin hacer lo propio con el derecho procesal.

Distintas aristas que incumben a la reforma procesal civil: la estabilidad, transparencia, coherencia y consistencia de las políticas estatales; la mirada orgánica u organizacional que reasigne las funciones a las nuevas necesidades una nueva currícula formativa de los operadores, entre otras cosas, que deberían estar alineadas para la consecución de objetivos fijados de modo previo. De ellas, en este trabajo me ocuparé de revisar algunas reglas del proceso.

La finalidad es revisar institutos que fueron pensados para satisfacer los objetivos de aquel proceso estructurado en la adversariedad y en la imposición de una solución luego de la “batalla” entre los litigantes²⁴⁴ (*litis* significa enfrentamiento, disputa o discusión) y su reformulación a partir de la búsqueda de la meta que me he fijado: estructurar un sistema basado en la colaboración de los sujetos participantes, con el objetivo inicial de componer la disputa, antes que de imponer una solución.

3.- Algunas reglas para un sistema cooperativo.

Enunciar principios puede ser tanto un deseo incumplido, un anhelo a realizarse algún día o pueden concretarse como una realidad. El sistema que considera a las partes sólo como adversarios domina la lógica del ordenamiento vigente. El objeto litigioso

²⁴⁴Calamandrei, Piero, El proceso como juego, estudio escrito en 1950 en homenaje a Francesco Carnelutti, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Vol. III, Trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, El Foro, , 1996, p. 263.

conformado por el molde de la *litiscontestatio* queda delimitado luego de que el emplazado tiene la oportunidad de cumplir con la carga de negar. Como mecanismo de acercamiento al conflicto, genera notas características de una estrategia lúdica, o de un juego de ingenio, aunque dificulta el abordaje franco para el tratamiento del conflicto.

Por ello, escribir en los códigos procesales principios tales como la colaboración, el deber de decir verdad, la buena fe, etc., no implica que la conducta de las partes, la de sus abogados y la de los jueces automáticamente sigan esos postulados. Para que ello suceda, las directrices de trabajo deben reconocer un anclaje en reglas concretas, en las cuales se perciban su realización y se incentive a adoptar las conductas esperadas.

Cuando el objetivo es competir, naturalmente habrá un ganador y será aquel que obtenga mayores ventajas en el recorrido del proceso. En cambio, si el objetivo es encontrar soluciones por medio de la cooperación, los incentivos deberían estar vinculados a la idea de que cooperar otorga ventajas o beneficios y no hacerlo impone sanciones o desventajas.

A) Mostrar la evidencia.

El proceso en la actualidad es un salto al vacío, pues se trabaja con un alto grado de incerteza sobre sus resultados. El relato de los hechos y la pretensión, fijada y cristalizada desde un comienzo por la *litiscontestatio*, depende de condiciones inciertas. Los medios de prueba ofrecidos—también en la demanda y sin posibilidad de modificación²⁴⁵- deberán instarse y lograr producirse. El resultado de ellos deberá coincidir con lo esperado, de otra forma la consecuencia jurídica del planteo quedará sin sustento por no haber podido acreditar los presupuestos fácticos en los que se basaba. Si eso sucede, la construcción del caso se desmoronará.

La lógica indica que debería ser al revés. Frente a la evidencia es más sencillo, en esquemas racionales, acordar sobre las conductas a seguir para superar el conflicto o saber qué, y en qué medida, es lo que se puede reclamar. Se trata de transformar las expectativas en certezas. En ámbitos de poca certeza, aumenta la expectativa de una decisión favorable, lo que equivale a más demandas, más procesos, más litigios y menores posibilidades de autocomposición o de conciliación.

²⁴⁵Salvo supuestos de excepción como los hechos nuevos, los hechos no alegado o el replanteo de prueba en segunda instancia (art. 334, 365 y 260 del CPCCN).

Para lograr mirar al proceso algo más lejos de la confrontación competitiva y permitir que sus estructuras resulten maleables, cuando el conflicto así lo requiera, generando lógicas cooperativas y actitudes colaborativas, es necesario revisar ciertas prácticas que parecen incommovibles, tanto en la legislación como en los usos y costumbres de los operadores.

Los actos preparatorios, las diligencias preliminares y la prueba anticipada en el proceso argentino, como no podía ser de otra forma, tienen fuente en el derecho antiguo, de donde han sido tomados, copiados y reiterados –casi- literalmente. Para legislarlos se ha mantenido la modalidad de enunciación casuística y se ha pasado de una admisibilidad taxativa a la no mención de dicho recaudo, aunque sin señalar en las normas otra posibilidad²⁴⁶.

La jurisprudencia si bien los admite con criterio no taxativo, es bastante reticente en su despacho favorable señalando –en general- que se trata de supuestos excepcionales, de interpretación restrictiva o residual, sea porque debe demostrarse que no pueden procurarse sin intervención jurisdiccional o porque existe un peligro de perder un elemento de prueba si se espera a la etapa probatoria correspondiente.

Los parámetros son tanto el preparatorio, obtener más y mejor información, y el conservatorio, evitar la pérdida de un registro por el paso del tiempo. En ningún caso se admite que se soliciten medidas, tanto informativas como probatorias para evaluar las posibilidades de procedencia del reclamo.

En los tribunales, de acuerdo a las premisas previamente citadas, no resulta una práctica habitual la petición de diligencias preliminares. Cuando estas suceden son planteadas directamente ante la jurisdicción, evitando los pedidos directos entre los interesados, y es el juez el que evalúa si debe darse intervención a la contraparte o al defensor oficial a efectos de garantizar el debido proceso en la producción de las pruebas. La esfera preparatoria, por su parte, transcurre sin intervención de un contradictor. Es necesaria, no obstante, la individualización de los futuros demandados, su domicilio si es conocido y las acciones que se propone deducir.

²⁴⁶ He desarrollado la vigencia de la regulación antigua en *Actos preliminares de conocimiento y proceso por audiencias*, en *Revista de Derecho Procesal, Proceso por audiencias*, 2020-2, Editorial Rubinzal-Culzoni, p. 121/145.

De modo posterior a su requerimiento, es necesario plantear la demanda en un plazo perentorio para poder valerse de lo actuado. Para la persona que incumple se han previsto una serie de sanciones de distinta índole.

La concreción en la práctica de la buena fe, del deber de decir la “verdad”, o si se quiere de completitud y sinceridad en las demandas, defensas y excepciones, hace necesaria una ruptura con los modelos históricos heredados. Hay que reconfigurar la lógica consistente en que la evidencia va por detrás de la pretensión y la afirmación del derecho.

El cambio conceptual consiste en ampliar el foco de los actos preliminares de conocimiento y pasar de los objetivos preparatorios y asegurativos, a un ámbito que incluya la posibilidad de evaluar las chances de éxito del reclamo mediante el sinceramiento y la puesta al descubierto de los elementos probatorios desde un comienzo.

Algunos proyectos han incorporado algunas notas para comenzar a revertir la secuencia, especialmente en lo referido a la posibilidad de ofrecer y producir la prueba antes o conjuntamente con la demanda²⁴⁷. Sin embargo, en tanto se mantenga el concepto de que se trata de una prueba “anticipada” significará que el momento no es –cuanto menos- el usual.

B) Simplificar los actos de inicio del proceso y flexibilizar la preclusión.

Desde el punto de vista lógico, ya anticipado en el acápite previo, la secuencia de inicio del proceso civil carece de sentido. En lugar de expresar la pretensión una vez que se dilucidó como sucedieron los hechos, dado que se ha producido la prueba, se escoge la secuencia inversa. Se esgrime la pretensión en base a un relato de los hechos cuya prueba es incierta. Resulta contradictorio imponer que deba hacerse un relato de los hechos y que quede cristalizarlo hacia el futuro sin que el litigante pueda establecer qué medio de prueba logrará efectivamentetener a disposición; así como estipular el deber de decir verdad si no existen sanciones para quien lo desconoce u oculta la evidencia, cuando además se le fija a la parte demandada la carga procesal de negar cada uno de los hechos expuestos por el reclamante.

²⁴⁷Ver el art. 343 sobre prueba anticipada, del Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.

Dichas reglas generan un mecanismo de una sola secuencia, en la que se pierden las notas relevantes del conflicto particular, se pasa del conflicto al caso, y se predispone al operador a que la sentencia, mediante un juicio dirimente, será la principal modalidad de resolución.

Es decir, nada incentiva a que la persona que participa de un conflicto sea sincera sobre su relato, que exponga la evidencia, si ello equivale a hacer ingresar a una trampa de la cual no podrá escapar. Por el contrario, el relato “de los hechos” consiste en la versión que el abogado le indica al cliente que debe darse a efectos de contar con las mejores chances de éxito. Nadie juega con las cartas sobre la mesa mientras los otros jugadores las mantienen ocultas. Lo lógico es que el conflicto quede disimulado en un relato vago, poco preciso que permita adaptarse a lo que vendrá, la defensa del “rival”.

Mantener la defensa de la *litiscontestatio* implica que la demanda en el sistema procesal de origen romanista este diseñada como un acto procesal complejo. Contiene la pretensión, el relato pormenorizado de los hechos en los que se basa el planteo, se ofrecen los medios de prueba mediante los cuales se le dará sustento y se demostrará el relato, se acompaña la prueba documental en poder de la parte y se identifica a los sujetos contra los cuales se formula la demanda. Cuando el demandado quede notificado del traslado, por regla, genera aquella ya no podrá ser modificada.

El demandado, conociendo las reglas del sistema, puede escoger diversas estrategias, algunas sustentadas en defensas sustanciales y otras en el aprovechamiento de las ventajas que las reglas de la preclusión le brindan ante cualquier error u omisión del actor. Sabiendo que esto es así, tampoco puede razonablemente esperarse que antes el actor asuma una conducta colaborativa, franca y constructiva en relación al conflicto, sino más bien ambigua, opaca y con estrategias de fuga ante las distintas hipótesis defensivas que se pueden presentar.

La pregunta es entonces, ¿qué debe exponer el actor sobre los hechos al momento de interponer la demanda? Para revertir la secuencia descrita, consistente en avanzar a ciegas y no poder luego reformular la versión, cambiarla o desdecirse -aspectos que de todos modos resultan poco plausibles desde la eficacia de los actos-, es necesario reformular ese aspecto en relación a los planteos liminares del proceso.

Detrás del modo de presentar el conflicto en el proceso hay motivos históricos. Varias décadas atrás, dos tendencias debatieron esta cuestión. Una de ellas es la “doctrina de la sustanciación” que sostiene la fundamentación de la demanda en base a la suma de los hechos constitutivos, es decir en la relación fáctica efectuada por el actor como justificación de su afirmación jurídica y como base de su pretensión. Wetzell, Strüchmann, Plank, Nikisch, Goldschmidt, Weissman y Schönke fueron sus defensores²⁴⁸.

De otro lado, la denominada “doctrina de la individualización” entendía por fundamentación de la demanda solamente la exposición de la relación jurídica que apoya la pretensión y fue sustentada por Wach, Schmidt, Bolgiano y Hellwig.

La diferencia entre ambas se centra en el problema de los hechos constitutivos del proceso. Fairén Guillén se preguntaba: ¿forman parte de la *causa petendi* o solamente tienen valor a efectos de individualizar la relación jurídica? Es preciso que la demanda contenga una relación firmemente sustanciada sobre el supuesto de hecho histórico, o simplemente es suficiente, a efectos de identificar que en ella se exprese individualizadamente la relación jurídica material que se aduce como existente y desconocida o vulnerada por el demandado²⁴⁹.

La sustanciación requiere la fundamentación de la pretensión mediante la veracidad de la afirmación jurídica en base a la cual se postula, la consecuencia del proceso, la atribución de derechos y el reparto de bienes o la fijación de conductas será, entonces, una derivación de la comprobación de los hechos afirmados, una consecuencia natural.

Los partidarios de la individualización estiman que es suficiente con que en las demandas se exprese lo necesario y bastante para que puedan ser diferenciadas de otras. Wach creía suficiente que se promueva una pretensión entre dos personas. Contar una historia o narrar los hechos no puede preconizarse como un requisito esencial del concepto demanda, sino es desde el punto de vista del demandado y de la cognición judicial²⁵⁰.

Es importante recordar que, como tantos otros institutos, la teoría de la sustanciación llegó a nosotros por vía de la incorporación de la legislación española en materia procesal y a esta por la influencia de la legislación alemana que, en la exposición

²⁴⁸Fairén Guillén, Víctor, Estudios de derecho procesal, Madrid, 1955, p. 466/478

²⁴⁹Fairén Guillén, ob. cit.

²⁵⁰Citado por Fairén Guillén, ob. cit., p. 471.

de motivos de la ZPO establece que, “*aquellos hechos que según las normas del Derecho Civil son adecuados para hacer aparecer la pretensión como nacida en la persona del actor, así como también el derecho como violado por el demandado*”.

Fairén Guillén delimita el objetivo de la fundamentación, señalando que aquel no es demostrar que la demanda está fundada, ni mostrar un panorama del litigio, en ambos casos diversos motivos de índole epistémico nos hacen ver que lo que hoy parece de un modo, a medida que se indaga sobre ello muestran aristas que pueden desbaratarlo. De modo que esas finalidades sólo deben tenerse presentes de modo residual ante su ausencia. El objetivo de fundamentar es determinar el objeto de la afirmación jurídica, individualizándola con respecto a las demás. Las posiciones, que no son antagónicas, se dirigen a conseguir la necesaria individualización del objeto litigioso. Una lo hace a través de la diferenciación de los hechos y la otra a través del derecho. Wach señala como provechoso y conveniente, en el marco de un sistema oral, que el escrito de demanda constituya una preparación del juicio²⁵¹.

En este punto es bueno retomar la teoría clásica para fijar la posición que considero adecuada en base a los objetivos de la reconfiguración del proceso hacia una fisonomía acorde a los tiempos que corren. Guasp delimita conceptos basales: i) demanda como un acto de iniciación procesal; ii) pretensión, como el verdadero objeto del proceso, el bien de la vida que se reclama; iii) acción, un derecho previo al proceso que concede el Estado a los ciudadanos para que puedan acudir a los tribunales a formular pretensiones²⁵².

Resulta necesario despojar a la demanda del extenso contenido al que estamos acostumbrados y considerarla un como un acto preparatorio del juicio, enfocarla bajo la teoría de la individualización de la relación jurídica. La pretensión, por su parte, puede ser formulada con más precisión en una etapa posterior, una vez que se conoce con más claridad el contorno del conflicto y la realidad de los hechos.

Palacio hace una relectura de la propuesta de Guasp, enmarcado ya en la teoría del conflicto, en la que la concepción de la pretensión entonces se presentó incompleta, y la

²⁵¹Fairén Guillén, ob. cit., p. 477.

²⁵² En Anuario de Derecho Civil, vol. 5, núm. 1 (1952), España. Dicha monografía fue luego editada por Civitas, Madrid, 1981. Para el autor español, entonces, la pretensión es “... una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional, frente a una persona determinada y distinta del autor de la declaración” Guasp Delgado, Jaime, *La pretensión procesal*, Civitas, Madrid, 1996, p. 565/619.

reformuló en estos términos: "... la pretensión procesal, a la que cabe definir como el acto en cuya virtud se reclama ante el órgano judicial (o eventualmente arbitral), y frente a una persona distinta, la resolución de un conflicto suscitado entre dicha persona y el autor de la reclamación"²⁵³.

Es bueno, en esa línea, distinguir dentro de los elementos de la pretensión procesal²⁵⁴ aquellos que será necesario enunciar en la demanda, o en el momento procesal más inmediato que pueda hacerse, como son los sujetos y la causa -entendida bajo la teoría de la individualización-, y aquellos como el objeto -inmediato y mediato- que pueden formalizarse posteriormente, cuando se conozcan de modo más preciso los hechos en que se funda, no ya por la alegación del actor, sino por los elementos de prueba producidos.

Es esperable, bajo reglas de juego que logren una mayor transparencia en los planteos, que en el trayecto hasta la formalización de la pretensión el conflicto pueda extinguirse, sea por un acuerdo, por desistimiento o por inexistencia de caso. La afirmación de los hechos, frente a esta dinámica, constituirá más la explicación de lo ya conocido, que la especulación sobre circunstancias que, eventualmente, se podrán acreditar.

Esta lógica puede replicarse en cualquier proceso de conocimiento. Además recepta con mayor naturalidad los conflictos dinámicos propios de este tiempo, de modo de evitar que cuando tengan que ser abordados la decisión se base en hechos pasados, sin ningún tipo de actualidad al tiempo de ser decididos.

La etapa introductoria, entonces, no necesariamente debería ser realizada íntegramente en el tribunal, sino sólo cuando la intervención de la jurisdicción sea necesaria. Una vez en el tribunal, sin necesidad de cristalizar el conflicto mediante la preclusión, el juez podría hacer uso de sus facultades –instructoras o probatorias- a efectos de modular el curso del proceso de acuerdo a las necesidades del conflicto, y con la información al descubierto, trabajar en una real posibilidad de buscar soluciones compositivas, ya que el marco de trabajo cooperativo habrá predisposto a los sujetos a actuar con actitudes colaborativas.

²⁵³Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, T° I, Abeledo Perrot, 1967, Buenos Aires, p. 380.

²⁵⁴Palacio, ob. cit., p. 396/415.

Finalmente, la formalización de la pretensión y la defensa permitirá avanzar, con los hechos mayormente dilucidados y con la posibilidad de realizar un alegato final, hacia el dictado de la sentencia.

El dinamismo actual de los conflictos, la necesidad de incorporar modelos de trabajo restaurativos o compositivos, situar a los jueces en contextos en que puedan brindar -con intermediación- soluciones a los casos aplicando principios de derecho sustancial en un sistema de pocas reglas, sumado a un proceso que se prevé será por audiencias, conlleva a la necesidad de un sistema permeable al surgimiento de eventualidades -argumentos, pruebas y líneas de trabajo- en las fases posteriores, durante las audiencias.

Todo ello hace aconsejable racionalizar la etapa inicial y desestructurar el molde sumamente rígido, propio de la *litiscontestatio*, por otro que permita preclusiones en etapas desconcentradas y conectadas con las secuencias orales correspondientes.

C) El sistema colaborativo y el deber de probar.

La mirada colaborativa ha también ganado una contienda frente a viejos preceptos, muy arraigados en la doctrina procesal, como la carga de prueba. Nieva Fenoll trata a esta última como una reliquia histórica que debiera ser abolida. A partir de la evolución histórica del deber de probar en el proceso, su existencia orientadora en la etapa formularia, como un mecanismo de gestión en la Edad Media, señala que pasa a convertirse en una herramienta de construcción del juicio jurisdiccional en el sistema legal de valoración de la prueba. Así llega a la conclusión que sirve de portada a su trabajo, la inutilidad del concepto en un sistema de libre valoración de la prueba²⁵⁵.

Luego Giannini dará cuenta que, en los casos en que no se hubiera probado el hecho en el que se basa la demanda o la defensa, la pregunta que debe formularse el juez sería ¿cuál de las partes no colaboró a efectos de acreditar ese extremo? ya que en caso de incertidumbre no cabe condenar a quien hizo todo lo posible por esclarecer cómo sucedieron las cosas. Así demuestra que la “inversión de la carga de la prueba” o la “carga probatoria dinámica”, deben ser reemplazadas conceptualmente por el principio de colaboración procesal. De otro modo, la utilización de esos conceptos podría conducir a

²⁵⁵ Nieva Fenoll, Jordi; Ferrer Beltrán, Jordi; Giannini, Leandro J., *Contra la carga de la prueba*, introducción de Michelle Taruffo, Marcial Pons, 2019, ps. 23/52.

resultados pocos plausibles, haciendo pagar el peso de la incertidumbre sobre la ocurrencia de los hechos sobre quien ya nada más puede hacer para lograrlo²⁵⁶.

Lo dicho, hace necesario que el art. 377 del CPCCN y los arts. 1734/1736 del CCyC, plasmen su regulación en consecuencia, quitando el concepto de carga probatoria.

D) Incentivos y sanciones para los sujetos.

En el proceso judicial se mueven infinidad de intereses, sea del sector público, del privado o de los particulares que trabajan alrededor de su desarrollo, tanto por los resultados centrales de las sentencias que reconocen derechos a las partes, como por concebir al litigio como un ámbito de trabajo. El modelo liberal sobre el que se asientan nuestras leyes procesales, más allá de los lentos y poco utilizados cambios que a lo largo del tiempo lo fueron modificando hacia un perfil más publicista, hizo que la tradición de la política legislativa en general interpretara –siguiendo esa lógica- que el motor que impulsaría a los sujetos a la defensa de sus derechos estaría puesto en las ansias por satisfacer sus necesidades, lo que conlleva a lograr réditos, sea por restablecer derechos o por ganar cierto tipo de posiciones.

Dicha afirmación, sin embargo, consistente en confiar en el interés de los particulares la fuerza de concreción de los litigios, importa siempre pensar que esa motivación existe y, paralelamente, conlleva a asumir –con cierta ingenuidad- que el problema del acceso a la jurisdicción que en ese trance se dirime no es tal. La noción, por muchos motivos, es errada.

En efecto, la idea de que una persona física o jurídica accede a la jurisdicción sin mayores apuntalamientos que los propios, sea en la faz económica, espiritual o intelectual, puede ser tenida como una premisa válida para un gran número de conflictos en los cuales ciertas variables se mantengan en un equilibrio.

Para que el reclamo suceda, entonces, deben confluir varias circunstancias: a) que los costos para lograrlo sean sustancialmente inferiores a los beneficios que –razonablemente- pueden esperarse en caso de hacerlo, circunstancia que puede estar generada por la duración del juicio, la complejidad, los gastos y costos de su tramitación, etc.; b) que el conflicto no hubiera generado en la persona miedos o sentimientos adversos a

²⁵⁶ Ob. Cit. p. 89/113.

la posibilidad de dar a conocer los padecimientos y, además, tampoco exista desconfianza en la respuesta que reciba del poder jurisdiccional; c) que tenga conocimiento que titulariza un derecho y/o la posibilidad de exigirlo y cuente con la asistencia técnica suficiente y adecuada para lograrlo.

Cuando alguna de estas condiciones “pareto óptimas” se modifica, es posible y hasta altamente probable, llegar a situaciones en las que el acceso a la jurisdicción se vea malogrado. Puede ser, en la línea de los costos, que resulte mejor un mal arreglo que un buen juicio, desde el punto de vista de la ecuación económica de la decisión; o, peor aún, un agradable olvido y negación del conflicto a una convivencia con una situación de agravio constante que no puede ser racionalmente abordada por carecer de los elementos que el Estado debería proveer para hacerlo, lo que conlleva a reeditar la frustración y la impotencia de lo injusto; que la persona decida no dar a conocer sus padecimientos e impida que los órganos estatales intervengan; o, también, por iguales trastornos se vea atemorizada por el eventual resultado que una mala respuesta estatal podría depararle en caso de auspiciar la intervención; o que perciba el mal funcionamiento del sistema derivado de una deficiente asistencia técnica.

Mirada la situación desde el ángulo inverso, y retornando a la premisa instalada conforme la cual el acceso a la jurisdicción queda exclusivamente en manos del interés del actor, debe advertirse que se traza otra línea, en favor de los sujetos que vulneran aquellos derechos, que les permite actuar con impunidad a sabiendas que no serán sujetos de reclamo alguno. De este modo se generan nichos en los cuales, racionalmente, no se activará el poder jurisdiccional dado que alguna de las variables enunciadas se encuentra en desequilibrio. Es el caso, por ejemplo, de reclamos por montos bajos, a los cuales el valor involucrado individualmente considerado no justifica la promoción de una demanda. El daño que medido sujeto a sujeto es ínfimo es el margen de ganancia o de lucro que el dañador toma para sí.

En el mismo sentido podrían plantearse otro tipo de hipótesis que giren en torno a deficiencias estructurales generadas por la ausencia de incentivos, tales como la ausencia de mecanismos tendientes a controlar políticas públicas o la defensa de derechos de incidencia colectiva de uso y goce común, aunque de dominio público, como el ambiente o la cultura, cuyas decisiones pueden llegar a afectar al Estado o a privados.

Otra arista que también debe considerarse en el sistema es su uso abusivo en clave individual, ya que tan importante resulta auspiciar la tutela de todo conflicto jurídico, así como desincentivar los reclamos que usan el proceso con fines distintos a los previstos, tomando provecho de deficiencias estructurales, esta vez, en favor de reclamos infundados o extorsivos, en los cuales el demandado se ve constreñido a realizar arreglos aún cuando podrían defenderse con éxito, ya que el triunfo a obtener podría constituir una victoria pírrica si luego, aun resultando vencedor, deberá abonar la mitad de las costas generadas en ese pleito.

D) 1) Costas y honorarios

El sistema cuenta con distintas herramientas para modular los incentivos o desincentivos según lo considere necesario. El primer elemento a considerar son las costas del proceso. Los sistemas del área latina, en lo que se denomina *civil law*, el régimen aparece tendencialmente estático, en igual modo que en los países europeos, en los que impera la orientación hacia su imposición conforme el principio genérico de la derrota. Todo lo contrario sucede en el contexto estadounidense en el cual la asunción del riesgo de la controversia, en términos de costos, aplica la exclusión del reembolso de los gastos, aún en caso de victoria, o *American Rule*²⁵⁷. Ambas reglas, desde luego, si bien se aplican en forma pacífica, no son absolutas y en ambos casos tienen excepciones.

Ligado a este tópico se encuentra el modo en que deben retribuirse los honorarios a los abogados, dado que en los supuestos en que la parte que contrata a un profesional deberá asumirlos aún en caso de victoria, se deben prever distintas modalidades: pago anticipado; por tiempo de trabajo y experiencia del profesional que lo desarrolla y; convenio con los clientes tendiente a participar los profesionales en el riesgo y en el éxito de la litigación, tomando una parte de las sumas objeto de la causa -en caso de victoria- con un tope del tercio (*contingent fee agreement*).

Este último supuesto, por ejemplo, dentro del sistema estadounidense, permite el acceso a los tribunales a personas que, de otro modo, no podrían afrontar la contratación de los servicios legales y es del todo coherente con la aplicación de la *American Rule*. Además

²⁵⁷Dondi, Angelo; Ansanelli, Vincenzo y Comoglio, Paolo, Procesos civiles en evolución. Una perspectiva comparada, Trad. Salgado, José María, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 80.

coadyuva a que el mérito del éxito sea exigentemente evaluado por los abogados que asumen los casos, descartando aquellos que no resulten proponibles y, a su vez, asegura el mayor esfuerzo en la defensa de los intereses de la parte.

Existen algunos casos, como el sistema inglés, en los cuales las condiciones se han extremado al concebir al proceso como una actividad onerosa cuyo desarrollo debe ser monitoreado. Dentro de la regla continental de la derrota en relación al reparto final de los gastos, se atribuye al juez facultades para controlar *in limine litis* y durante toda la controversia las actividades de las partes y sus costos, a fin de verificar la proporcionalidad de aquellos respecto del valor y naturaleza de la controversia y que, incluso, permite detener el desarrollo de actividades desproporcionadas (Part. 3.12. de la CPR)²⁵⁸.

Es común que todos los sistemas prevean mecanismos de asistencia técnica gratuita para individuos insolventes que en algunos casos puede provenir de oficinas estatales y en otros de actividades llevadas a cabo por abogados privados. En algunos casos, como el estadounidense, esta actividad denominada *pro bono*, se sostiene mediante la obtención de exenciones tributarias o de promoción de la imagen de la firma que presta la asistencia.

También es una modalidad habitual la posibilidad para las personas de bajos recursos solicitar la exoneración del pago de costos fijos. En Argentina esto sucede en las cuestiones de consumo (art. 55 LDC), ambientales (art. 32 LGA), en el beneficio de litigar sin gastos o cartas de pobreza, en los supuestos en que están exentos de abonar la tasa de justicia y los costos y costas del proceso²⁵⁹.

La necesidad de contemplar los incentivos como el motor necesario que impulse el funcionamiento del sistema resulta indiscutible, hacerlo implica revisar cómo se distribuyen los costos dentro del mecanismo y participa de la noción del proceso como un instituto de derecho público en el cual el Estado debe estar interesado en regular el modo en que se resuelven los conflictos. En ese sentido debe existir una línea de trabajo visible que se ocupe de detectar circunstancias no deseadas y que corrija aquella actividad no querida, modulando sus previsiones en sus distintos usos y de acuerdo a la finalidad concreta que se busque.

²⁵⁸Dondi, Angelo, ob. cit. P. 83.

²⁵⁹CSJN, 28/10/21, “A.C.U.D.E.N. c/ Banco Provincia del Neuquén s/ daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual”, 2585/2017/CS1.CNCom., en pleno, 21/12/2021, “Hambo, Débora Raquel c. CMR Falabella S.A. s/ sumarísimo”, LL, AR/JUR/199174/2021.

A la par de ello, los incentivos y las sanciones deben orientarse a la finalidad que fuera delineada como objetivo, es decir a generar espacios cooperativos, que despierten actitudes colaborativas y permitan que el objetivo principal del proceso sea recomponer el conflicto de modo eficaz.

Los incentivos en relación a los modos anticipados de resolución de conflictos, tienen tres posibles niveles. No trasladar las costas en los casos en que se busca una solución previa a la sentencia, aún cuando ello no se logre, teniendo por concretado el principio de colaboración como ausencia de castigo o no disuasión. Un término medio, en base a un criterio de neutralidad, establecerlas en el orden causado cuando se logre un acuerdo anticipado. Y, en un tercer escenario, considerar la colaboración términos de premio.

Es decir, se premia con las costas a aquellas partes que durante el proceso hicieron el esfuerzo para lograr una solución anticipada, sea que esta haya sido exitosa o no. Tal el caso de contraponer la oferta rechazada en una etapa temprana con el resultado definitivo para establecer cuál de las partes debe responsabilizarse por la utilización del sistema de justicia y sus costos.

Estos vectores están disponibles para realizar un diseño orientado a la finalidad cooperativa, colaborativa y compositiva. Si bien por tradición es afín a la cultura del *civil law* trabajar con la regla conforme la cual las costas se imponen a la parte vencida, podría estipularse que en algunos tipos de procesos se aplique la *American Rule* para exigir un mayor compromiso de parte del litigante en la postulación de sus demandas. Los procesos colectivos –en algunos casos- pueden resultar un medio idóneo para hacerlo, regulando a su vez otras condiciones de sustentabilidad de ese sistema.

Un modo de optimizar lo que sucede en el proceso, es sancionar a los litigantes que fuerzan -sin razones válidas- a sus contrarios a recorrer el camino sus distintas etapas sin necesidad. En este aspecto la plus petición inexcusable, quizás por las limitaciones jurisprudenciales impuestas para hacerla efectiva, no ha mostrado ser eficiente y operativa - lo que en parte demuestra la condescendencia de los operadores con las actitudes obstruccionistas-.

En esa línea, la parte que rechaza una oferta para concluir el conflicto en su fase postulatoria y priva al sistema de lograr un acuerdo razonable, debería cargar con los costos

y gastos que su conducta irrogó. Para ello será menester -por ejemplo- que la condena supere en un 20% el ofrecimiento efectuado en la etapa preliminar²⁶⁰. La modalidad se justifica, aún más, existiendo una etapa de mediación previa obligatoria, medio en el cual se podrá hacer efectiva la oferta conciliatoria y deberá quedar asentada en el acta de audiencia a los fines aquí indicados.

El beneficio de litigar sin gastos debería ser reformulado, ya que no se justifica que se dé a su pedido la estructura de trámite, con prueba e investigación en todos los casos. Por ello la propuesta es que sea a la inversa y que el trámite sólo sea instado cuando se dude de la veracidad del pedido. De ese modo la franquicia podrá obtenerse con la declaración jurada de la parte sobre su realidad patrimonial sumado a la ausencia de cuestionamiento de los opositores y del representante del fisco. La modernización del trámite se justifica en la cantidad de información disponible sobre el patrimonio de las personas con la que se cuenta, con fácil acceso, en la actualidad. En caso de que se omitan o distorsionen informaciones en la declaración jurada, los costos a cargo del peticionante que incurriera en esa conducta deberán duplicarse en favor de la parte contraria.

Crear un sistema de asistencia técnica a sectores vulnerables o desaventajados, que garantice los honorarios a los abogados, de modo de motivar una tutela efectiva.

Los procesos colectivos resultan un medio en el cual los incentivos deben ser modulados con profundidad. Se trata, en sí mismo, de un mecanismo que dará respuesta a muchas situaciones en las que las variables liberales de motorización individual del reclamo se encuentran en desequilibrio: personas que desconocen que poseen derechos, montos individualmente no recuperables, discusiones en torno a la política pública, a bienes de uso y goce común, etc.

Su regulación será un modo de incentivar el acceso a la justicia. En lo tocante al uso forense que se le ha dado a la herramienta hasta la actualidad²⁶¹, pensamos que debe revisarse la posibilidad de que la justicia sea gratuita conforme se encuentra legislada en la Ley de Defensa del Consumidor (art. 55 LDC) y en la Ley General del Ambiente (art. 32 LGA), en concordancia con la redefinición de la *American Rule* en materia de costas

²⁶⁰Aspecto que debe ser cuidadosamente medido en escenarios económicos con tendencia inflacionaria.

²⁶¹Verbic, Francisco y Sucunza, Matías, Del modo de imponer las costas en casos de interés público. ¿Hermosos autos sin motor?, LL, AR/DOC/2834/2016.

procesales. En ese sentido se pueden dividir los procesos colectivos entre aquellos que involucran pretensiones de cobro de sumas de dinero, de los restantes y aplicar en los primeros la regla de la asunción de los costos por las partes.

Es un modo de ajustar el sistema para que no resulte un mecanismo abusivo y que la evaluación de las demandas en dicha clave presuponga un compromiso, desde el punto de vista patrimonial de los operadores. A dicho sistema se debe anexar un mecanismo consistente en un fondo de sustentabilidad de las demandas que posean fundamentos para ser promovidas y que carezcan de solvencia económica para auspiciar que exista interés en su postulación.

En lo que respecta a las acciones de clase pasivas o mixtas, deben generarse incentivos adecuados para garantizar la adecuada representación del grupo demandado, fundamentalmente garantizar los honorarios de los abogados que se dediquen a la defensa técnica a efectos de que aquella resulte idónea.

D) 2) Abogados

Los honorarios de los abogados deben ser más elevados en los casos en que el proceso termina por un acuerdo. El abogado debe saber que si su parte rechaza una propuesta de acuerdo razonable, es posible que tenga que soportar las costas, de modo que podría perder en el incentivo de cobrar honorarios del demandado.

Los colegios profesionales deben ejercer una verdadera función disciplinaria sobre aquellos abogados que no respeten las reglas colaborativas. Es necesario abandonar la idea que defender los intereses del cliente consiste en destruir al oponente. El sistema de justicia impone como pauta de actuación la transparencia en la información disponible. El no cumplimiento de aquélal pauta debe ser sancionada.

D) 3) Jueces

Los jueces también deben ser controlados en sus labores. Cuestiones elementales como la asistencia personal a las audiencias debe quedar fuera de discusión y, en los casos que eso no suceda, la autoridad encargada de valorar su disciplina también de actuar. Para ello no debería ser necesaria la denuncia de la parte, ya que es bastante difícil que un litigante quiera enemistarse con la persona que habrá de decidir sobre su patrimonio o su

vida de relación. En su caso las denuncias podrán tomarse de modo anónimo para evistar esos defectos.

Por otra parte, deben premiarse los logros, sea como antecedente en la gestión, que sirvan para la promoción en la carrera judicial; o sencillamente dar a conocer las estadísticas sobre el funcionamiento de cada tribunal, exponiendo al escutinio público la labor de cada magistrado.

E) Cierre.

Las ideas expuestas en este trabajo, forman parte de una creencia en una profunda, necesaria y estructural revisión del servicio de justicia en la esfera civil, comercial, laboral y otras asimilables.

En tanto la metodología del litigio siga atada a la *litis contestatio* del proceso extraordinario del imperio romano, es probable que ni siquiera se cumpla la máxima *Suum cuique tribuere* o “dar a cada cual lo suyo”, dado que se trata de una herramienta obsoleta en estos tiempos.

Encontrar un paradigma en el que se asiente el sistema procesal propio del siglo XXI no es algo instantáneo, tampoco sencillo, pero es un camino que no puede ser demorado por más tiempo.

III. TERCERA PARTE

Poder Judicial y Proceso

TIEMPO y PROCESO

(Apostillas sobre la garantía del plazo razonable de duración de proceso penal)

Por Miguel A. ALMEYRA*

“Quanto la pena sarà più pronta e più vicina al delitto commesso, ella sarà tanto più giusta e tanto più utile”. Cesare Beccaria

1. Una situación alarmante: la insoportable lentitud de la justicia

Una reciente revista de las sentencias dictadas en estos últimos años por nuestra Suprema Corte, revela con superlativa elocuencia que los supuestos de *morosidad judicial* y de las denominadas *dilaciones indebidas*, se han multiplicado exponencialmente, en especial en el actuar de los tribunales con competencia en materia penal. Así lo revelan, entre otros, los casos, *Omar Goye*, en el que se llegó a la condena después de haberse superado *el doble del plazo previsto en abstracto para la prescripción de la acción penal*, en la especie: más de doce años²⁶², o sea, en abierta violación a la garantía de ser juzgado en un plazo razonable; *Juan Gabriel Espínola*, en el que, incluso, el Alto Tribunal expresó que no podía *permanecer impasible ante la demora irrazonable* que advertía en el trámite

*Profesor titular de Derecho Procesal Penal en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador. Exprofesor adjunto consulto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Exjuez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Miembro del Instituto de Derecho Procesal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Director del Instituto de Derecho Procesal Penal Dr. Ricardo Levene (h) del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

²⁶² CSJN *Fallos* 340:2001

del caso y llegó al extremo de *exhortar a la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, en su calidad de máxima autoridad del poder judicial de dicha provincia y por su intermedio a los órganos que corresponda, para que se adopten, con carácter de urgencia, medidas conducentes a hacer cesar la problemática relacionada con la demora en la tramitación de los procesos y la garantía de los justiciables a ser juzgados en un plazo razonable*²⁶³; *Haydée Susana Farina*, en el que se consideró violada la garantía de ser juzgado en plazo razonable a raíz de que el procedimiento recursivo articulado contra la condena, se prolongó por más de catorce años, lo que para el tribunal cimero excedía *todo parámetro de razonabilidad*, máxime si no podía atribuirse tal demora a la encausada, ni a la complejidad del caso cuya ocurrencia se remontaba a veinte años atrás. También aquí se decidió, ahora ya no exhortar, sino *instruir a la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires a fin de que, en lo sucesivo, evite dilaciones innecesarias como la verificada en el extenso derrotero de las actuaciones, adopte las medidas necesarias para que sus pronunciamientos y el de los tribunales penales en la jurisdicción a su cargo se adecuen a lo establecido por el legislador [...] y a la doctrina sentada por la jurisprudencia de esta Corte sobre la materia [...]* ²⁶⁴; y *Maximiliano Daniel Escudero* respecto de quien su juzgamiento [por] *un delito de muy escasa complejidad se ha extendido ya por más de veinte años sin que se haya arribado aun a una sentencia que determine, en forma definitiva, la situación procesal [del imputado] como así también que la inmensa mayoría de ese tiempo (21 años) correspondió al trámite todavía inconcluso de la impugnación deducida por la defensa contra la condena primigenia y los fallos posteriores de los tribunales intermedios que la confirmaron cuya morosidad ha contribuido de un modo decisivo la injustificada reiteración de “tiempos muertos” [...]*²⁶⁵. También aquí se exhortó a la corte bonaerense a tomar los recaudos necesarios para resguardar la plena vigencia de la garantía del plazo razonable. El elocuente sintagma entrecomillado más arriba vuelve a aparecer, en el siempre cuidadoso lenguaje de nuestro tribunal cimero, en *Carlos Gómez*²⁶⁶, para descalificar el tiempo insumido por el trámite recursivo cumplido en el respectivo proceso, cuya sustanciación local insumió nueve años.

²⁶³ CSJN Fallos 342:584

²⁶⁴ CSJN Fallos 342:2344

²⁶⁵ CSJN Fallos 344:378

²⁶⁶ CSJN Fallos 344:1930

Por fin y mucho más recientemente *in re Oscar Alejandro Núñez*²⁶⁷, frente al rechazo del planteo de insubsistencia de la acción penal por violación a la garantía del plazo razonable al haberse prolongado el proceso por más de diecisiete años y haber sido condenado el procesado a la pena de un año y seis meses de prisión de ejecución condicional por encontrárselo autor del delito de falso testimonio, la Corte Suprema por unanimidad y con fundamento en la violación del resguardo, dejó sin efecto el fallo.

La dilación de los procedimientos judiciales es un fenómeno pandémico muy propio de los tribunales que responden a la tradición continental europea y constituye, sin duda, uno de los peores males de sus sistemas jurídicos en todas las épocas. Decía hace ya más de setenta años don Santiago Sentís Melendo que “es esta una enfermedad bastante general, de la que últimamente se habla con gran pesimismo, como si para ella fuese imposible encontrar remedio”²⁶⁸ y sus palabras de entonces resultan reafirmadas en nuestros tiempos por algunos conocidos adagios que apuntan a descalificar la insoportable tardanza con la que se desarrollan los juicios, como el acuñado en el Reino de España: “Justicia lenta no es justicia”, el que aún se escucha en Francia: “Justice rétive, justice fautive”, o, incluso, en el propio Reino Unido: “Justice delayed, justice denied”, los que conservan, más allá de toda duda, plena actualidad.

Por eso, sin duda, la comunidad internacional, después de la Segunda Guerra Mundial, ha procurado reaccionar contra esa enfermedad y ha celebrado, en lo que nos concierne, sendos convenios multilaterales, como han sido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscripta en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Uno y otro, como veremos, han procurado consagrar a nivel de Derechos Humanos el *speedy trial*, de la V Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norte América. La citada Convención fue ratificada legislativamente entre nosotros por la ley 23.054 (BO 27/03/1984), en tanto que el Pacto lo fue por la ley 23.313 (BO 13/05/1986) y ambos, finalmente, fueron incorporados a la Constitución Nacional (art

²⁶⁷ CSJN Fallos 346:319

²⁶⁸ *Celeridad en los juicios* en Revista de Derecho Procesal, año X, nro. 4, cuarto trimestre de 1952, Ediar SA Editores, Buenos Aires, pág. 91.

75 inc. 22) por la Convención Nacional Constituyente reunida en la ciudad de Santa Fe en el año 1994.

Sin embargo cuadra advertir que mucho tiempo antes de estas fechas con una inteligente y creativa interpretación del artículo 18 de esa Constitución, nuestra Corte supo sentar una sólida doctrina en torno a esta garantía fundamental e implícita, que es la de ser juzgado sin demoras. Veamos sus aportes.

2. La reacción de la Corte: los primeros precedentes.

El primer pronunciamiento, con indiscutible valor de precedente, fue dictado por nuestra Corte el 29 de noviembre de 1968 en la causa seguida a *Ángel Mattei*²⁶⁹. En apretada síntesis, se explica allí que tramitada íntegramente la causa y dictada sin objeción formal alguna la respectiva sentencia que fuera elevada en apelación a la cámara respectiva, cuando ya se encontraba en condiciones de ser definitivamente fallada y cuando el imputado llevaba más de cuatro años en la condición de tal, la citada cámara, con el pretendido, argumento de que se había omitido un acto instructorio al que le atribuyó significativo valor probatorio, decidió retrogradar el procedimiento hasta la clausura del sumario con el objeto de que se procediese a enriquecer la encuesta. Vale la pena reproducir alguno de los fundamentos sobre los que se sustentó la decisión descalificatoria de nuestro tribunal supremo, pues constituyen una verdadera lección de derecho constitucional. Dijo nuestra Corte en lo que aquí importa traer aquí al cruce.

10º) Que tanto el principio de progresividad como el de preclusión reconocen su fundamento en motivos de seguridad jurídica y en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitando así que los procesos se prolonguen indefinidamente; pero, además, y esto es esencial atento los valores que entran en juego en el juicio penal, obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consubstancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez para siempre, su situación frente a la ley penal.

²⁶⁹ CSJN Fallos 272:188

Y algo más adelante añadió:

14º) Que, en suma, debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la CN el derecho de todo imputado a obtener – luego de un juicio tramitado en legal forma-- un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal.

Casi una década después, el 12 de mayo de 1977, el Alto Tribunal hizo aplicación de esta doctrina en *Ernesto Antonio Pileckas*²⁷⁰ sosteniendo que *es violatoria de la garantía constitucional de la defensa en juicio, y debe ser dejada sin efecto, la sentencia de Cámara que declaro nulo por tercera vez un pronunciamiento de primera instancia, decidiendo nuevamente que la causa pase a otro juez para dictar fallo, sin remediar por la vía de apelación las discordancias en el caso acerca de la norma legal que lo rige.*

Pero sin duda el caso más notable ha sido *Camilo Mozzatti*²⁷¹ resuelto el 17 de octubre de 1978, en el que con remisión al precedente Mattei, se sostuvo que *el sometimiento de personas a proceso penal durante veinticinco años, con detenciones por distintos lapsos y con restricciones surgidas de las condiciones impuestas a la excarcelación, hace que su situación, en términos de prolongación insólita y desmesurada, se torne equiparable a la de una verdadera pena que no deriva de sentencia condenatoria firme, y que solo se sustenta en semiplena prueba de autoría y culpabilidad.* Aquí la Corte en uso de las facultades que la cuerda la segunda parte del artículo 16 de la ley 48, procedió sin más trámite a dictar sentencia declarando *la insubsistencia de todo lo actuado con posterioridad al auto de prisión preventiva [...] y atento al tiempo transcurrido [resolvió] declarar extinguida por prescripción la acción penal deducida en autos.*

Cuadra recordar también en esta primera etapa, llamémosla preconvencional, de la elaboración de su doctrina, la disidencia del juez Pedro J. Frías en el caso *José Luis Baliarda*²⁷² en la que con remisión a este último precedente se inclinó por declarar extinguida por prescripción de la acción penal, en un proceso cuya duración se prolongó

²⁷⁰ CSJN Fallos 297:486.

²⁷¹ CSJN Fallos 300:1102

²⁷² CSJN Fallos 303:919

por más de dos décadas frente a la problemática perduración de las pruebas idóneas para la defensa.

Este primer ciclo de elaboración de tan saludable doctrina del reconocimiento a nivel constitucional del resguardo del juicio rápido, consagrada normativamente tiempo después en los antes recordados instrumentos internacionales, se vio enriquecida poco más tarde por los pronunciamientos recaídos primero *in re Héctor Ricardo Bertra Rojas*²⁷³ en el que por fútiles consideraciones rituales se anuló la absolución recaída en favor del imputado al acoger la impugnación del fiscal de cámara con olvido de las principios de progresividad y preclusión y en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable evitando así que los procesos se prolonguen indefinidamente; y poco después, en el caso *Yacimientos Petrolíferos Fiscales*²⁷⁴ de singular similitud axiológica con el anterior, lo mismo que sucedió en *Pedro Antonio Casiraghi*²⁷⁵ en el que la cámara *a quo* retrogradó innecesariamente el procedimiento en abierto desmedro de la garantía constitucional de la defensa en juicio que impone para el imputado el dictado de un pronunciamiento que ponga término, del modo más breve posible a la situación de incertidumbre y de restricción a la libertad que comporta el enjuiciamiento penal.

Importa ahora evocar que al margen de la actividad jurisdiccional cumplida para satisfacer el postulado preambular de *afianzar la justicia*, desde la labor legislativa –corrían por entonces tiempos políticos de facto-- se registra algún enérgico esfuerzo tendiente a superar la morosidad judicial, lo recordamos seguidamente.

3. Un fallido intento para terminar con la morosidad judicial

El decreto ley 2021/63 ratificado por la ley 16.478 introdujo sustanciales reformas en el por entonces vigente Código de Procedimientos en Materia Penal²⁷⁶, sancionado por

²⁷³ CSJN Fallos 305:913

²⁷⁴ CSJN Fallos 306: 1688

²⁷⁵ CSJN Fallos 306: 1705

²⁷⁶ En este antiguo ordenamiento resultaba sensible la presencia del *principio de celeridad*, tanto en el procedimiento preliminar, como en el juicio. Así en lo que atañe a la instrucción, disponía en su versión original el art. 206 lo que sigue: [c]uando al mes de iniciado un sumario no se hubiere terminado, el juez que lo instruya deberá informar al tribunal superior respectivo, sin que medie petición de parte, de las causas que hayan impedido su conclusión, informe que estará obligado a presentar cada ocho días después del vencimiento de aquél término; y a su turno, el art.442 rezaba [e]l sumario no deberá durar más de treinta días

la ley 2372 del 17 de octubre de 1888 y vigente en el orden nacional por más de una centuria, con el claro propósito de acelerar la conclusión de los procesos asegurando la plena vigencia del principio de inmediación²⁷⁷. Así es, en efecto, porque a los fines de terminar con la permanente e insoportable lentitud de los procedimientos judiciales se instituyó la denominada *pérdida automática de la competencia* que fuera asociada a la aplicación de una multa igualmente automática sobre el sueldo del magistrado remiso, a quien, por añadidura, de incurrir por quinta vez en la misma falta, debía promoverse juicio político por mal desempeño.

Veamos, como verdadera curiosidad legislativa, sus más significativas disposiciones. Rezaba por de pronto su artículo 14, lo que sigue:

Sustituyese el art. 206 del mismo Código, con lo siguiente:

“Cuando al mes de iniciado un sumario no se hubiere terminado, el juez que los instruya deberá informar al tribunal superior respectivo, sin que medie petición de parte, de las causas que hayan impedido su conclusión; informe que estará obligado a presentar cada quince días, después de vencido aquel termino.

Cuando el juez permaneciere inactivo durante quince días hábiles, con relación a un sumario en el que no existieren diligencias pendientes, automáticamente, perderá competencia con relación a la causa, por lo que será nulo todo lo que dispusiere luego: debiendo pasar las actuaciones, inmediatamente, al que le siga en orden de turno”.

Por su parte el artículo 36 disponía

Sustituyese el art. 494 del mismo Código, con el siguiente:

“Terminada esta audiencia o, si no se hubiese señalado desde el llamamiento de autos, el Juez tendrá un plazo de veinte días para estudiar el proceso y dictar sentencia.

Transcurridos estos veinte días y otros tantos sin haber dictado sentencia, el juez automáticamente, perderá su competencia con relación a la causa, por lo que será nula la

en la Capital y sesenta en las demás secciones, no computándose en dichos términos las demoras por articulaciones maliciosas del procesado o por diligenciamiento de oficios o exhortos, cuando el retardo fuese independiente de la voluntad del Juzgado. De su parte el art. 699 ordenaba que [t]oda causa deberá terminarse completamente en el término de dos años, no computándose las demoras a que se refiere el art.442.

²⁷⁷ Así lo explica uno de los integrantes de la comisión redactora del proyecto (Vid Argibay Molina, José Francisco *Espíritu de la reforma efectuada por el decreto-ley 2021763* en ADLA 1963_A, pág.143 y stes.)

que dictase luego; debiendo pasar las actuaciones, inmediatamente, al que le siga en orden de turno.

Exceptuase de lo dispuesto en el párrafo anterior, el caso de procesos excesivamente voluminosos o complejos; en cuyo caso el Juez, pidiéndolo dentro de los primeros veinte días podrá obtener de la Cámara un plazo prudencial complementario; a cuyo vencimiento, sin haberse pronunciado, perderá su competencia”.

Por fin y en lo que en especial importa recordar, el artículo 62 ordenaba:

Sustituyese el art. 695 del mismo Código, con el siguiente:

“Cuando lo jueces no administrasen justicia conforme al emplazamiento que les hubiese hecho el superior, incurrirán en una multa equivalente al diez por ciento de su sueldo mensual.

Cuando perdiesen su competencia, por las razones expresadas en los arts. 206, 441, 494 y 580, deberán comunicarlo inmediatamente a la Cámara, por oficio, que será devuelto para su agregación a los autos. En este caso, la Cámara, en la misma providencia en que disponga la devolución del oficio, les aplicará, en cada caso, una multa equivalente al diez por ciento del sueldo que ganasen por mes; y, perdida cinco veces la competencia, promoverá el juicio político.”

El mecanismo así arbitrado funcionó con cierto éxito, aunque los memoriosos recuerdan que por aquellos tiempos proliferaron las también, por entonces, denominadas *medidas para mejor proveer*, cómodo subterfugio para eludir la fatalidad de los plazos para dictar sentencia.

Sin embargo la automaticidad de las penalidades instituidas, que claramente se insinuaban como frustratorias del derecho de defensa del juez demorado, preanunciaban el fracaso del original mecanismo ideado y así lo revelaban a comienzos del año 1965 las sólidas disidencias de los prestigiosos jueces de nuestra Suprema Corte Luis María Boffi Boggero, Pedro Aberastury y Juan Carlos Zavala Rodríguez en el caso *Jorge Luque*²⁷⁸.

Finalmente en *Juan Carlos Davel*²⁷⁹, aunque con referencia al ordenamiento procesal vigente en la provincia de Misiones –absolutamente idéntico al nacional-- la Corte, ya con otra integración, descalificó los tres *automatismos* instaurados para resguardar la

²⁷⁸ CSJN Fallos 261:73

²⁷⁹ CSJN Fallos 272:70

celeridad en los procedimientos judiciales en materia penal por lesivos a nuestro ordenamiento constitucional. Conviene recordar sus argumentos que en la misma oportunidad fueron simultáneamente aplicados *in re Jorge Luque*²⁸⁰. Dijo la Corte lo que sigue:

5º) *Que es indudable el sentido punitivo de la multa aneja a la pérdida de competencia; y evidente también que dicha pérdida de competencia; y evidente también que dicha pérdida reviste el mismo carácter, si se considera que su reiteración coloca ineludiblemente al tribunal superior en la apuntada obligación de promover el enjuiciamiento, desde que tal petición importa, por su propia índole, la formulación del reproche máximo que pueda enderezarse contra un magistrado, como que pone en cuestión su idoneidad para el ejercicio de las elevadas funciones que está llamado a desempeñar.*

6º) *Que no puede reputarse objetable la promoción de un enjuiciamiento sobre la base de repetidas e injustificadas demoras en el trámite y resolución de las causas judiciales. Pero si lo es que la ley haya creado un sistema mecánico de sanciones en tan delicada materia, o sea que funciona automáticamente, sin tomar en cuenta, por justificadas que fueren, las razones determinantes del retardo en que haya podido incurrir el magistrado.*

Ello así porque en definitiva, por esta vía se llega a establecer una responsabilidad de carácter objetivo, ya que acarrea al destinatario, y le obliga a soportar en forma inexorable, consecuencias de naturaleza muy grave –inclusive, como se ha dicho, la máxima sanción que puede corresponderle a un juez: su remoción.

7º) *Que el régimen instaurado por los arts. 16 y 62 de la ley misionera n° 346, desconoce también el principio de la independencia del Poder Judicial porque comporta una indebida intromisión en el ejercicio de las atribuciones de superintendencia que le están reservadas: no porque el legislador carezca en absoluto de facultades para establecer infracciones y ara reglamentar la naturaleza y extinción de las sanciones; sino porque, pasando por sobre lo que es de la esencia de la función judicial, constriñe a los tribunales superiores a actuar en forma ciega. Obligándoles automáticamente a aplicar sanciones pecuniarias y aún a promover enjuiciamiento sin escuchar descargo alguno de os interesados. Todo esto, sin olvidar que también conspira contra la independencia de los*

²⁸⁰ CSJN Fallos 272: 67

jueces un sistema que, tal cual ha sido organizado por la legislación impugnada, les expone al riesgo de sufrir en su patrimonio y de perder su inamovilidad por causas que pueden ser en absoluto ajenas a su voluntad y aunque se trate de magistrados dignos y merecedores de toda consideración por sus dotes de honestidad, capacidad y contracción al trabajo.

La severa decisión del Alto Tribunal movió al entonces gobierno de facto a modificar sustancialmente el mecanismo ya descrito, eliminando los *tres automatismos* descalificados por contrarios a nuestra ley suprema; así fue que se dictó la llamada ley 22.383 (BO 28/1/81) por la que se corregía disciplinariamente al juez remiso, incluso, castigándose su incuria con multa sobre un porcentaje de su sueldo, pero admitiéndose su dispensa *si mediare causa justificada*²⁸¹.

La sustitución del centenario ordenamiento por el Código Procesal Penal de la Nación aprobado por la ley 23.984 -que aunque derogado por el denominado Código Procesal Penal Federal (leyes 27.063 y 27.150 y sus modificatorias) continúa aplicándose en nuestros días, tanto en la justicia federal (con alguna excepción), como en la magistratura nacional (pendiente de ser transferida a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) - ha restado, toda virtualidad práctica al fallido intento de terminar, mediante tales arbitrios, con las tardanzas en sentenciar, al imponer que tras la conclusión del debate los jueces deben de inmediato pasar a deliberar y tras la deliberación dictar el fallo salvo que por *la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora hiciere necesario diferir la redacción de la sentencia* [en cuyo caso] *se leerá tan solo su parte dispositiva, fijándose audiencia para su lectura integral* (art.400 segunda oración).

Volvamos ahora a la regulación de las dilaciones procesales indebidas en los instrumentos convencionales ya mencionadas.

4. El derecho internacional de los derechos humanos

Dice la *Convención Americana de Derechos Humanos* en lo que aquí importa anotar:

²⁸¹ En materia procesal civil ocurrió algo similar en tanto la ley de facto nro. 22.434 (BO 28/3/81) procedió a sustituir similar automatismo previsto en la versión original del código aprobado por la ley nro. 17.454 de idéntico origen.

Artículo 7°- Derecho a la libertad personal

.....

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso [...].

.....

Artículo 8° - Garantías judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independientemente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

A su turno el *Pacto Internacional de derechos civiles y políticos* suscripto en la ciudad de Nueva York en lo que aquí nos atañe, expresa:

Artículo 9°

.....

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, e en cualquier otro momento de las diligencias procesal y, en su caso, para la ejecución del fallo.

Artículo 14

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

.....

c. A ser juzgada sin dilaciones indebidas

Veamos seguidamente la proyección de estos ordenamientos en las decisiones recaídas en la más alta instancia federal.

5. La Corte Suprema y el derecho de los tratados

El influjo de la aplicación de este conjunto normativo por parte de los organismos internacionales, bien pronto se reflejó en los fallos de nuestra Corte²⁸² y es así que la inserción constitucional del derecho de los tratados se destacó en las disidencias recaídas en el caso *Benjamín Kipperband*²⁸³ disidencias que se convirtieron en sentencia en el caso *Roberto Eugenio Tomás Barra*²⁸⁴ en el que por imperio de lo prescripto en el *art.18 de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales suscriptos por la República*, por haberse resuelto en contra de ellos y haberse vulnerado la garantía del *plazo razonable de duración del proceso*, pese a no tratarse de una sentencia definitiva (denegatoria de la prescripción de la acción), se declaró procedente el recurso extraordinario y se revocó la sentencia que rechazó el artículo extintivo.

Ya con anterioridad a esta última decisión, el Alto Tribunal *in re Angélica Lía Amadeo de Roth*²⁸⁵ había descalificado el proceso seguido por el delito de lesiones culposas que sin llegar siquiera a una sentencia absolutoria o condenatoria, se extendió a lo largo de veinte años; y lo hizo, amén de la obligada cita de nuestros históricos resguardos constitucionales, con la expresa invocación del art. 14, ap. 3, inc. c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en cuanto asegura el derecho de *toda persona acusada de un delito [...] a ser juzgada sin dilaciones indebidas*.

El peso de las garantías aseguradas por los arts. 7º inciso 5º y 8º inciso 1º de la CADH se hizo sentir asimismo en *Miguel Ángel Egea*²⁸⁶ en el que la Corte, por remisión al dictamen de la Procuración General, consideró que mediaba vulneración al resguardo si después de doce años de trámite sin haberse dictado el fallo, resultaba *difícil conjeturar que se obtendría a corto plazo una resolución definitiva del pleito que p[usiera] fin a las*

²⁸² En rigor la primera interpretación que hizo la Corte de la expresión *plazo razonable* fue con motivo de la invocación que en el caso *Mario Eduardo Firmenich* de Fallos 310: 1476 se hiciera del art. 7º. Inc, 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos vinculado al juzgamiento de toda persona privada de su libertad. En esta ocasión la Corte afirmó con remisión a la doctrina sentada respecto de la Convención que rige en el *viejo continente [...] por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...] que está reconocido por todos la imposibilidad de traducir el concepto “plazo razonable” en un número fijo de días, semanas, de meses o de años, o de variar la duración según la gravedad de la infracción*.

²⁸³ CSJN Fallos 322: 360

²⁸⁴ CSJN Fallos 327: 327

²⁸⁵ CSJN Fallos 323: 982

²⁸⁶ CSJN Fallos 327: 4815

restricciones que implica el mero sometimiento [...] al juicio penal. Pero fue recién en el caso *Néstor Horacio Acerbo*²⁸⁷ que nuestro tribunal cimero en virtual unanimidad (solo se computa la disconformidad puramente formal de la ministra Argibay) haciendo suya la opinión del Ministerio Público quien consideró, como lo sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *que el concepto de plazo razonable al que se hace referencia en el artículo 8º, inc. 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos, “debe medirse en relación a una serie de factores tales como la complejidad del caso, la conducta del inculpado y la diligencia de las autoridades competentes en la conducción del proceso” haciendo suyo ese criterio –se repite- y con fundamento en la grosera tardanza con la que se condujeron los procedimientos (tras doce años de parsimoniosa tramitación recién estuvo la defensa en condiciones de contestar la acusación) se hizo lugar a la queja y se revocó el auto desestimatorio de la prescripción de la acción penal.*

Este último criterio, esto es: el comportamiento irregular de las *autoridades competentes* como generador de la violación al derecho al juicio rápido, se vio reafirmado en *Gladi María Cuatrín*²⁸⁸ ocasión en que la Corte evaluó la *grave irregularidad en la sustanciación del proceso puesta de manifiesto en la tardanza para recibirle declaración indagatoria, [la que] no puede ser ponderada en perjuicio del imputado.* El concepto se reiteró en *Moira Santander*²⁸⁹ en el que se resolvió que *la duración indebidamente prolongada de la causa por casi quince años –que no puede ser atribuida a la imputada, ni a la complejidad del caso- viola ostensiblemente el derecho de ser juzgado en un plazo razonable (art. 8º. 1. de la Convención Americana de Derechos Humanos).*

Por fin en *Héctor Salgado*²⁹⁰, tras reiterarse la procedencia formal del recurso extraordinario por haberse puesto en cuestión en la especie la garantía de ser juzgado en un plazo razonable y haber resultado la resolución recaída en el incidente de prescripción adversa al impugnante, se sostuvo –por remisión al dictamen de la Procuración General- que incumbía a la defensa la demostración de lo irrazonable prolongación de los procedimientos *pues en esta materia no existen plazos automáticos o absolutos y [que] precisamente, “la referencia a las particularidades del caso aparece como ineludible”.*

²⁸⁷ CSJN Fallos 330: 3640

²⁸⁸ CSJN Fallos 331: 600

²⁸⁹ CSJN Fallos 331: 2319

²⁹⁰ CSJN Fallos 332: 1512

Veamos, tras esta ligera reseña, algunas conclusiones que sugiere el panorama que se ha dejado recordado. Lo que inicialmente surge con notable claridad es que para nuestra Corte el llamado por los instrumentos internacionales incorporados a nuestra Ley Suprema, *plazo razonable*, a diferencia de la *prescripción*, no tiene una determinación temporal precisa, que no se confunde con ella y que se determina judicialmente *caso por caso*, como, por ceñida mayoría, se dejó dicho en *Sergio Omar Ramos*²⁹¹. Pero también resulta que bajo tales pautas no es posible determinar *ex ante* el momento preciso en que se produce su violación y que si se pone en manos de los propios tribunales –a veces los verdaderos responsables de las dilaciones indebidas - la decisión de cuando ella se ha producido- y si no se pierde de vista que el efecto de su reconocimiento genera nada más ni nada menos que la extinción del delito- también resulta –se repite-, que bajo esta hermenéutica desde el ángulo de la *ley previa al hecho* (CM, art. 18), no puede disimularse cierta perplejidad. Procuremos entonces disiparla.

6. *Quid del plazo razonable*

Tanto la propia *vaguedad* del sintagma adjetival *plazo razonable*²⁹², como los criterios sentados por los organismos internacionales alrededor suyo²⁹³, cuya jurisprudencia ha sido la guía exegética que inspiró su propia doctrina, ha movido a nuestra Corte a caracterizar el mencionado plazo como de naturaleza *judicial* o sea, según uniforme doctrina, librado exclusivamente, en su extensión temporal y en cada caso, *al arbitrio del juez o tribunal*²⁹⁴.

Así es, en efecto, pues como lo informa la Procuración General –y volvemos al ya mencionado caso *Sergio Omar Ramos*²⁹⁵ cuyo dictamen la Corte hizo suyo-, *el plazo razonable que garantizan la Constitución y el derecho internacional de los derechos*

²⁹¹ CSJN Fallos 338: 1538.

²⁹² Al referirse a la ambigüedad de los lenguajes naturales y especialmente a cierta incertidumbre que genera su interpretación Genaro R. Carrió incluye, precisamente, a la expresión *plazo razonable*. Véase *Notas sobre Derecho y Lenguaje* Abeledo Perrot 1973, pág. 30. Y José Ferrater Mora advierte que el concepto de *vaguedad* está estrechamente relacionado con el de *lo borroso* que es aquello que carece de *límites precisos* (*Diccionario de Filosofía* Editorial Ariel SA Barcelona 1999 tomo I, pág. 409).

²⁹³ La propia Corte IDH ha sostenido que el citado conjunto semántico *no es un concepto de sencilla definición* en el caso *Genie Lacayo vs Nicaragua* sentencia de 29 de enero de 1997 parágrafo 77.

²⁹⁴ Por todos: Palacio, Lino Enrique *Derecho Procesal Civil* Abeledo Perrot Cuarta edición actualizada por Carlos Enrique Camps, 2017, T.II, pág.1347.

²⁹⁵ Conviene anotar que esta doctrina se reiteró *in re Oscar Alejandra Núñez* ya citado en nota 6.

humanos ha de ser determinado judicialmente en cada litigio, tomando en consideración los rasgos particulares del caso concreto; y sea cual fuere el lapso que de ese modo se declare, su cumplimiento determinará la extinción de la pretensión punitiva a pesar de que los términos de prescripción dispuestos en la ley ordinaria indiquen lo contrario (?) –con énfasis añadido- .

El criterio así sentado, que en lo que concierne al quien y al como de la *Fall*minación de los *tiempos muertos* del proceso viene a coincidir, como se ha visto, con la jurisprudencia elaborada tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como por la Corte Interamericana, ha importado –por falta de una regulación normativa de carácter doméstico- consagrar una enorme discrecionalidad que pone en cabeza del propio juez o tribunal acusado de morosidad, el juzgamiento de la diligencia o no con la que se ha desenvuelto en el caso: un verdadero oxímoron procesal, absolutamente incompatible con el *principio de legalidad* que es, en definitiva, de la esencia del efecto extintivo que genera la violación a la garantía constitucional de que se trata²⁹⁶.

Por eso no ha de extrañar la especial preocupación que se lee en una de las disidencias del caso *Benjamín Kipperband*, ya recordado, cuando se dice que *afirmar que los jueces no pueden fijar con precisión matemática cual es el plazo razonable de duración de un proceso, no equivale a eximirlos de profundizar y extender los argumentos de su decisión, a fin de que la valoración pueda ser examinada crítica-mente y de evitar que se convierta en la expresión de una pura subjetividad inmune a la misma razón a la que el concepto “razonabilidad” alude (Fallos 322: 364).*

De ahí que frente al carácter extintivo que es propio de la violación del resguardo constitucional y cuyo inevitable efecto es la eliminación definitiva de la punibilidad del delito²⁹⁷, se impone inquirir la siguiente cuestión ¿debiera regular la legislación interna de

²⁹⁶ En más de una ocasión a partir de *Fallos* 312: 2075 la Corte ha sostenido con relación a la violación a la garantía del juicio rápido que el *pronunciamiento garantizador del artículo 18 de la Constitución Nacional [...] puede consistir naturalmente en la declaración de prescripción de la acción penal* Y respecto de esta causal extintiva en el antiguo precedente de *Fallos* 287: 76 sostuvo que *el instituto de la prescripción cabe sin duda en el concepto de “ley penal” desde que esta comprende no solo el precepto, la sanción, la noción de delito y la culpabilidad sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva*, criterio que se reiteró modernamente en *Fallos* 335: 1480, considerando 8°).

²⁹⁷ Nuñez, Ricardo C. *Derecho Penal Argentino* Tomo segundo Bibliográfica Omeba Buenos Aires, pág. 150 y especialmente Maggiore, Giuseppe *Derecho Penal* Volumen II Editorial Temis Bogotá 1954, pág. 349 y stes.

cada Estado el plazo máximo de duración del proceso penal o, por el contrario es suficiente dejarlo en mano de la prudente discrecionalidad de los jueces?

La cuestión ha sido controvertida y merece capítulo aparte.

7. La regulación legal del plazo razonable

En la recordada disidencia del caso *Benjamín Kipperband* se lee que [e]l legislador puede establecer plazos de duración perentorios para los procesos superados los cuales no sea posible relativizar o justificar ninguna dilación ulterior. Advierte sin embargo Kemelmajer de Carlucci²⁹⁸ que [h]ce más de treinta años, el TDEH tuvo un debate interno sobre si debía o no fijar un plazo estándar común que marque la dilación indebida de los procesos. Y agrega que: [t]riunfó la tendencia que se negó a formular un plazo en abstracto, por lo que la dilación debe siempre verificarse en concreto, criterio con el que coincide la prestigiosa académica que adhiere así a la posición de quienes sostuvieron que la noción de duración razonable del proceso es particularmente elástica y no se presenta de manera manifiesta [que] no es un concepto absoluto [y] necesita ser relativizado, contextualizado, balanceado. Y conforme su visión del asunto, pone en duda el acierto de varias leyes europeas que han fijado plazos y cita como ejemplo la ley italiana de 2012 que considera respetado el término razonable si el proceso no excede de tres años en primera instancia, dos años en segunda instancia y un año en casación.

Nuestra doctrina se ha detenido más en el *cómo reparar* la violación de la garantía, que en el *cómo procurar la evitación* de su transgresión que, según se entiende, frente a la extrema subjetividad de su determinación por el propio órgano judicial (que pudo resultar el responsable), reclama la precisión normativa de la perentoriedad del tiempo durante el cual el Estado puede mantener vigente la persecución penal sobre el imputado. En pocas palabras: exige la fijación de un *término* cierto al denominado plazo razonable. Pero como se ha señalado, no ha sido esta, salvo contadísimas excepciones²⁹⁹, ni la inquietud de los

²⁹⁸ Kemelmajer de Carlucci, Aída *Responsabilidad del Estado por la violación al derecho a un juicio sin dilaciones indebidas en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su proyección en la Corte Interamericana de Derechos Humanos* en ANALES Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Segunda Época. Año LIX nro.52 Buenos Aires 2014, pág. 155 y stes. (la cita es de pág. 178)

²⁹⁹ Lanzón, Román P. *La prescripción de la acción y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable-Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. En Revista de Derecho Penal y Procesal Penal Abeledo Perrot. Nro. 2, febrero 2010, pág.- 247 y stes.

doctores, ni el actuar de nuestros legisladores que se hallan en deuda en acordarle a la garantía la reglamentación que reclama, pues en el marco del derecho judicial *no existen pautas claras tendientes a identificar cuando la duración del proceso se convierte en “irrazonable”*³⁰⁰.

Así en opinión de la reconocida académica Kemelmajer de Carlucci recientemente traída al cruce, por aquello de que *el bolsillo es la víscera más sensible, el justiciable merece ser reparado al menos del daño moral [pues] pues estar sometido durante interminables años a un proceso judicial es una verdadera humillación*³⁰¹. Enrique Bacigalupo, de su parte, sostiene con apoyo en lo resuelto por la Sala Penal del Tribunal Supremo de España que *las dilaciones indebidas en el proceso penal deben ser reparadas en la sentencia mediante una compensación de la lesión sufrida en la cantidad de pena aplicada*³⁰², mientras que Carlos Creus opina que cuando por el tiempo transcurrido resulta innecesario cumplir con el fin preventivo de la pena, el imputado debe ser absuelto³⁰³.

Frente a este verdadero desconcierto ha sido sin duda Daniel R. Pastor quien ha demostrado de manera irrefutable la obligación que impone la propia Convención ADH a cada uno de los estados parte de regular legislativamente la duración del proceso penal y para ello recuerda que el artículo 2° del referido instrumento dispone que *[s]i el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1° no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.*³⁰⁴

Y a lo largo de su sólido trabajo el autor descubre el ostensible (aunque inadvertido por la generalidad) incumplimiento de la obligación impuesta al legislador nacional por la convención constitucionalizada, al margen de la deuda que reclama el haber

³⁰⁰ Lonzón, Román P. ob. y loc. Cit. pág. 262

³⁰¹ Op. y loc. cit. pág. 185.

³⁰² *El debido proceso penal* Buenos Aires Hammurabi 2005, pág. 87 y stes. (la cita es de pág. 89). Coincide con Bacigalupo, Mario Villar para quien la solución ha de buscarse en la determinación de la pena por vía de los arts. 40 y 41 del Código Penal de la Nación, véase *La duración excesiva del proceso* en LL 2004-D, 517.

³⁰³ *El principio de celeridad como garantía del debido proceso en el sistema jurídico penal argentino* en LL 1993-B, 894.

³⁰⁴ Pastor, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho Ad-Hoc* Buenos Aires 2002, pág.352 y stes.

asumido la Nación Argentina la condición de un Estado de Derecho en orden a la fijación de la determinación temporal cierta de la duración del enjuiciamiento penal, amén de destacar el desacierto de dejar librado a los tribunales –según la opinión dominante- la determinación de los casos en concreto en que se ha superado la garantía de que se trata.

Y en cuanto a los efectos que cuadra asignar al incumplimiento del plazo razonable, nuestro autor lo asimila al que le es propio a un *impedimento procesal*³⁰⁵ y a su juicio la fórmula que mejor se le adapta para lograr en la práctica su efectividad, es la propia de estos accidentes procesales: la imposibilidad de proceder *que en el derecho procesal penal nacional se canaliza a través de la excepción de falta de acción por aplicación analógica [...] de las previsiones de la prescripción del delito*³⁰⁶.

El recorrido que hemos practicado por las sentencias dictadas por nuestro tribunal supremo sobre la cuestión que nos ocupa, permite rescatar inicialmente como idea central de los efectos que genera la violación a la garantía del juicio rápido: *la insubsistencia* de los actos procesales cumplidos a partir del momento en que se ha vulnerado el resguardo, una categoría que nuestros regímenes de enjuiciamiento no han incorporado pero que por sus consecuencias resulta asimilable a la nulidad que sanciona, entre otros supuestos, al acto cumplido en tiempo inoportuno; pero también permite concluir en que esa insubsistencia genera *la extinción de la acción penal* aun cuando no haya operado la prescripción del delito con arreglo a las directivas que impone la ley penal sustantiva³⁰⁷.

En sentido concordante con cuanto acaba de señalarse, se ha puntualizado desde la mejor doctrina nacional que *existe sí un plazo procesal importante que conduce a la extinción de la acción penal, esto es la caducidad de la persecución penal, ya sin fundamento en la regla respectiva del CP (art. 59 y ss.), sino, antes bien, con base jurídica incluso superior en grado a la del Derecho común: se trata del llamado plazo razonable de duración del procedimiento (derecho a un juicio rápido) establecido por las conven-*ciones

³⁰⁵ Sobre este tema ya nos había ilustrado el jurista en su trabajo intitulado *Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales* publicado en la obra colectiva *Nuevas formulaciones en las ciencias penales-Homenaje al profesor Claus Roxin* Marcos Lerner Editora Córdoba 2001, pág. 793 y stes.

³⁰⁶ Pastor, Daniel R. *El plazo razonable....* cit. págs. 612 y 677 y ste.

³⁰⁷ Bacigalupo, Enrique *El debido proceso penal* citado, pág. 89

*internacionales de derechos humanos, universal y regionales, hoy incluidas en el texto constitucional*³⁰⁸.

Y ya se ha visto que lo atinente a este aspecto de la cuestión penal, se enrola en el *principio de legalidad* en tanto que –y son palabras de la Corte– la prescripción de la acción constituye *un impedimento a la operatividad de la penalidad*³⁰⁹. De ahí que estemos en condiciones de sentar la conclusión a la que nos conduce este breve ensayo.

8. Sobre la ley reglamentaria del plazo razonables y el principio de legalidad

Si estamos ciertos de que la extinción de la acción penal hace parte de la *ley anterior al hecho* (CN, art. 18) y que esta *lex praevia* debe inexorablemente ser, además, *scrpta, stricta* y *certa* amen de ser originaria, como toda ley común, del Poder Legislativo Nacional no puede sino arribarse a la indiscutible conclusión de que los jueces, cuando se pronuncian en torno a la violación del *plazo razonable* no están respetando cuanto impone el sistema constitucional de división de poderes en tanto, bien vistas las cosas, se arrogan indebidamente de competencias parlamentarias que obviamente le son ajenas y, naturalmente que, en forma paralela, el legislador permanece inerte, es decir: en falta por incumplimiento del deber reglamentario que le impone a este respecto el derecho de los derechos humanos entre nosotros; por añadidura, constitucionalizado³¹⁰.

Una sentencia relativamente reciente de nuestro tribunal cimero, vuelve a pronunciarse sobre las incumbencias legislativas a nivel provincial en materia de causales extintivas de la acción penal. Se trata del caso *Brian Alan Price*³¹¹ en el que se debatió la constitucionalidad del artículo 282 del Código Procesal Penal de la provincia del Chubut³¹² que asigna efectos extintivos al plazo de duración del procedimiento preliminar que allí se fija. Por tres votos sustancialmente coincidentes y la concurrencia del ministro Lorenzetti,

³⁰⁸ Maier, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal* Tomo III Parte general Actos procesales Editorial del Puerto Buenos Aires 2011, pág. 25.

³⁰⁹ CSJN Fallos 335: 1480 considerando 8º).

³¹⁰ Pastor, Daniel R. *El plazo razonable...* cit. pág. 350 y, stes.

³¹¹ CSJN Fallos 344: 1952

³¹² El mencionado precepto, cuya constitucionalidad se cuestionó en el caso, establecía que la etapa preparatoria tendría una duración máxima de seis meses contados desde la realización de la audiencia de apertura de la investigación, y preveía que debía dictarse el sobreseimiento del imputado en el caso de que hubiera transcurrido el plazo previsto –o el de sus eventuales prorrogas– sin que el fiscal presentara la acusación.

con la ostensible ausencia del juez Rossati³¹³, se pronunció nuestra Corte siguiendo antiguos precedentes suyos, por la inconstitucionalidad del precepto por tratarse de materia propia del Código Penal y por tanto no delegada en las provincias por imperio de lo prescripto por los arts. 75 inc. 12 y 126 de la Constitución Nacional.

La reglamentación legislativa de la garantía del plazo razonable de duración del proceso penal que se propicia debe, pues, partir de una ley de la Nación en la que el legislador habrá de tener en cuenta la jurisprudencia tanto nacional como regional y por su propio carácter de ley penal, no dictarse *extra codicem*, sino incorporarse al respectivo código evitándose de este modo todos los inconvenientes que son propios de la *descodificación*³¹⁴ y en tal sentido debiera encontrar su precisa ubicación, en el art. 59 del respectivo ordenamiento sin que esto importe el avasallamiento de las autonomías provinciales.

³¹³ Es conocida la posición del magistrado relativa al federalismo de la Constitución Nacional frente al unitarismo de los códigos de fondo como puede verse en *Fallos* 342: 1903 y 343: 1218

³¹⁴ Ver por todos Pastor, Daniel R. *Recodificación penal y principio de reserva de código* Ad-Hoc Buenos Aires 2005, *passim*

REVISIÓN CRÍTICA DEL ARBITRAJE EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Por Ignacio Agustín FALKE³¹⁵

Sumario: I.- Exordio.- II.- Hacia la deconstrucción del arbitraje.- *II.1.- Punto de partida.- II.2.- Faz conceptual.- II.3.- Antecedentes históricos: el arbitraje desde el siglo XIX a nuestros días. Breves anotaciones.*- III.- El arbitraje nacional antes de la sanción del CCyCN.- *III.1.- Algunas precisiones.- III.2.- Los diferentes tipos de arbitraje.- III.3.- Algunas anotaciones en torno al juicio arbitral.- III.4.- Aspectos procesales salientes.*- IV.- Esbozo crítico de la recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación.- *IV.1.- La ausencia de consenso.- IV.2.- La inconveniencia de la incorporación en el Código de fondo.- IV.3.- La ausencia del arbitraje colectivo y la prohibición de sustanciar las cuestiones relacionadas al derecho del consumidor.*-V.- El arbitraje en el CCyCN.- *V.1.- Delimitación de la proposiciónV.2.- Apostillas para una revisión.*- VI.- Reflexión final

I.- Exordio

El Código Civil y Comercial nacional adopta -en esta materia- una postura iusprivatista, más específicamente contractualista, que constituye -a todas luces- un cambio abrupto de criterio legislativo. Ello así, en tanto deja de ser normado como un instituto esencialmente jurisdiccional, o como un método heterocompositivo de resolución de controversias para ser receptado directamente como un contrato típico³¹⁶.

³¹⁵ Abogado; Director del Centro de Estudios Procesales de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador. Director de la Revista de Derecho Procesal Institutas.

³¹⁶ Así ver lo expuesto en MÉNDEZ, Héctor O., MÉNDEZ, Agustina M., “Recursos en el arbitraje a tenor del nuevo Código”, LL del 28/12/2015, Tomo 2016-A.

Me voy a permitir una respetuosa disidencia con la postura adoptada, toda vez que pone decididamente en crisis esa relación proporcional que existía con el régimen del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación entre lo privado y lo público.

Nota aparte, desde luego, merece el hecho de que, en función de nuestro sistema federal, esta reforma, con esta nueva postura, influye sobre todos los Códigos Procesales locales, atentando contra la autonomía de las provincias de conformidad con la letra de la Carta Magna³¹⁷.

El criterio adoptado llevando al arbitraje como un contrato típico -me permito la redundancia- es a mi juicio, una posición que atenta contra su razón de ser, pero que atenta además contra pronunciamientos de nuestro Máximo Tribunal Constitucional que dejan de manifiesto en forma pacífica el fin público o jurisdiccional del arbitraje³¹⁸.

II.- Hacia la deconstrucción del arbitraje

II.1. Punto de partida.

La deconstrucción del arbitraje y su consecuente revisión crítica, la analizaremos en una doble faz: como primera medida desde un cariz conceptual y, en segundo lugar, desde la faz histórica.

II.2. Faz conceptual

Muchas han sido las significaciones esbozadas sobre este instituto por maestros de la doctrina procesal nacional e internacional y por especialistas del arbitraje.

³¹⁷ Coincido con la criteriosa postura esbozada por FALCÓN que sostiene que “El Código tiene numerosos aciertos y errores tanto de significación en algunas palabras como de inclusión o exclusión de ciertas normas. Aunque se corrigieron algunos errores de redacción, no se hizo lo mismo con los términos técnicos. Pero eso no es el objeto del presente, sino examinar los efectos del Proyecto sobre el proceso civil y comercial, ya que tanto las modificaciones sustanciales (como por ejemplo la representación) cuanto procesales (tales como determinar el proceso a seguir en materia de familia), por solo citar dos de las numerosas normas que hacen al derecho procesal, imponen un examen más o menos exhaustivo de ellas, para ver cuáles son la diferencia con las anteriores o cuales son las modificaciones que colisionan con normas procesales vigentes. No escapa a las consideraciones precedentes que las cuestiones procesales corresponden a las provincias conforme la Constitución Nacional, pero tampoco cabe dudar sobre la interacción del el Derecho sustancial y el Procesal en cada una de sus especialidades sin que con ello se afecte la autonomía del Derecho Procesal, aunque cuando esa interacción es extensa, como sucede en el presente caso, en realidad se detiene la evolución jurídica y se perjudica la gestión judicial, a la vez que se atenta contra el sistema federal y la autonomía provincial”; Cfr. FALCÓN, Enrique M., *El derecho procesal en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2014, ps. 9 y sgte.

³¹⁸ Por ejemplo, ver CSJN Fallos: 247:323; 296:230; 302:1280; 320:700; 320:2379; 322:1100.

MORELLO, profesa que es un mecanismo extraño aunque no disgregado diferente a los de la función jurisdiccional³¹⁹.

De otra parte, PALACIO, sostiene que el instituto de marras es una opción que otorga la ley para que las partes de una contienda puedan someter el conflicto a consideración de árbitros o amigables componedores, según corresponda, los que en ningún caso tendrán facultades para dictar medidas compulsorias o de ejecución³²⁰.

Roque CAIVANO asevera que es un método o una de las formas de resolución de conflictos, en el que la decisión la toman particulares, es decir, el asunto que se encuentra en disputa lo resuelven personas que “no revisten la calidad de jueces estatales”³²¹.

Sobre esta conceptualización entonces se afincará el presente trabajo para una revisión crítica.

Ahora bien, si bien se puede llegar a pensar que el arbitraje es una creación moderna, la historia del derecho y sus escritos indican todo lo contrario³²². Paradójicamente es una institución que tiene miles de años de antigüedad. En su primera manifestación este instituto se muestra y desenvuelve de una manera distinta a lo que lo conocemos en la actualidad, lo que no implica que no haya sido la misma figura que se ha ido perfeccionando y desarrollando en paralelo a la evolución de las sociedades.

En efecto, el arbitraje toma vida desde el momento en que los seres humanos toman nota de que tienen el deber de organizar su vida en relación, y por lo tanto, tenían la obligación de derivar y confiar la solución de sus disputas en un tercero³²³. Y, en las organizaciones anteriores a la creación misma del Estado, el papel de lo que actualmente se entiende como árbitro, lo cumplían el anciano, el sacerdote, el poderoso, papel que se fue diluyendo con la creación del Estado corriendo al arbitraje a un plano inferior, toda vez que la función de administrar justicia fue tomada por uno de los órganos del Estado³²⁴. Con ello

³¹⁹ MORELLO, Augusto M., *El arbitraje y sus desafíos*, Lajouane, Buenos Aires, 2005, p. 21.

³²⁰ PALACIO, Lino E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1968, T. 2, ps. 415 y sgte.

³²¹ CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, p.47.

³²² FALCÓN sostiene que “la voz arbitraje deviene de hallar el justo medio evaluado por el criterio de la persona llamada a laudar sin sometimiento a reglas o imposiciones predeterminadas. El arbitraje se conoce desde prácticamente los comienzos de la civilización...”; Cfr. FALCÓN, Enrique M., “El arbitraje y el proyecto de Código Civil y Comercial”, *Diario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires* del 20/12/2012.

³²³ CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, *ob. cit.*, p.22.

³²⁴ Ampliar en VIDAL RAMIREZ, Fernando, *Manual de Derecho Arbitral*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

se puede ver que el arbitraje históricamente nunca perdió su vigencia como medio de solución de disputas, lo que ha ocurrido, en cambio, es que ha pasado a un plano estrictamente privado, delegando el Estado la solución de determinados tipos de conflictos, en el caso de que los particulares así lo estipulasen.

Estamos entonces frente a un instituto que no solo es anterior a la administración de justicia, sino que es anterior a la organización del Estado. Es que representó, a lo largo de mucho tiempo, lo que para nosotros hoy es el servicio de justicia como un gran “servicio de paz jurídica”³²⁵, a pesar de las limitaciones obvias que acarreaban por la época en la que estamos colocados.

Por todo ello, estamos frente a una figura con una larga tradición, que en una primera etapa de la historia de la humanidad era la única forma en que se resolvían las disputas entre dos personas. En definitiva, este instituto que por momentos parece inquietar, fue en algún período, antes de la existencia de las instituciones públicas, la manifestación del poder jurisdiccional que era ejercido por hombres sumamente respetados por el común de los integrantes de un determinado lugar.

Sin embargo, y para finalizar el presente, y a pesar de la vinculación indudable que surge del presente con lo jurisdiccional, al triunfar en el debate la tesis contractualista, en buena parte se resignifica el instituto con la recepción junto a los contratos en particular, en un camino transitado por diecisiete artículos que va del art. 1649 a 1665.

De ordinario, que se encuentre normado en un Código de fondo es el primer inconveniente, sin desconocer, desde luego, que es una posición sostenida por respetadísimos doctrinarios y son los que abogan por la tesis contractualista del instituto en estudio.

II.3. Antecedentes históricos: el arbitraje desde el siglo XIX a nuestros días.

Breves anotaciones

En los años 1859 y 1869, el arbitraje fue receptado en el Código de Comercio y el Código Civil, respectivamente confiriéndole al instituto en estudio el alcance conceptual de

³²⁵ MORELLO, Mario A., SOSA, Gualberto L., BERIZONCE, Roberto O., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y Anotados*, Librería Editorial Platense S.R.L. - Abeledo – Perrot, La Plata, 1982, T.I, p.214.

ser un sistema privado para resolver controversias en propias que sean susceptibles de transacción distinta, desde luego, de la administración de justicia estatal.

La Ley de Enjuiciamiento Civil y Comercial para la Provincia de Buenos Aires se sancionó en el año 1878. Dos años más tarde sufrió modificaciones mutando al Código de Procedimientos en materia Civil y Comercial. Allí, es donde asoma el arbitraje como un proceso para resolver controversias, diferente al proceso jurisdiccional.

Los cuerpos normativos citados en el párrafo anterior tienen como antecedente directo la regulación española³²⁶, que desde antaño, receptaron al instituto en estudio como un proceso privado disímil al judicial, con un tratamiento específico al contener disposiciones en torno al juicio de árbitros y el de amigables componedores.

Los Códigos Procesales nacionales mantuvieron una regulación semejante hasta el vigente en la actualidad, normando al arbitraje como un proceso de naturaleza jurisdiccional privado, afincándose en la tradición del derecho Romano-Germánico del *Civil Law* y del derecho español.

III.- El arbitraje nacional antes de la sanción del CCyCN

III.1.- Algunas precisiones.

En apretada síntesis explicaremos el arbitraje a la luz del sistema del Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación en sus aspectos más prominentes que, a mi juicio, merecen ser puestos sobre tablas para luego poder exponer con claridad en tono revisionista la regulación luego adoptada por el Código Civil y Comercial de la Nación.

III.2.- Los diferentes tipos de arbitraje

De la lectura del Código Procesal Civil y Comercial, lucen tres tipos de arbitrajes: el juicio arbitral, juicio de amigables componedores, y la denominada pericia arbitral.

El juicio arbitral consiste sencillamente en un pleito en el cual los árbitros decidirán la cuestión litigiosa según el derecho positivo. De esta manera, los árbitros resolverán el caso del mismo modo que lo haría un magistrado en la justicia ordinaria.

En consecuencia, el fundamento de sus laudos debe ser conforme al derecho fondo. Es por ello, que CAIVANO define a esta figura como “arbitraje de derecho” y a los árbitros

³²⁶ Ley de Madrid del año 1502; Odenanzas de Bilbao del año 1737; Código de Comercio Español del año 1829; Leyes de Enjuiciamiento españolas de los años 1855 y 1881.

“árbitros iuris” destacando que si bien en la legislación positiva argentina no se exige de manera expresa, se reconoce como necesidad que los árbitros sean abogados³²⁷.

Por otra parte, está en el abanico de arbitrajes el juicio de amigables compondores que presenta dos características que merecen ser destacadas:

Como primera medida y con arreglo de lo dispuesto en el artículo 766 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cabe señalar que de no haberse pactado expresamente que el arbitraje es de derecho, es decir, que el conflicto será ventilado en un “juicio arbitral”, o se hubiese autorizado a los árbitros a decidir la disputa según las reglas de la equidad, deberá necesariamente considerarse que el arbitraje es de amigables compondores³²⁸.

La segunda nota saliente, es que el laudo que se dicte en el marco del juicio de amigables compondores no es recurrible³²⁹, salvo que mediere un pronunciamiento fuera de término o que se haya pronunciado sobre puntos que no se encontraban en disputa. En ese caso, las partes -de conf. Con el art. 761- podrán pedir su nulidad, a través de una demanda por nulidad. La demanda de nulidad es una pretensión autónoma, en su caso, debe ser deducida dentro de los cinco (5) días de haber sido notificados del laudo. El juez le dará traslado a la contraparte por el termino de cinco (5) días y contestado o vencido el plazo para hacerlo, el magistrado resolverá sin más trámite acerca de la validez o nulidad del laudo en cuestión.³³⁰

Por último, nos encontramos con la pericia arbitral, también llamada “juicio pericial” que se encuentra expresamente regulado en el artículo 773 del citado cuerpo normativo. Resulta ser por sus características la más particular de las tres. Se podría decir a modo de definición sobre la pericia arbitral que es una valoración materializada en un laudo y que es emitida por especialistas en determinada materia. Tiene como finalidad, al igual que los otros tipos de arbitraje poder definir una cuestión sin necesidad de intervención del Poder jurisdiccional, asimismo, pero ya en sede judicial podrá ser un elemento de

³²⁷ CAIVANO, Roque J, *Arbitraje*, “*ob. cit*”, p. 71.

³²⁸ RIVERA, Julio C., “El arbitraje en Argentina”, publicado en: <http://www.rivera.com.ar>.

³²⁹ RIVERA, Julio C., “*ob.cit*”.

³³⁰ PALACIO, Lino E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, “*ob.cit.*”, T.2, p.436.

gran importancia, por ejemplo, en un incidente promovido para ejecutar una sentencia.

RIVERA, agrega que aquí los árbitros cumplen una doble función son árbitros y peritos: deciden, por eso son árbitros y por tener que ser especialistas en determinada rama de la ciencia, son peritos³³¹.

En consecuencia, de acuerdo con lo expuesto, y a las prescripciones del artículo 773 de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la pericia arbitral corresponde únicamente para resolver cuestiones de hecho. En este sentido, cabe darle al termino hecho o hechos, el determinado alcance. Las cuestiones de hecho que se van a resolver en una pericia arbitral son las generadoras de derechos, es decir, las que son fuentes de derecho.

III.3.- Algunas anotaciones en torno al Juicio arbitral

El juicio arbitral se regulado entre los artículos 736 y 765 del Código procesal de marras..

En este marco entonces, cabe resaltar de que el hecho de que un pleito se encause y, consecuentemente se sustancie ante jueces privados designados por las partes en conflicto, genera un verdadero proceso jurisdiccional³³².

Realizada la salvedad que precede, es dable puntualizar que el artículo 736 de nuestro Código establece que todo pleito entre dos o más partes -excepto las que expresamente establece el artículo 737- podrá ser sometida a la resolución de árbitros, antes o después de incoada una acción judicial y cualquiera fuere el estado procesal de ésta. Las partes se podrán auto obligar al proceso arbitral en el mismo contrato o en un acto posterior.

De su lado, el artículo 737 del mismo código, establece que no podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción.

Entonces, cabe determinar qué cuestiones serán o podrán ser dirimidas a través de un proceso arbitral.

³³¹ RIVERA, Julio C., “*ob.cit*”.

³³² MORELLO, Augusto M., SOSA, Gualberto L., BERIZONCE, Roberto O., *Códigos Procesales...*, “*ob. cit.*”, T. IX, p.508.

Nuestra ley procesal señala generosamente al objeto del juicio arbitral como todas aquellas que son susceptibles de transacción. Vale decir, que se está refiriendo a los derechos disponibles, pudiendo arribar la siguiente afirmación: el negocio jurídico se encuentra íntimamente relacionado con la idea de autonomía de la voluntad, empero, que la cosa sea comercial va de la mano con la posibilidad de que pueda enajenarse. Cuando la cosa resulta inajenable, se encuentra al mismo tiempo fuera del comercio, y por consiguiente, no puede ser de ningún modo objeto de acto o negocio jurídico³³³.

De suyo, que para todo ello, es necesario que se incluya en los contratos celebrados, la cláusula por la que se dispone someter el asunto a arbitraje o, lo que es igual, la cláusula de jurisdicción arbitral.

En suma, el arbitraje puede plantearse como recurso para la solución del problema que ocasionalmente pueda surgir de la relación protagonizada entre las partes y para ello deberá incluirse la cláusula arbitral para que resulte procedente que un tercero o terceros imparciales decidan sobre eventuales conflictos.

Pues bien, veamos entonces concretamente en que figuras del derecho civil se puede dar la posibilidad de que determinada cuestión se ventile ante árbitros.

En los contratos, cualquiera fuese su objeto –una compraventa o una locación de bienes o servicios, solo a modo de ejemplo-; en los estatutos de las sociedades comerciales o en asuntos de agrupamientos empresarios; en los negocios internacionales; contratos laborales y hasta en el derecho sucesorio cuando el causante hubiese dispuesto por testamento la jurisdicción arbitral.

Análisis aparte merecen los contratos de adhesión. En efecto, si bien puede ser objeto de un juicio arbitral, la realidad señala, que en los contratos de marras se vislumbra que una de las partes contratantes se ve débil frente a la otra parte que es la que, en definitiva, influye en su contenido. Sin embargo, aquí una de las partes estipula previamente las pautas de la pieza contractual, y son impuestas sin debate alguno a quien tenga el deseo o la necesidad de contratar³³⁴.

III.4.-Aspectos procesales salientes

³³³ CIFUENTES, Santos, en BELLUSCIO, Augusto C. (Dir.) y ZANNONI, Eduardo (coord.), *Código Civil...*, “*Ob. Cit.*”, T.4, p.338 y sgte.

³³⁴ CERINI, Silvana M., DE CASTRO, María I., *Nuevos Contratos comerciales*, EDUCA, Buenos Aires, 2006, p. 13 y sgtes.

III.4.1. La cláusula compromisoria

La cláusula compromisoria constituye el compromiso de las partes por el cual disponen a su propia voluntad debatir algunos asuntos ante un tribunal arbitral, sustrayéndolos de esta manera, de la justicia ordinaria³³⁵.

De esta suerte, que mediante la cláusula de marras, las partes renuncian a que los conflictos que puedan nacer de determinada relación sean ventilados y como consecuencia decididos en los tribunales de justicia.

El artículo 742 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, prevé la posibilidad en que una de las partes que ha suscripto la cláusula compromisoria se niegue luego a otorgar el compromiso.

Así las cosas, y ante esta situación el interesado deberá promover una demanda con el fin de que se constituya el tribunal arbitral, petición que deberá reunir los requisitos del artículo 330 de la ley procesal civil y deberá presentarse ante el Juez que hubiese sido competente para entender en la causa.

En cuanto al trámite que se le imprime a este proceso³³⁶, cabe señalar simplemente que de estar presentada la demanda en forma correcta, se correrá traslado por el plazo de diez (10) días a la contraparte y se designará una audiencia con el fin de que las partes se constituyan en el Tribunal y comparezcan a formalizar el compromiso.

Si el demandado no contestase la demanda, o luego de contestarla resulta que su oposición es a todas luces carentes de fundamentos y, por tanto, dilatoria, el juez hará lugar a la pretensión inicial y sin más trámite designará de oficio a los árbitros.

En cambio, si la oposición resultase fundada, el juez rechazará la acción aplicándole las costas al actor, vencido aplicando razonablemente el principio general de la derrota.

Para concluir, la cláusula compromisoria es hoy lo que en el Derecho Romano era el *compromissium*. Este primer paso hacia el proceso arbitral no está sujeto a ninguna formalidad en particular, entendiéndolo que puede dejarse sentado en un documento autónomo al contrato que refleja la relación entre las partes y exige, por cierto, que las

³³⁵ CAIVANO, Roque J., “*ob. Cit.*”, p.115.

³³⁶ Sobre el particular, cabe remitirse a ARAZI, Roland, *Derecho Procesal Civil y Comercial*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, T. II.

partes que decidan someterse al decir de los árbitros, sean capaces para contraer obligaciones³³⁷.

III.4.2. El compromiso arbitral

En la misma línea que la cláusula compromisoria, el compromiso arbitral constituye un convenio de voluntades. Empero, se diferencian en su objeto. Es decir, por medio del compromiso arbitral con un conflicto concreto, las partes acordarán aspectos concretos de la marcha del arbitraje³³⁸.

El compromiso arbitral será entonces el que le pondrá seguridad jurídica al trámite que se llevará a cabo ante los árbitros. Ello, en la inteligencia de que una situación de hecho o una conducta serán jurídicas si están protegidas por el derecho, y consecuentemente “cuando la seguridad resulta del derecho hay seguridad jurídica”³³⁹. De esta suerte que será el complemento que precisará la cláusula compromisoria –por tener carácter genérico- para ser plenamente operativa. Al mismo tiempo que constituye una celebración autónoma a la del contrato basal celebrado por las partes³⁴⁰.

En lo que hace a las formas, cabe remitirse al artículo 739 del Código Procesal Nacional y en consecuencia, el compromiso se otorgará de la siguiente manera: se formalizará por escritura pública o instrumento privado, o por acta extendida ante el magistrado interviniente en la causa, o ante aquél a quien hubiese correspondido su conocimiento.

Ahora bien, de la lectura de los artículos 740 y 741 del Código de marras surge que el compromiso arbitral está compuesto por cláusulas obligatorias y cláusulas que pueden ser facultativas de las partes insertarlas en el instrumento constitutivo.

En efecto, es obligatorio que el compromiso arbitral posea los siguientes elementos: fecha, nombre y domicilio real de los otorgantes; nombre y domicilio de los árbitros designados - de haber un tercer arbitro y si las partes dejaron en cabeza de los árbitros de parte su nombramiento este requisito queda dispensado-; el conflicto que se ventilará en el juicio arbitral, con expresión concreta de las circunstancias; la fijación de una multa que

³³⁷ PALACIO, Lino E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, “ob.cit.”, T.2, p.419 y sgte.

³³⁸ CAIVANO, Roque J., “ob. Cit.”, p.137.

³³⁹ ALTERINI, Atilio A., *La inseguridad jurídica*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1993, p.18 y sgte.

³⁴⁰ MARZORATI, Osvaldo J., “Los límites del acuerdo arbitral” LL, t. 2010-B, del 17/03/2010.

recaerá sobre la parte que deje de realizar actos fundamentales para la realización del compromiso.

Estas exigencias o requerimientos que nos marca la ley procesal deben entenderse como un conjunto de formalidades, las que deben cumplirse íntegramente, so pena de nulidad. Discutible es en cambio, si la nulidad que acarrea la omisión de introducir alguna de estas cláusulas ineludibles es absoluta o relativa.

Por otra parte, dentro del compromiso arbitral tenemos cláusulas que son facultativas de las partes. Concretamente ellas son de conformidad con la letra del código: el procedimiento por el cual se regirá el juicio arbitral y el lugar donde los árbitros deberán sesionar y laudar, de no indicarse el lugar se entenderá que será el lugar donde fue otorgado el compromiso; el plazo en que los jueces árbitros deberán emitir el laudo; la designación de un secretario del tribunal, excepto que se hubiese encomendado su nombramiento al tribunal arbitral; la multa que deberá pagar quien recurra el laudo a favor de la contraria, para tener derecho a ser oído en el recurso, salvo que existiera una renuncia expresa; la eventual renuncia de los recursos de apelación y de nulidad contra el laudo, salvo respecto de este último los casos en que la nulidad se considere irrenunciable: esto es, cuando se funde en la falta esencial del procedimiento, en haber fallado los árbitros fuera de plazo o sobre puntos que no se encontraban en debate.

En consecuencia, y por todos los motivos expuestos, es que el compromiso arbitral constituye para el instituto en estudio su nacimiento, debido a que sin él y sus disposiciones, no sería posible de ningún modo, imprimirle a un conflicto el trámite arbitral. Es que, el compromiso constituye ni más ni menos que el debido proceso para las partes en tanto que significara un puñado de reglas que el ejecutor debe observar y que a su vez, por ellas, su conducta se ve observada³⁴¹.

Por último, conviene recalcar que los motivos de extinción del compromiso arbitral, esta enunciado en el artículo 748 del Código Procesal civil nacional. Allí se pone de resalto las siguientes causales: por ser la voluntad de todos los que celebraron el compromiso; por el mero transcurso del tiempo fijado en el compromiso, mas allá de las responsabilidades

³⁴¹ LINARES, Juan F., *Razonabilidad de las leyes*, Astrea, Buenos Aires, 2da. edición actualizada, 2010, p. 25 y sgte.

que le puedan caber a los árbitros si el transcurso del plazo le es imputable a ellos; o bien; si no se hubiesen realizado acción alguna tendiente a impulsar el procedimiento.

III.4.3. Procedimiento

El artículo 751 dispone que si en la cláusula compromisoria, en el compromiso, o en un acto posterior de las partes no se hubiese fijado el procedimiento que regirá el juicio arbitral, el Tribunal fijara el procedimiento de conformidad al del juicio ordinario o sumario, según lo establecieren, teniendo en cuenta la naturaleza e importancia económica de la causa. La resolución que así lo disponga será inapelable.

El proceso comenzará con la demanda del accionante, la que no le será exigible los formalismos propios de una demanda incoada en sede judicial. Empero, como mínimo se le exigirá que se encuentre debidamente individualizados los datos de las partes, el motivo de la disputa, y la pretensión precisa y clara. Ello, salvo que el reglamento en particular les exija algún requisito más cuando se trate de arbitrajes institucionalizados.

En el marco de un arbitraje no institucionalizado, en cambio, cabe recalcar que el proceso será regido en principio por la libertad de formas. Y por tanto, el tribunal arbitral podrá suplir cuestiones que las partes no hayan fijado al convenir las normas del procedimiento arbitral³⁴².

En suma, y teniendo en cuenta que los árbitros no pueden ejecutar sus decisiones por carecer de imperium, parecería razonable que tampoco tengan facultad para sancionar a las partes por algún incumplimiento de alguna obligación jurídica ya sea para adoptar un temperamento positivo o negativo que provenga del Código Procesal Civil de la Nación³⁴³, salvo en los casos de que sea una multa previamente acordada por las partes en el compromiso.

III.4.4. El laudo y la responsabilidad de los árbitros

A través de la resolución arbitral, los jueces árbitros, determinarán con un grado de verisimilitud y de certeza sobre el conflicto puesto a debate, en la inteligencia de que quienes juzgan han logrado en su conciencia interior ese grado máximo³⁴⁴, dándole la razón, de esta suerte, al planteo de alguna de las partes.

³⁴² CAIVANO, Roque J., “*ob. Cit.*”, p.221 y sgte.

³⁴³ MASCOTRA, Mario, *La conducta procesal de las partes*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 47.

³⁴⁴ CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Librería El Foro, Buenos Aires, 1996, Vol. III, p. 318 y sgte.

En rigor, el laudo constituirá la declaración de la voluntad del tribunal arbitral sobre determinado asunto, el que será resultado de la discusión entre las partes³⁴⁵ sobre determinado conflicto surgido de una relación jurídica que aunaba a ambos sujetos.

Pues bien, el laudo debe ser dictado dentro de un determinado plazo. En este sentido, el artículo 755 del Código Procesal Civil y Comercial nacional dice que si las partes no hubieren establecido el término dentro del cual debe dictarse el laudo, lo hará el juez poniendo en debate la importancia del caso. En su caso, el plazo para laudar será ininterrumpible y sólo se impedirá su prosecución cuando se deba nombrar otro árbitro. En cambio, se prorrogará el plazo solo en dos situaciones: cuando una de las partes falleciere, se prorrogará automáticamente por treinta (30) días; o bien a pedido del tribunal arbitral – siempre y cuando la demora no le sea imputable-, el juez podrá prorrogar el plazo.

Respecto de su contenido, el laudo arbitral debe pronunciarse sobre todas las cuestiones que las partes sometieron a juicio de los árbitros, y solamente sobre ellas. Es, en definitiva, la misma directriz que rige para los jueces ordinarios y que tiene que ver sencillamente con el principio de congruencia. En nuestra ley procesal, esta exigencia surge del artículo 754 en cuanto dispone que el tribunal emitirá su resolución sobre las cuestiones traídas a su decisión, dentro del plazo fijado en el compromiso con las prórrogas que en su caso se pudieren haber convenido.

En definitiva, los árbitros tienen delimitadas sus facultades para laudar y en su laudo debe haber identidad entre lo pretendido por las partes en conflicto y lo resuelto por el tribunal y, consecuentemente, importa que los jueces árbitros no podrán de ningún modo fallar en más de lo puesto a debate, o dejar de fallar en la materia objeto del litigio. De esta suerte, que no harán otra cosa a través de su fallo que reconocer un determinado derecho como culminación de un proceso contradictorio justo³⁴⁶.

La decisión, se adoptará por mayoría del tribunal arbitral, salvo, en los casos en que los árbitros intervinientes no encontrasen puntos en común en sus apreciaciones sobre los aspectos sustanciales del asunto. Ello, resultará motivación suficiente para que tal como lo

³⁴⁵ CARNELUTTI, Francesco, *Como se hace un proceso*, Librería el Foro, Buenos Aires, 1999, p. 105 y sgte.

³⁴⁶ MORELLO, Augusto M., *Constitución y proceso. La nueva edad de las garantías*, Librería Editora Platense S.R.L. – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 155.

dispone el artículo 757 del Código Procesal nacional, las partes o el juez designen un nuevo árbitro que permita finalmente resolver la disputa.

Y, como ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación el laudo debe interpretarse siempre de la siguiente manera: en caso de mediar duda, debe entenderse que el laudo resuelve todas las cuestiones sometidas a los árbitros y no por aquel entendimiento que sostiene que dejó algún asunto sin resolver (cfr. CSJN, Fallos: 126:392, del 22/11/1917)³⁴⁷.

Para finalizar, abordaré brevemente como juega en esta figura la responsabilidad de los árbitros. Este asunto se encuentra analizado en el artículo 756 de nuestra ley procesal y, sobre el particular, cabe señalar que los jueces árbitros incurrirán en supuestos de responsabilidad si no dictaren el laudo en tiempo y forma sin causa que los justifique y será pasibles de no percibir honorarios, sin perjuicio de los daños y perjuicios que puedan ocasionar y por los que responderán como cualquier otra persona.

Ahora bien, cabe puntualizar que en el caso de que el arbitraje se encomendase a una asociación profesional, el perjudicado tendrá legitimación para accionar directamente contra ella. De otra parte, y en los casos de los árbitros de derecho, el mal laudo dictado por ellos, en principio no acarrea responsabilidad en tanto y en cuanto se encuentra abierta la instancia judicial para recurrir y revisar el laudo de marras, empero ello no implica que en principio el tribunal no se encuentre ligado a responsabilidad penal debido a que laudaron en forma contraria a lo expresamente pactado por las partes o sobre la piedra basal de hechos falsos³⁴⁸.

Por ese motivo, el juez árbitro como cualquier otro integrante de la sociedad que con su actividad ilícita –aunque sea por omisión– produjere un daño, está expuesto a ser sujeto pasivo de una demanda por daños y perjuicios con objeto en la responsabilidad por la cual el legitimado activo pretenderá el resarcimiento de los perjuicios. En su caso, la responsabilidad haya su estructura basal en el mero incumplimiento de las funciones del árbitro o en el simple ejercicio irregular de su actividad profesional.

III.4.5. Los recursos que proceden.

³⁴⁷ AMADEO, José L., *Arbitraje: Según la jurisprudencia de la Corte*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 43.

³⁴⁸ DIOGUARDI, Juana, “Responsabilidad de los árbitros y revisión de la cosa juzgada.”, LL, t. 2005-A., del 10/02/2005.

La directriz que emana del artículo 758 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación es la siguiente: contra la resolución arbitral podrán interponerse todos los recursos admisibles respecto de las sentencias emanadas de los tribunales ordinarios. Ello, siempre y cuando no se hubiese renunciado al derecho de interponerlos en el compromiso.

Contra el laudo entonces van a proceder –en principio- el recurso de apelación, el recurso de aclaratoria y el de nulidad.

En rigor, y como ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Meller Comunicaciones S.A.”, la amplitud que haya para el control judicial del laudo arbitral depende exclusivamente de las voluntades que dieron origen al arbitraje³⁴⁹. Y por ende ese control quedará supeditado a que si las partes en determinado pleito arbitral cuentan con el recurso de apelación, o solamente, con el de aclaratoria o de nulidad –en los casos que medie una seria violación al derecho de defensa o no se condice el planteo de las partes con lo laudado por el tribunal-.

El hecho, de que a pesar de que las partes renuncien a interponer un recurso de apelación, el laudo aun así puede ser revisable por las vías y los motivos expuestos en el párrafo precedente tiene que ver sencillamente con que nunca –ni aun en los casos que las partes lo acuerden previamente- debe descartarse la posibilidad del error o la falibilidad humana al administrar justicia³⁵⁰. En este sentido, PONCE sostiene que la posibilidad de poder impugnar los actos procesales está íntimamente relacionada con “la idea de una mayor justicia”³⁵¹.

De esta suerte, que la posibilidad de interponer recursos ante el dictado del laudo lo único que permitirá y con esa finalidad parecería ser que está regulado es que se aclare –en el caso de que se interponga un recurso de aclaratoria- o que se corrijan errores groseros en la aplicación del derecho o hasta en la no aplicación del derecho –en el caso de que se interponga un recurso de nulidad-.

Pues bien, el recurso contra el laudo deberá interponerse por escrito –debiendo estar además debidamente fundado- en el plazo de cinco días de que la parte se notifique de lo resuelto por el tribunal arbitral, tal así lo dispone el artículo 759 del Código procesal Civil y

³⁴⁹ AMADEO, José L., *Arbitraje*, “*ob. cit.*”, p. 47.

³⁵⁰ KIELMANOVICH, Jorge L., *Recurso de apelación*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 22.

³⁵¹ PONCE, Carlos R., *Estudio de los Procesos Civiles*, Ábaco, Buenos Aires, 2004, T.4, p. 32.

Comercial de la Nación. Y en caso de que fuesen denegados se aplicarán los artículos 282 y 283 del citado cuerpo normativo.

De otra parte, el artículo 760 del Código de marras trata la renuncia a los recursos, algo de lo que ya se había brevemente adelantado en renglones anteriores. En suma, si los recursos hubiesen sido renunciados, aún subsisten el de aclaratoria y el de nulidad. La nulidad y sus correspondientes recursos podrán tener una favorable acogida cuando versen sobre que el tribunal ha fallado fuera de plazo, o que en el laudo arbitral se deciden cuestiones que no han sido ventiladas en el juicio. Este recurso se resolverá sin sustanciación previa y a lo ya dicho sobre el presente cabe agregar las palabras de MORELLO que sobre la nulidad decía que esto tiene que servir para que haya “seguridad en la justicia”, porque, de lo contrario, de no entenderse así, se abre “un frente de tormenta que tiene un sentido negativo”³⁵².

Si bien la letra del artículo 760 de nuestra ley procesal sostiene que el recurso se resolverá sin correr traslado a la parte contraria, cabe aclarar que el mencionado artículo en su parte final fue declarado inconstitucional, en tanto, resulta violatorio de la bilateralidad y el derecho a contradicción existentes en el proceso y que es parte de la teoría impugnativa. En esta inteligencia, vale recordar que el recurso de marras versará nada menos que contra violaciones a garantías procesales, lo que podría acarrear, que el procedimiento arbitral se retrotraiga al momento en que se produjo el vicio³⁵³.

Interpuesto el recurso entonces, cabe ver quien lo resolverá. A este respecto, el artículo 763 del Código Procesal es sumamente claro al disponer que ante la interposición de un recurso contra el laudo intervendrá el juez o el tribunal jerárquicamente superior al magistrado que le hubiese correspondido intervenir si el asunto no se hubiese ventilado en un juicio arbitral por decisión de las partes. Cabe hacer a este respecto la siguiente salvedad: en el caso de que sea interpuesto en el marco de un juicio de amigables compondores, el recurso será impetrado ante la primera instancia.

IV.- Esbozo crítico de la recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación

IV.1.- La ausencia de consenso

³⁵² MORELLO, Augusto M., “Las nulidades procesales. Hacia una interpretación dinámica funcional.”, en A.A.V.V. *Estudios de nulidades procesales*, Hammurabi, Buenos Aires, 1980, p.167.

³⁵³ GOZAINI, Osvaldo A., “Inconstitucionalidad del art. 760 del cód. procesal (ultimo párrafo) respecto a la falta de bilateralidad en el recurso de nulidad.”, *El Derecho*, del 12/08/2002.

En el arbitraje, aunque no es el único instituto o norma de derecho procesal receptada en el CCyCN se advierte la falta del beneplácito del sector científico involucrado y de las asociaciones, sobre la conveniencia de la recepción en un Código fondal cuando, nuestro Cód. Proc. Civ. y Com. Nac cobijaba todos los extremos de este método heterocompositivo de resolución de controversias.

IV.2.- La inconveniencia de la incorporación en el Código de fondo

El interrogante que se impone como punto de partida es ¿Cuál es la razón que justifique jurídicamente una recepción normativa íntegra del instituto en estudio, excediendo largamente la esfera contractual para adentrarse en cuestiones procesales, tal cual se vislumbra del Libro III, Título IV, Cap. XIX?

La respuesta es ninguna. Ello así, toda vez que no había materialización de un derecho fondal que se pretendía resguardar. Y aún así, no se explica porqué se excede largamente de la faz contractual del arbitraje para introducir un elenco de normas de carácter procesal, cuando era y es un aspecto ampliamente cobijado por los Códigos Procesales provinciales.

Por esa razón, en el caso de marras, no aplica el antecedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Bernabé Correa”³⁵⁴, pues si bien se confiere favorable acogida a la constitucionalidad del dictado de disposiciones procesales por parte del Poder Legislativo Nacional, siempre deben estar directamente vinculadas con la ausencia de reglas de forma para la materialización de derechos consagrados en un determinado Código fondal. Como se puede vislumbrar, está íntimamente relacionado con la eficacia de un determinado derecho y que su ejercicio no se convierta en un catálogo de ilusiones.

En definitiva, y en este orden de cosas, resulta a todas luces, que la recepción del proceso arbitral en el Código Civil y Comercial de la Nación no se encuentra comprendido en la excepción admitida por la jurisprudencia del Máximo Tribunal Constitucional.

IV.3.- La ausencia del arbitraje colectivo y la prohibición de sustanciar las cuestiones relacionadas al derecho del consumidor

³⁵⁴ Fallos 138: 157.

Tampoco la inclusión del instituto en estudio del CCyCN implicó en si mismo un cambio de paradigma. Solo fue iusprivatizar un método alternativo de resolución de disputas que, por su fin jurisdiccional, algo más propio de lo público.

Si realmente se hubiera querido intentar una innovación con respecto a la figura, teniendo en miras la historia que tiene el arbitraje en nuestro medio con antecedentes de la ley procesal española, hubiera sido una oportunidad para incorporar la figura del arbitraje colectivo³⁵⁵.

Sin embargo, en el Código Civil y Comercial de la Nación, en el art. 1651, se optó por excluir del proceso arbitral a las cuestiones vinculadas a derecho de usuarios y consumidores contradiciendo la normativa especial en la materia que establece justamente un proceso arbitral, aunque estimo juicioso señalar, que por las características propias lo torna un arbitraje de corte *sui generis*.

V.- El arbitraje en el CCyCN

V.1.- Delimitación de la proposición

A modo de establecer un marco adecuado, el objeto del presente será continuar con la propuesta, ahora sí, ya consignando puntualmente con mirada crítica aspectos concretos de la regulación adopta por el Código Civil y Comercial de la Nación, en el Libro III, Título IV, Cap. XIX.

V.2.- Apostillas para una revisión

V.2.1. El proceso arbitral o arbitraje no puede enmarcarse ni conceptualizarse como un contrato. Si, en cambio, debe ser receptado y considerado como un proceso jurisdiccional con notas propias, de ordinario, que se diferencian con el judicial empero con la finalidad de administrar justicia en el marco de un continente que se desarrollará respetando el debido proceso previo al dictado del laudo.

V.2.2. En los contratos típicos concurren desde el inicio, yuxtaposición de intereses de las partes. Sin embargo, y ya poniendo la mirada sobre la faz contractual del instituto en estudio, en el convenio arbitral no existe la mentada contradicción de intereses, toda vez

³⁵⁵ En España, se concibió a partir del dictado a partir del dictado del Real Decreto N°: 231/2008, publicado en: «BOE» núm. 48, de 25 de febrero de 2008, páginas 11072 a 11086.

que el objeto es común a ambas partes y se compone por sustanciar la controversia, respetando la jurisdicción arbitral.

De tal suerte que el convenio arbitral no va a surtir efectos en el ámbito del derecho contractual, antes bien va a operar en el plano del derecho procesal.

V.2.3. Los contratos, cualquiera de ellos, que está regulado junto con el arbitraje en el CCyCN, pueden ser finalizados a instancia de uno de los co-contratantes en forma unilateral. Sea porque una de las partes así lo dispone o por el incumplimiento de sus obligaciones, indemnizando de corresponder por los daños y perjuicios ocasionados.

Por el contrario, los acuerdos arbitrales no pueden ser resueltos unilateralmente, toda vez que implican una prórroga de competencia.

V.2.4. De conformidad con el artículo 497 del Cód. Proc. Civ. y Com. Nac., el laudo que dicta un Tribunal arbitral se convierte, a la postre, en un título ejecutorio que habilita su ejecución judicial por intermedio del proceso de ejecución de sentencias al igual que una sentencia judicial. Dicho título que se ejecuta a través del proceso de ejecución de sentencia proviene de un acto de naturaleza jurisdiccional emitido por un tercero, de modo que no depende exclusivamente de la voluntad de las partes.

V.2.5. Los convenios arbitrales son autónomos e independientes con respecto al contrato principal. En efecto, el primero se compone por normas que operan en el plano de lo procesal para resolver una un pleito que conjeturalmente pueda suceder. El segundo, en cambio, está munido de derechos y deberes enmarcados en la órbita del derecho sustancial.

Como corolario de lo expuesto, que eventualmente se resuelva en un laudo declarar la nulidad de un contrato, ello no trae con sí, la consecuencia de la ineficacia del acuerdo arbitral.

V.2.6. Existe un yerro de aquellos quienes abogan por la postura iusprivatista del arbitraje. Ello así, toda vez que a un proceso arbitral no se llega exclusivamente por la concurrencia de la voluntad de las partes.

Por el contrario, el proceso arbitral nace de una norma que permite que la jurisdicción privada tome cuerpo. Y es en ese marco, es donde las partes, deciden someter sus conflictos a un Tribunal arbitral.

Cabe colegir, entonces, que no es la autonomía de la voluntad solamente, sino la existencia de una ley previa que permita extraer la actividad jurisdiccional del ámbito

estatal, para llevarlo -de modo acordado- a un tribunal arbitral que ejerza la potestad jurisdiccional de manera privada.

V.2.7. Es para poner en debate, sin duda alguna, el art. 1662 del Código Civil y Comercial Nacional en cuando dispone que el árbitro que acepta el cargo celebra un contrato con cada una de las partes.

Desde mi perspectiva, parece una simplificación conceptual, pues si bien los árbitros son designados por las partes, y por las particularidades que conlleva este sistema jurisdiccional privado se fija el pago de honorarios, no es asimilable a mi juicio a un mandato que las partes contratan. La relación jurídica estriba en una complejidad mayor, en tanto los árbitros en el ejercicio de su función jurisdiccional no puede recibir órdenes de alguna de las partes.

VI.- Reflexión final

En la nota de elevación del proyecto Código Civil y Comercial de la Nación se deja sentado que la regulación del arbitraje como contrato especial constituye una evolución para que las partes de un determinado conflicto -siempre que concurren con autonomía- puedan acordar la resolución de sus controversias -paradójicamente aclarando que- sin que esto implique la afectación de los Códigos procesales.

Cierto es, y más allá de cualquier debate, es que resulta a mi juicio esperanzadora la tendencia que aspira a que el instituto en estudio se encause definitivamente en la ley procesal, respetando la faz contractual, pero restableciendo el equilibrio entre lo público y lo privado, dándole la envergadura que merece la naturaleza y fin jurisdiccional del instituto como método alternativo de resolución de disputas. Un claro ejemplo de ello es el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Mario E. KAMINKER -año 2015- que regula este asunto entre los arts. 760 a 778, y cuatro años después, el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación presentado en el marco del Programa Justicia 2020, de cuyo cuerpo normativo surge una profusa regulación del proceso arbitral entre los arts. 627 a 661.

JUSTICIA Y POLÍTICA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL

Por Mario MASCIOTRA*

Sumario: I. La judicialización de la política. II. La politización de la justicia. III. Activismo judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. IV. Independencia del Poder Judicial. V. Formación y perfeccionamiento de los operadores jurídicos. VI. Actualización permanente de los funcionarios y magistrados. VII. Selección y enjuiciamiento de magistrados. VIII. Conclusión.

I. La judicialización de la política

Estamos frente a una de las características relevantes de la litigiosidad actual. No es fácil deslindar la Política de la Justicia, por cuanto los hechos políticos generan consecuencias en el ámbito del Poder Judicial, y éste no es ajeno al debate político ni a los

* Abogado, Profesor Emérito Titular de la cátedra de grado de Derecho Procesal Civil y Comercial USAL, Profesor de “Hábeas Data” en Curso de Posgrado de Especialización en Derecho Procesal en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador. Director del Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador desde agosto de 2008 hasta la fecha

medios de comunicación³⁵⁶; por otra parte, la ausencia de consenso y la rivalidad entre los partidos políticos se traslada a las instituciones judiciales. Las relaciones entre la política y la justicia vienen a enturbiar la indispensable separación de poderes e involucra en consecuencia a la independencia judicial.

En nuestra opinión, la "*judicialización de la política*" tiene su origen en que desde tiempo inmemorial, aunque agravada en los últimas décadas, los Poderes Ejecutivo y Legislativo no satisfacen ni mínimamente los deberes y obligaciones impuestas, ni las atribuciones conferidas en nuestra Carta Magna; el primero, no gobierna ni administra y cuando lo hace, en la generalidad de los casos, viola flagrantemente las normas constitucionales o convencionales, al margen de no vertebrar políticas de estado en materia de educación, seguridad, salud y economía.

En cuanto al Poder Legislativo, inserto en un internismo sofocante, preocupado en sus intereses partidarios, muy alejado de los problemas que aqueja a la sociedad no cumplimenta su misión de generar las normas imprescindibles tendientes a proveer de seguridad jurídica a los gobernados, ni satisfacer las necesidades de sus representados.

Consecuentemente, se produce el advenimiento de la verdad universal: la ley del vacío que, inevitablemente siempre será llenado; por ende, a requerimiento de los justiciables, y excepcionalmente, en forma oficiosa, los jueces se ven imperiosamente obligados administrar justicia, supliendo la procaz y grosera inactividad y morosidad de gobernantes y legisladores.

En las últimas décadas, los textos constitucionales promulgados -especialmente en Latinoamérica- constituyen un catálogo de innumerables derechos políticos, sociales y económicos a favor de los ciudadanos, que conforman una multiplicidad de preceptos teóricos, que habida cuenta de la triste realidad estructural que padecemos resulta sumamente difícil su concreción efectiva. De poco sirve una Constitución y un conjunto de normas que no se aplican, que consagran derechos que no pueden ejercerse o cuya materialización implica el tránsito de caminos arduos y desalentadores. Esto engendra la desconfianza y el desapego hacia las instituciones jurídicas, lo que acarrea consecuencias graves en la convivencia social, resquebrajando las convicciones democráticas. Por otra

³⁵⁶ En el complejo entramado propio de las sociedades avanzadas se pretende manipular los procesos judiciales a través de la presión de los poderes mediáticos, de los juicios paralelos y las realidades virtuales.

parte, al haberse incluido nuevos derechos en la Carta Magna y sin depender de ley que los reglamente se transforma a los magistrados en legisladores y provoca que queden atrapados en un laberinto del que es difícil salir debido a las graves fallas que exhibe el poder político en las democracias actuales para satisfacer las soluciones de la sociedad.

La realidad nos demuestra cabalmente que los afectados ante el incumplimiento de las prerrogativas que les confiere la ley fundamental y la violación de sus derechos, deben necesariamente recurrir a la actividad jurisdiccional en resguardo de sus intereses desatendidos, y subsiguientemente promueven acciones tendientes a su tutela y protección.

Prueba palpable de ello, han sido los miles de amparos interpuestos para recuperar los ahorros sometidos al famoso "corralito financiero"³⁵⁷, las acciones tendientes a la resolución de los múltiples conflictos entre deudores y acreedores en materia de obligaciones de dar sumas de dinero en dólares estadounidenses³⁵⁸, los amparos tendientes a la protección del ambiente -Riachuelo, incluido³⁵⁹-, la multiplicidad de litigios que generó el congelamiento de los haberes jubilatorios³⁶⁰, la legalización de los billetes provinciales -ej. el "*patacón*"-, el rechazo a los aumentos de algunas tarifas eléctricas, la renegociación del contrato de Aerolíneas Argentinas 2000 que fue dolarizado, pero que la Justicia

³⁵⁷ La pesificación dispuesta por la ley 25.561 de Emergencia Económica y sus normas complementarias con relación a los depósitos bancarios en moneda extranjera durante la vigencia del sistema de "convertibilidad" de la ley 23.398, de un peso igual a un dólar estadounidense, provocó innumerables conflictos de vastas y relevantes dimensiones institucionales, sociales y económicas y generaron más de 300.000 causas judiciales.

³⁵⁸ Las normas de emergencia dictadas en el 2002 (ley 25.561 y dec. ley 214/02) modificaron el sistema monetario al dejar sin efecto la convertibilidad, y ese ostensible y brusco cambio en la base monetaria, también modificó notablemente las prestaciones comprometidas por las partes, los deudores -que incurrieron en mora coetáneamente con el dictado de las leyes de emergencia- pretendieron acogerse a la pesificación. dispuesta en ellas; mientras que los acreedores, ateniéndose a lo pactado originariamente, requirieron la restitución de las sumas adeudadas al valor real de la moneda, objeto del vínculo contractual oportunamente celebrado.

³⁵⁹ En la causa "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)", la CSJN con fecha 8/7/2008 designó a ACUMAR cuyas finalidades son: 1) Mejorar la calidad de vida de la población de la cuenca; 2) Recomposición del ambiente en todos sus componentes (agua, aire, suelo), y 3. Prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción.

³⁶⁰ En el caso "Badaro", la Corte Suprema dictó un primer fallo en el que se ordenó establecer un mecanismo de actualizaciones, y un segundo, en el que se dispuso que, a falta de una ley, se actualizara el haber según un índice salarial, que incrementó exponencialmente el número de demandas. El Poder Ejecutivo buscó frenar la dinámica judicial con estrategias tales como la recusación permanente que durante un año y medio, hizo la Anses contra el juez de la Cámara Federal de la Seguridad Social Luis Herrero -incluso interposición de juicio político-, una táctica que fue rechazada en duros términos por la Corte y que provocó el retraso de miles y miles de expedientes. Posteriormente en el 2009, en el caso "Elliff" se ordenó actualizar los valores históricos de las remuneraciones utilizadas como insumo para el cálculo del haber inicial, tal omisión provocó que la Anses pagara menos de lo debido, lo que obligó a los afectados a iniciar múltiples litigios en resguardo de sus intereses.

permitió que algunas empresas pagaran en pesos y decidió que otras lo hicieran en dólares, entre tantos otros conflictos.

Además de estos casos emblemáticos, podemos citar cientos de ejemplos, como la distribución de la cuota Hilton para la exportación de carnes que durante dilatado tiempo se ha dirimido en la Justicia, decisiones que se inmiscuyen en medidas de racionamiento de gas, que declaran la inconstitucionalidad de la ley de aseguradoras de riesgo de trabajo y los topes indemnizatorios, las interpretaciones diversas que los tribunales hacen de las tasas municipales en el interior, resoluciones que obligan reabrir un teatro o que conmina al gobierno porteño para que le entregue una casa a una familia necesitada³⁶¹, o las prestaciones que suelen compeler a otorgar a las empresas de medicina prepaga, etc., etc.

Es indubitable que los jueces no tienen la misión decogobernar y que sólo le corresponde neutralizar una medida de gobierno o torcer una decisión política si éstas violan los derechos de las personas o de las empresas. Ante el fracaso de la política en implementar soluciones reales a los problemas que padece la sociedad, los altos costos que implican intentar que los Poderes Ejecutivo y Legislativo modifiquen sus decisiones y la indiferencia y sordera que se apoderó de muchos políticos, los ciudadanos se ven presionados a recurrir a la actividad jurisdiccional y reclamar de los jueces decisiones que a éstos específicamente no les incumben. No obstante ello, los ciudadanos y las empresas formulan sus reclamos, sea porque aquéllos son sus únicos interlocutores o porque es más económico en términos de costos.

En definitiva, la tarea del juez no es ejercer funciones de administrador ni de legislador, sino de evitar excesos y que las decisiones que se adopten se ajusten a las normas legales, constitucionales y convencionales. La formulación es simple y absolutamente correcta, pero no es tan fácil encontrar un punto de equilibrio, especialmente en un país donde la seguridad jurídica es una materia pendiente y donde la arbitrariedad política muchas veces menoscaba los derechos individuales.

³⁶¹ Seguramente nadie discuta la decisión particular y no existen argumentos para atacar la sentencia, sin embargo, también será fácil concluir que esa no es función de los jueces que carecen de una visión general y están imposibilitados de llevar a cabo un análisis económico de las consecuencias, pues su función es administrar justicia en el caso particular. ¿Qué sucedería si 500.000 personas se presentan ante un juez y solicitan que se les entreguen una vivienda?. Muchos son los casos en que los magistrados no tienen opción entre dictar un fallo justo y crear un desbarajuste económico. El proceso judicial no es la vía adecuada para hacer política y menos aún es una forma de asignar recursos.

II. La politización de la justicia

Es otro fenómeno que caracteriza la actividad jurisdiccional, que tampoco es nuevo sino que proviene de vieja data, y se encuentra vinculado profundamente con el protagonismo asumido, especialmente por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En efecto, la intervención política de nuestro Alto Tribunal en el ámbito institucional se inició en oportunidad de la revolución del 5 de septiembre de 1930 encabezada por el Gral. Uriburu quién toma la Casa de Gobierno y exige la renuncia del presidente Hipólito Yrigoyen y de su vicepresidente Enrique Martínez. Ante ello, se dictó la Acordada del 10 de septiembre de 1930 (Fallos, 158:290), por la cual el Alto Tribunal reconoció que el gobierno provisional es un gobierno de facto, cuyo título no podía ser discutido judicialmente, pues ejercitaba una función administrativa y política que se fundaba en la fuerza como resorte del orden y la seguridad social, por lo cual estaba facultado para ejercer los actos necesarios para poder cumplir con los fines perseguidos por el gobierno, e incluso dictar decretos-leyes que sean indispensables para su cometido.

Posteriormente, acaecida la revolución de 1943, la Corte Suprema, el 7 de junio, reiteró la Acordada de 1930 convalidó al nuevo gobierno de facto (Fallos, 194:5), y contempló la atribución legislativa por el presidente para casos de necesidad a fin de mantener el funcionamiento del Estado y para cumplir los fines de la revolución³⁶², criterio que volvió a ampliar en 1947 al autorizar funciones legislativas del Ejecutivo de facto en la medida en que ello sea necesario para gobernar³⁶³. Es indudable que la Acordadas dictadas resultan sumamente discutibles desde el punto de vista institucional, por no ajustarse a las normativas constitucionales.

Desde otro registro, debemos puntualizar que en los últimos años la Corte Suprema ha dictado una serie de pronunciamientos de relevante voltaje político, unos atinentes a la integración del Consejo de Magistratura, y otros, en referencia a la descalificación de candidaturas de gobernador o vicegobernador de provincias.

³⁶² CSJN, "Mayer", Fallos, 201:249.

³⁶³ CSJN, "Arlandini", Fallos, 208:184.

Con relación a la primera cuestión, citamos la resolución del 16.12.2021³⁶⁴, en la que el tribunal resuelve la inconstitucionalidad del sistema de integración, *quorum* y mayorías previsto en la ley 26.080 del Consejo de Magistratura, exhorta al Poder Legislativo a que dicte una nueva ley acorde con las exigencias constitucionales en un plazo razonable, y asimismo le fija al Consejo de la Magistratura el plazo máximo de ciento veinte días corridos, contados a partir de la notificación de la sentencia, para que lleve a cabo las acciones necesarias a fin de cumplir con el sistema de integración del cuerpo, *quorum* y mayorías y con la composición de las comisiones previstos en la ley 24.937 (texto según ley 24.939) y dispone que transcurrido el aludido plazo sin que se haya cumplido con la integración establecida, los actos dictados por el Consejo de Magistratura serán nulos.

Habiéndose operado el vencimiento del plazo otorgado sin que el Congreso de la Nación hubiese sancionado una nueva ley que organice el Consejo de Magistratura, mientras que sí éste habría realizado en tiempo oportuno los actos necesarios para proceder a la nueva conformación del órgano y a fin de que el mismo continúe funcionando de manera inmediata y de pleno derecho. según las pautas fijadas en la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, el Superior Tribunal decide que el Consejo de Magistratura sea presidido por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que los nuevos representantes que hayan sido elegidos o designados por sus respectivos estamentos asumirían sus cargos previo juramento de ley, el *quorum* sería de doce miembros y las comisiones deberían ser conformadas según lo establecido en el art. 12 de la ley 24.397 (texto según ley 24.399)³⁶⁵.

Con posterioridad, y a efectos de completar a los representantes de la primer y segunda minoría del Senado, el Frente de Todos se fragmenta en dos, por un lado, el Frente Nacional y Popular y por otro, el de Unidad Ciudadana pasando a ser esta última la segunda minoría desde ese momento, desplazando de dicho lugar al Frente Pro. Consecuentemente, el 20/4/2022 la Presidencia del Senado emite el decreto parlamentario DPP n° 33/2022, por el cual se procede a designar para integrar el Consejo de Magistratura a los senadores

³⁶⁴ CSJN, 16/12/2021, "Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/EN - ley 26.080 - dto. 816/99 y otros s/proceso de conocimiento", Fallos, 344:3636; LL, 30/12/2021; SAJJ FA 1000226.

³⁶⁵ CSJN, 18/4/2022, "Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/EN -dto. 816/99 y otros s/proceso de conocimiento, LL, cita on line AR/JUR/39810/2022.

Claudio M. Doñate, como titular y a Guillermo Snopek como suplente de la segunda minoría.

En atención a ello, el Frente Pro interpone un amparo por entender que habría sido arbitrariamente apreciada la segunda minoría parlamentaria, pues correspondería tomar en cuenta la composición del Senado al momento que se dictó el fallo por la Corte Suprema. En primera instancia se rechazó el amparo e interpuesto recurso extraordinario ante la Corte Federal, es admitido en tanto y en cuanto se interpreta que se encuentran en juego los límites del control judicial respecto de actos del Poder Legislativo y el alcance del principio constitucional de división de poderes, y agrega además, dada la innegable gravedad institucional que encierra el caso³⁶⁶.

El Alto Tribunal concluye que en el caso no se trata de controlar un acto relacionado con la dinámica propia de la organización interna de una de las Cámaras del Congreso - materia que se encuentra reservada a su ámbito discrecional- sino que encuadra el planteo formulado en el marco de lo ordenado en la decisión recaída en "Colegio de Abogados de la Ciudad" en relación con la integración del Consejo de la Magistratura. Por lo que, resulta revisable judicialmente el cumplimiento de un aspecto no discrecional del proceso, por el cual el Poder Legislativo participa en la conformación de un órgano constitucional como es el Consejo de Magistratura³⁶⁷.

Concluye sosteniendo que: "Los tres Poderes del Estado deben ajustar su conducta a la Constitución y evitar un ejercicio abusivo de sus atribuciones constitucionales de manera que los principios democráticos y republicanos que le dan sentido a nuestro orden constitucional no resulten socavados" (consid. 15). Agrega un llamado de atención a los partidos políticos que, como instituciones fundamentales del sistema democrático (art. 38, C. N.), deben cuidar que su accionar refleje el más estricto apego al principio republicano del gobierno (consid. 14).

³⁶⁶ CSJN, 8/11/2022, "Juez, Luis A. y otro c/Honorable Cámara de Senadores de la Nación s/amparo ley 16.986", LL, 6/6/2023, cita on line AR/JUR/158831/2022.

³⁶⁷ Sostiene que la posterior división del bloque mayoritario y la consiguiente configuración de una segunda minoría es para la Corte un claro apartamiento de las reglas establecidas para la conformación del Consejo de la Magistratura en la sentencia del 16.12.2021. No duda en calificar de ficticia a dicha minoría y de ilegítimo el accionar para desplazar al bloque Frente Pro; entiende que se trata de una maniobra que acarrea como consecuencia la frustración de la pluralidad representativa que exige la Constitución. Un análisis exhaustivo encontramos en ÁBALOS, María G., "Diálogo entre el Poder Legislativo y el Judicial, Cuestión política versus cumplimiento de una decisión judicial", LL, 6/6/2023, cita on line AR/DOC/1293/2023.

Otro tema con serias derivaciones políticas han sido los pronunciamientos dictados en los últimos años por la Corte Suprema que ha habilitado la instancia originaria en variados precedentes relativos a materia electoral, mediante los cuales se descalifican candidaturas a gobernador y/o vicegobernador de provincias, que, autorizadas por tribunales locales, violan normas de las propias Constituciones provinciales y alteran el orden constitucional democrático.

En prueba de ello, pueden mencionarse a título ejemplificativo:

- Caso "Unión Cívica Radical de la Prov. de Santiago del Estero c/Pcia. de Santiago del Estero s/acción declarativa de inconstitucionalidad", en el cual se inhabilitó al candidato Zamora, por cuanto se determinó que su candidatura autorizada por el tribunal electoral provincial, había sido con violación a los términos de la cláusula constitucional local y que conlleva a un estado de reelección indefinida³⁶⁸.
- Caso "Unión Cívica Radical de la Pcia. de La Rioja c/Pcia. de la Rioja s/amparo" por la que se declaró la nulidad de la pretendida enmienda constitucional intentada mediante una irregular consulta popular destinada a articular la reelección de las autoridades ejecutivas a través de la modificación de los arts. 120 y 177 de la Constitución provincial³⁶⁹.
- Caso "Frente para la Victoria - Dist. Río Negro y otros c/Pcia. de Río Negro s/amparo", donde se admitió la demanda y se rechazó la reelección del entonces gobernador Weretilnek por cuanto el art. 175 de la Constitución provincial veda la postulación como gobernador o vicegobernador a quien haya ejercido dos períodos consecutivos en cualquiera de los cargos mencionados, ya que ello implica su perpetuación por tres períodos consecutivos³⁷⁰.
- Caso "Evolución Liberal y otro c/San Juan, Provincia de s/acción declarativa de certeza", en el cual se dictó una medida cautelar suspendiendo la convocatoria a elección de gobernador y vicegobernador, en virtud de que la candidatura a gobernador en ejercicio Uñac a un cuarto mandato podría implicar la violación del art. 175 de la Constitución sanjuanina³⁷¹.

³⁶⁸ SCJN, 5/11/2013, Fallos, 336:2148

³⁶⁹ SCJN, 23/3/2019, Fallos, 342:343.

³⁷⁰ CSJN, 22/3/2019, Fallos, 342:387.

³⁷¹ CSJN, 9/5/2023, LL, cita on line AR/JUR/55567/2023.

- Caso "Partido por la Justicia Social c/Tucumán Provincia de /amparo", el Tribunal Címero aplicó similar criterio al que antecede y dictó una medida cautelar suspendiendo la elección provincial³⁷². Frente a dicha decisión el candidato Manzur renunció a su pretendido tercer mandato, por lo cual el tribunal dispuso el levantamiento de la suspensión de la elección de gobernador y vicegobernador de la Provincia de Tucumán³⁷³.

Los pronunciamientos citados demuestran fehacientemente que la reforma republicana de gobierno no exige el reconocimiento del derecho de los gobernantes a ser nuevamente electos, pues el compromiso republicano - representativo de la democracia supone la periodicidad de los mandatos conforme la doctrina de la Corte Suprema, que se ajusta asimismo a la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana del 7.6.2021 al afirmar que "La habilitación de la reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de una democracia representativa y, por ende, a las obligaciones establecidas en la Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre".

Sostener y proteger el orden institucional y el federalismo es responsabilidad prioritaria de gobernantes, partidos políticos, candidatos y magistrados. Por ende, la labor de los tribunales nacionales, provinciales y locales, es cumplir con el control de constitucionalidad y convencionalidad y evitar, que sus fallos violen la Constitución Nacional y la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

En este sentido, se percibe claramente como la Corte Suprema de Justicia de la Nación actúa como guardián último de las garantías superiores de las personas y como partícipe en el proceso republicano de gobierno.

Estimamos que la misión institucional de la Corte Suprema no se reduce, exclusivamente, a ser un mero tribunal de justicia que dirime conflictos entre partes, sino que a propósito o con ocasión de tales planteamientos, actúa como un "Poder del Estado", revistiendo el importante rol de actor político en la sociedad argentina.

En esa inteligencia, MORELLO afirmó que constituye "el más importante de los órganos de Justicia apolíticos (en el sentido de no partidario) pero reconociendo sin rodeos ni hipocresía que es propio de los Tribunales Superiores y de modo particular la Corte

³⁷² CSJN, 11/5/2023, LL, cita on line AR/JUR/57803/2023.

³⁷³ CSJN, 16/5/2023, LL, cita on line, AR/JUR/59420/2023.

Suprema de Justicia de la Nación, no podía cerrar los ojos a lo que la experiencia, la historia, el papel protagónico en el cometido del Gobierno requería de su presencia. Que así, ineludiblemente, se vestía de genuina importancia y sentido “Político”, como lo evidencia la mayoría de sus pronunciamientos, que son el producto del laboreo, prudencia e intuición de jueces formados en lo jurídico pero además políticos y estadistas de vocación (PELLET LASTRA), que actúan como órgano de Gobierno, como actores políticos”³⁷⁴.

En esa labor cuentan las "decisiones legislativas", las sentencias que confirman líneas concretas de política: medio ambiente, locaciones, dignidad de las personas, libertad de prensa, equilibrio federalista, que no sólo orientan sino que obligan a los ciudadanos y a los otros poderes.

III. Activismo judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En un importante número de cuestiones y materias de índole constitucional carentes de regulación legal, la Corte ha elaborado en sus creaciones judiciales las pautas necesarias tendientes a superar las lagunas normativas. La trama de premisas judiciales que llena los vacíos legislativos ha convertido a la Corte, al decir de BIDART CAMPOS en un verdadero “prestidigitador” por cuanto “su mano ha penetrado en una galera vacía y, con destreza de mago, ha transformado la vaciedad en una muy densa fuente judicial”³⁷⁵.

Corrobora ello, que el Alto Tribunal siempre ejerce una calificada y necesaria actividad político institucional, “sea de pacificador, ingeniero social, fiador de la libertad, preservador de la efectividad de las garantías, pero concurrente como engranaje clave que opera de reaseguro del sistema político”³⁷⁶.

En definitiva, el “activismo” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se halla configurado por los avances y grados de iniciativa y osadía respecto de relevantes cuestiones sustanciales y procesales, en las que, anticipándose a las normativas y a los poderes estrictamente políticos -Legislativo y Ejecutivo- ha vertebrado soluciones reales y posibles y exhibido su libertad de criterio e imaginación creativa, y asimismo ha

³⁷⁴ MORELLO, Augusto M., "La Corte Suprema en el sistema político", Platense-Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, La Plata-Bs. As., 2005, pág. 155.

³⁷⁵ BIDART CAMPOS, Germán J., “Las prestidigitaciones de la Corte y la galera del mago”, J.A. 2003-IV-1171.

³⁷⁶ MORELLO, Augusto M., “La Corte Suprema en el sistema político”, Librería Editora Platense-Lexis Nexis-Abeledo-Perrot, Bs., As, 2005, pág. 157.

demostrado que no estaba en posición de contención (*self restraint*) sino de participar de intérprete determinante y dinámico ante los desafíos que le presentaba la sociedad.

En tal sentido podemos mencionar, la ampliación del recurso extraordinario por sentencia arbitraria³⁷⁷, inédito y audaz impulso del amparo³⁷⁸, derecho de réplica³⁷⁹, facultades judiciales en materia probatoria en procesos civiles ("la verdad jurídica objetiva")³⁸⁰, disolución del vínculo matrimonial, aptitud nupcial de los cónyuges³⁸¹, medida cautelar innovativa³⁸², ámbito de aplicación del hábeas data antes de su regulación por ley 25.326³⁸³, control de inconstitucionalidad de oficio³⁸⁴, derecho a la intimidad y a la privacidad (doctrina de la "*real malicie*")³⁸⁵, entre otros tantos pronunciamientos.

A tenor de los pronunciamientos aludidos se demuestra palmariamente que la Corte Suprema al curso de sus creaciones judiciales, la interpretación que ha formulado de las normas vigentes, como la integración con que colma las lagunas generan por medio de la fuente judicial la creación de un derecho judicial.

Este derecho judicial, si bien se diferencia claramente del derecho que crea el legislador, como afirma BIDART CAMPOS³⁸⁶ "pone en escena un activismo importante en el orbe y la tarea de los operadores constitucionales", por cuanto los fallos de la Corte son pluralmente ricos "cuando a lo que callan las normas inexistentes les pone la voz de la creación judicial y nos demuestra que la fuente judicial es imprescindible para hacer hablar al derecho escrito y para llenar los espacios que este derecho escrito ha dejado sin norma".

Se ha sostenido enfáticamente que nuestro Tribunal Címero en su rol de cúspide del Poder Judicial y demostrando su inveterado activismo judicial crea derecho (sin ser

³⁷⁷ CSJN, 2.12.1909, "Rey, Celestino c/Rocha, Alfredo y otro", Fallos, 112:384.

³⁷⁸ CSJN, 27.12.1957, "Siri, Ángel S.", Fallos, 239:459; ídem, 5.9.1958, "Kot, Samuel SRL.", Fallos, 241:291.

³⁷⁹ CSJN, 7.7.1992, "Ekmekdjian, Miguel c/Sofovich, Gerardo y otros", Fallos, 315:1492.

³⁸⁰ CSJN, 18.9.1957, "Colalillo c/Cia. de Seguros España y Río de la Plata", Fallos, 238:550.

³⁸¹ CSJN, 27.11.1986, "Sejean, Juan B. c/Zacks de Sejean, Ana M. s/Inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 2393", Fallos, 308:2268.

³⁸² CSJN, 7.8.1997, "Camacho Acosta, Maximino c/Grafi Graf SRL. y otros", LL, 1997-E-553.

³⁸³ CSJN, 15.10.1998, "Urteaga, Facundo R. c/Estado Nacional. Estado Mayor Conjunto de las FF. AA. s/Amparo ley 16.986", Fallos, 3321:2767; ídem, 16.9.1999, "Ganora, Mario F. y otra", LL, 2000-A-355.

³⁸⁴ CSJN, 27.9.2001, "Mill de Pereyra, Rita A. y otros c/Provincia de Corrientes", Fallos, 324:3219; ídem, 19.8.2004, "Banco Comercial de Finanzas SA. (en liquidación BCRA) s/Quiebra", E.D. 209-130.

³⁸⁵ CSJN, 15.5.1986, "Campillay, Julio C. c/La Razón, Crónica y Diario Popular", Fallos, 308:789; ídem, 12.11.1996, "Morales Solá, Joaquín M. s/injurias", Fallos, 319:2741;

³⁸⁶ BIDART CAMPOS, Germán J., "Las prestidigitaciones de la Corte y la galera del mago", J.A. 2003-IV-1171.

legislador); consolida criterios interpretativos -no paralizantes ni finalistas- que se orientan por las consecuencias valiosas y útiles; en cuestiones de interés institucional sus sentencias –con efectos generales- caracterizan una manera de legislar a través de “decisiones judiciales”; ejerce una fuerte función casatoria vinculante y no sólo en el ámbito federal, con la línea de rumbo “político” en equilibrio –con razonabilidad- con el accionar del Gobierno y en el inteligente balanceo de frenos y contrapesos³⁸⁷.

Asimismo debemos recordar que la Corte Suprema goza de facultades para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, sin que ello implique una intromisión en las prerrogativas del Congreso de Nación, dado que es independiente justamente para poner límites a las decisiones de la mayorías que violen la Constitución Nacional y los tratados internacionales (control de constitucionalidad y control de convencionalidad).

Prueba de ello, son la inconstitucionalidad de las leyes de Obediencia Debida y de Punto Final ("Simón", Fallos, 328:2056), la ley penal que, al castigar la tenencia de estupefacientes para consumo personal, no respetaba la autonomía personal ("Bazterrica" y "Arriola", Fallos 308:1392 y 332:1963, respectivamente); la ley que, al permitir sin fundamento suficiente la interceptación de comunicaciones personales y la acumulación de datos personales, avasallaba el derecho a la intimidad ("Halabi", Fallos: 332:111), la ley de Asociaciones Sindicales en cuanto confería tutela gremial solo a representantes o autoridades de sindicatos que contaran con personería gremial ("Rossi", Fallos: 332:2715), también invalidó la ley previsional que frustraba el acceso a la justicia de los jubilados al prolongar innecesariamente el reconocimiento judicial de sus derechos de naturaleza alimentaria ("Itzcovich", Fallos, 328:566) y desvirtuaba el mandato de movilidad jubilatoria del art. 14 bis de la Constitución Nacional ("Badaro", considerando 5º, Fallos, 330:4866), entre otros.

Cabe puntualizar que fue preocupación profunda de los autores de la Constitución Nacional, salidos de una experiencia histórica asaz elocuente, salvaguardar con énfasis los derechos individuales, para lo cual limitaron con energía las potestades de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, y asignaron la elevada función de cuidar esos límites al Poder Judicial. Es por ello, que el ejercicio de ninguna potestad, por privativa de los otros poderes

³⁸⁷ MORELLO, Augusto M., “La Corte Suprema en el sistema político”, citada, p. 88.

que fuesen, deja de ser revisable por el Poder Judicial en una auténtica función de gobierno. Velando por esa supremacía, reiteradamente se ha declarado que "Las sentencias de esta Corte deben ser lealmente acatadas tanto por las partes como por los organismos jurisdiccionales que intervinientes en las causas"³⁸⁸.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido y es pieza angular insustituible en el escenario institucional. Factor de equilibrio y pujante motor del conjunto de los engranajes del poder, severo y activo protagonista de la vida en sociedad. Preserva y tutela la libertad con igualdad y abre las puertas al necesario alivio de la solidaridad y de la equidad.

Ello no exime, que en un buen número de casos, el criterio sustentado por el Alto Tribunal no merezca nuestra crítica y categórico reproche³⁸⁹; pero entendemos, que en esta oportunidad es más útil ofrecer una imagen favorable, pues estamos convencidos que en los momentos actuales los operadores jurídicos –y la ciudadanía en general-, lejos de acosarla, deben ayudar a que la Corte, su independencia y su imagen cobren iluminosidad, para constituirse en el faro de una sociedad que debe esforzarse en ser sana y emprendora.

Recordemos, en tal sentido, lo señalado por MORELLO que “el tribunal debe preservarse y, al compás de un prudente y osado activismo, en la aceleración del pulso social, sin refugiarse en las nostalgias del pasado...ante la exigencia creciente de la racionalización de la política, de lo económico, de lo ético, lo social y lo cultural, debe arrojar señales y criterios que recojan los cambios y los reflejos en la sociedad, con el aporte de serenas y orientadoras coordenadas mayores”³⁹⁰.

IV. Independencia del Poder Judicial

De acuerdo a expuesto en el apartado precedente, el Poder Judicial ejerce un rol central en la actividad diaria de nuestro país al dilucidar los conflictos entre los ciudadanos, entre éstos con el Estado y al controlar a los dos poderes restantes de que en el desempeño de sus respectivas atribuciones, lo sea en el marco de la Carta Magna. Ello conlleva a que

³⁸⁸ Fallos, 252:186; 255:119, etc.

³⁸⁹ Nos remitimos al agudo examen de la historia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia que formula GARGARELLA, Roberto, “Inconsistencia y parcialidad. Un examen histórico de la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina”, J.A. 2003-IV-1175.

³⁹⁰ MORELLO, Augusto M., “La Corte Suprema. Ayer, hoy y mañana”, J.A. 2003-IV-1193.

desde el punto de vista institucional, la administración de una justicia imparcial e independiente es esencial para el sistema democrático y republicano, por cuanto constituye para el Estado de Derecho una de las bases principales de la separación de los poderes públicos, pues trasciende la figura del juez e impacta colectivamente en toda la sociedad. En definitiva, la independencia judicial es un derecho humano que poseen los individuos en toda sociedad democrática. NO EXISTE ESTADO DE DERECHO SIN INDEPENDENCIA JUDICIAL.

Los pactos internacionales de derechos humanos, de jerarquía constitucional, conforme lo prevé el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, establecen el derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, a tenor del art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948; art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; art. 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y los "Principios básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura" de 2020³⁹¹.

Por su parte, conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Europea-, la independencia judicial exige -las siguientes garantías: Un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas³⁹².

En nuestro país la independencia judicial constituye un valor constitucional contemplado expresamente en el art. 114 de la Constitución Nacional, al crear el Consejo de la Magistratura de la Nación, y facultarlo expresamente en su inc. 6ª a "Dictar los

³⁹¹ Establecen: "1. La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura. 2. Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo...7. Cada Estado Miembro proporcionará los recursos adecuados, para que la judicatura pueda desempeñar debidamente sus funciones...11. La ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por los períodos establecidos, su independencia y su seguridad, así como una remuneración, pensiones y condiciones de servicio y de jubilación adecuadas. 12. Se garantizará la inamovilidad de los jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que contemplan la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos, cuando existan normas al respecto". Estos principios han sido confirmados por la Asamblea General en resoluciones 40/32 y 40/146 de 2020.

³⁹² Un exhaustivo análisis jurisprudencial lo encontramos en PALACIO de CAEIRO, Silvia B., "La independencia judicial en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", LL, 2015-D-1111; "Independencia judicial en el Consejo de la Magistratura de la Nación", LL, 2022-B-367, cita online, AR/DOC/1039/2022.

reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia".

Al margen de las garantías constitucionales conferidas a los magistrados, que evitan la presión externa, pesa sobre ellos deberes para con la sociedad, que les confiere la confianza de sus bienes, de su libertad y de sus derechos más elementales que se encuentran en litigio o controvertidos. Ello impone exigencias de los magistrados en su formación tendientes a que substancien procesos ajustados a derecho y que concluyan en un pronunciamiento justo, ecuánime, fundamentado en derecho y sustentado en la realidad de los hechos litigiosos. Asimismo deben resolver las controversias en tiempo oportuno³⁹³, evitando el retardo de la justicia -que por cierto es considerado mal desempeño a los fines del juicio político o jurado de enjuiciamiento-, que configura un pilar de la actividad jurisdiccional.

En definitiva, la imparcialidad, objetividad, prestigio y excelencia son elementos vertebrales del Poder Judicial, forma parte de su independencia, pues son las personas que lo integran, los primeros en ser independientes.

V. Formación y perfeccionamiento de los operadores jurídicos

La satisfacción de las premisas señaladas exige el mejoramiento de la calidad académica de los operadores jurídicos, ello es un objetivo indubitable y permanente de toda la comunidad educativa, por tanto resulta imperioso vertebrar una reingeniería de la enseñanza universitaria, a tenor de las nuevas exigencias que demanda la sociedad actual.

En esa inteligencia consideramos, que sin relegar de los principios que contiene la ilustración enciclopedista, debe modernizarse la misma, a partir de cinco ejes elementales: mayor exigencia a los educadores; modificar paradigmas: que el profesor no se limite a exponer, sino que además asuma el rol de tutor, que guíe y oriente a los alumnos y que el verdadero protagonista de la clase sea el educando no el educador (una especie de "aula

³⁹³ "En el procedimiento el tiempo es algo más que oro, es justicia. Quien dispone de él tiene en la mano la carta de triunfo. Quien no puede esperar, se sabe de antemano derrotado". COUTURE, Eduardo J. "Proyecto de Código de Procedimiento Civil con Exposición de Motivos", Depalma, Bs. As. 1945, p. 37.

invertida", al decir del pedagogo Nicholas Carr.)³⁹⁴; desplazar metodologías vetustas; incorporar nuevos contenidos y renovar en forma sistémica la transmisión de los principios deontológicos. Las actividades y metodologías de trabajo deben ser diversificadas, a las exposiciones de los marcos teóricos, deben incluirse trabajos individuales y grupales, juego de roles ("*role-playing*"), dramatizaciones, videos, exhibiciones de filmes³⁹⁵, foros de debate, talleres activos e integradores que permitan dar una visión en conjunto, incentivando el trabajo colectivo y el análisis crítico de las experiencias de los docentes³⁹⁶.

Las clases expositivas son útiles para analizar los principios básicos que guían el encuadre jurídico de las situaciones fácticas y las premisas que rigen la actividad jurisdiccional; el método de casos es necesario para evitar que lo aprendido quede en términos puramente abstractos³⁹⁷.

La nueva estructuración del proceso por audiencias impone incorporar en los programas académicos materias como oratoria forense, el arte de interrogar a los testigos y de preguntar en general; criterios científicos para la producción y evaluación de los diferentes medios de prueba, en definitiva exige una formación especial en la oralidad y con prácticas en la que el interesado participe haciendo lo que debe aprender³⁹⁸. Por otra

³⁹⁴ El alumno debe ser actor activo, capaz de organizar el trabajo para indagar un problema, buscar soluciones, programar, articular conceptos, reflexionar sobre lo que descubre y aprende. Es imprescindible la práctica de clases activas a fin de que el educando obtenga un *pensamiento crítico y capacidades analítica, de síntesis y de evaluación*. Solo así se logrará generar la pasión por aprender. La participación del estudiante es vital a través de diálogos, debates, interacción entre los alumnos -como alguna vez fueron las clases de SÓCRATES-, no sólo para facilitar la comprensión, sino para hacer posible que elabore e incorpore deliberadamente a su sistema de pensamiento la habilidad aprendida u otra alternativa que él mismo prefiera, luego de ponerla a prueba y haciéndose responsable por ella ante sí mismo y ante los demás.

³⁹⁵ El cine representa una atractiva forma de innovación educativa, pues facilita la comprensión de conocimientos abstractos, la retención de conceptos, desarrolla la capacidad crítica del estudiante y potencia la interdisciplinariedad; una imagen dice más que mil palabras. GÓMEZ FRÓDE, Carina, "Cine y Derecho. Dos disciplinas interconectadas", edición de autor, México, 2012, ps. 45-46.

³⁹⁶ La universidad debe reconocer y revitalizar su origen como movimiento de búsqueda, abrir sus espacios a las nuevas condiciones de vida, ello implica entre otras cosas, abandonar procesos formativos unidisciplinarios, monolíticos y jerárquicos, revisar las prácticas y didácticas de apropiación de los conocimientos e introducir en el contacto con los contenidos y los docentes posibilidades de movimiento, esto es, la contradicción, la incertidumbre, la contingencia, la variedad, la ambigüedad y lo aleatorio. Sostiene CIURO CALDANI, que "No se estudia "con memoria", como es imprescindible, sino "de memoria" frustrando las posibilidades de empleo creativo del complejo de la personalidad". CIURO CALDANI, Miguel A., "Derecho a la educación", LL, 2018-C-1101, cita on line: AR/DOC/1276/2018.

³⁹⁷ El sistema de casos diseñado por Christopher Columbus LANDGELL, Decano de la Escuela de Derecho de Harvard en 1870 entusiasma a los alumnos y los acerca a la realidad práctica de la ciencia jurídica. Constituye un complemento importante a la inexorable lectura de los libros de textos y el análisis y tratamiento de las normas integrativas de nuestro ordenamiento jurídico.

³⁹⁸ "Oigo: olvido. Veo: recuerdo. Practico: entiendo". Antiguo proverbio chino.

parte, la utilización de las nuevas tecnologías en el aula requiere modificaciones sustanciales en la propuesta pedagógica, privilegiando que las mismas tiendan a la humanización de la educación, máxime con el advenimiento de la inteligencia artificial, con sus beneficios y secuelas perniciosas.

Ninguna transformación que nos permita saltar el círculo de nuestro inmovilismo será posible si está ausente la ética de nuestros comportamientos. Resulta imperioso y necesario que los principios deontológicos que podríamos resumir en la lealtad, la dignidad y el decoro sean transmitidos sistemáticamente a los estudiantes con firmeza y profundidad, de tal manera que los egresados puedan satisfacer con plenitud, en el cumplimiento de tan ilustre y honorable actividad, sea profesional como jurisdiccional las exigencias que tiene el alto destino de estar al servicio de los semejantes y de la sociedad y no incurrir en responsabilidades e incumplimientos legales.

Existe un estrecho vínculo entre los problemas éticos y la independencia judicial, por ello en la medida que la enseñanza universitaria tenga aptitud para moldear el comportamiento de los jóvenes que asisten a sus aulas dentro de ciertos y determinados parámetros axiológicos, coadyuvaremos a la formación de futuros funcionarios y magistrados que demostrarán en el ejercicio de su cometido, hombría de bien, prudencia, serenidad de juicio, eficiencia, neutralidad, rectitud, integridad e independencia, presupuestos indispensables para afianzar la justicia.

Debemos abandonar posturas tradicionales, en las que hemos vegetado por décadas y generaciones. Los tiempos de hoy exigen nuestro real y sincero protagonismo. Sólo quienes acepten el desafío serán capaces de generar la transformación que ambicionamos. Debemos torcer el brazo a la conservadora clase forense y judicial, y al “no se va a poder”.

Pero eso sí, partiendo del presupuesto elemental, que el accionar comienza asumiendo deberes y responsabilidades, es decir, que debemos ser –los abogados, los magistrados y los docentes³⁹⁹- los primeros en involucrarnos en el cambio de mentalidad.

³⁹⁹ La Ministra de Educación de Finlandia –país que lidera el índice de Educación Global para el Futuro - y preguntada en una conferencia de prensa sobre los ejes en que se fundamenta la educación en su país, contestó: tres son las claves: los profesores, los profesores, los profesores. Agregamos, que el papel del profesor siempre estará presente para motivar, desarrollar el pensamiento crítico, incentivar la investigación profunda, desplegar habilidades socioemocionales de cada alumno, el trabajo en equipo, el intercambio social en el aula, pues no hay transmisión si no hay diálogo, y por sobre todas las cosas, el ejemplo a seguir, para

VI. Actualización permanente de los funcionarios y magistrados

Es imperioso desterrar la concepción de que los diplomas universitarios tengan legitimidad temporal permanente, ELLO SIGNIFICA GENERAR PROFESIONALES DE CARTÓN. Es ineludible que los graduados se encuentren obligados a renovar la validez de su título periódicamente, ya sea a través de una determinada práctica profesional o de contactos con el saber científico. Esta obligación les cabe a los integrantes del Poder judicial que deben tener la responsabilidad de realizar los cursos de perfeccionamiento y cumplir sus objetivos⁴⁰⁰, integrando esta obligación, la conducta debida en el ejercicio del cargo, requerida por la Constitución a magistrados y funcionarios⁴⁰¹. Los Principios de Bangalore en su art. 6.3. prescriben que *“Un juez dará los pasos para mantener y aumentar sus conocimientos y habilidades y cualidades personales necesarias para el correcto desempeño de sus funciones judiciales”*⁴⁰².

Se suele afirmar que el ser humano en general es bueno, pero vigilado y controlado seríamos mejores. De ahí que es medular un sistema obligatorio de control de la actividad que despliegan los jueces y funcionarios en sus respectivas actividades, y en esa inteligencia debe implementarse sistemas de auditorías generalizadas y periódicas –que pueden ser internas y/o externas- tendientes a determinar la eficacia y eficiencia de la gestión judicial de manera sistemática⁴⁰³, incluyendo un seguimiento constante mediante

concluir, que no hay educación de calidad, sin docentes de calidad, que transmitan la emoción de enseñar y aprender como rol central..

⁴⁰⁰ Es imprescindible "mejorar la instrucción de los jueces en materia probatoria, saliendo de lo estrictamente procedimental y avanzando en el camino de las ciencias que suministran las máximas de experiencia que precisa el juzgador, como la psicología del testimonio o la semiótica textual". NIEVA FENOLI, Jordi, "Oralidad e intermediación en la prueba: luces y sombras", en Revista Justicia, Madrid, J. M. Bosch Editores, 2012, p. 120. Nociones tales como memoria, codificación, retención, recuperación, registro, mentira, veracidad, exactitud, carga cognitiva, contextualización, orden secuencial, orden temporal inverso, relato, narración, contradicción, contenido verbal, señales paraverbales, control intersubjetivo, etcétera, no pueden ser ignoradas por los operadores jurídicos. MEROI, Andrea A., "La prueba por declaración y la reforma procesal civil", Revista Derecho Procesal 2019-1, Sta. Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 219.

⁴⁰¹ Así lo prevé para los funcionarios y magistrados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la ley N° 31 de Organización del Consejo de la Magistratura y creación del Centro de Formación y Capacitación Judicial, sancionada el 28.5.1998, E. D., Legislación Argentina, 1998-A-1537,

⁴⁰² Los *Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial* fueron aprobados por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, en su resolución E/CN. 4/2003/65/anexo, en La Haya, en noviembre de 2002 y fueron adoptados el 10 de enero de 2003, habiéndose adherido la SCJN mediante Acordada n° 5/2009..

⁴⁰³ Según enseñan los especialistas en planeamiento estratégico, el Poder Judicial presenta una cultura organizacional de “reinos” cuya estrategia no parece incluir la buena atención al usuario, ni la rapidez de

indicadores ciertos que evidencian el cuadro existente de situación y avance⁴⁰⁴. No basta con erradicar la corrupción –lo cual no es poca cosa- sino que también es indispensable eliminar la mediocridad reinante en muchos sectores del ámbito forense, por lo que hay que bregar por una labor de excelencia⁴⁰⁵, garantía indispensable de la independencia judicial.

VII. Selección y enjuiciamiento de magistrados

. La comunidad toda -dirigentes políticos, empresariales y sindicales, los docentes y estudiantes, los abogados y magistrados, los funcionarios y empleados-, debe tomar conciencia de que la actividad jurisdiccional no puede continuar en la situación en que se encuentra actualmente -numerosos obstáculos para un acceso irrestricto a la justicia, incumplimiento de principios liminares del proceso -celeridad, concentración, economía procesal, deber de colaboración de las partes-, delegación de funciones por parte de los jueces, omisión de activismo judicial por negligencia o desidia, incumplimiento del deber de sustanciar los procesos en tiempo razonable, multiplicidad de decisiones legítimas y justas que no reflejan la realidad de los hechos litigiosos e inefectividad de los pronunciamientos judiciales, lo que justifica que la Justicia goza frente a la sociedad de un alto grado de desconfianza.

Por ello, se impone de la necesidad urgente de vertebrar una POLITICA JUDICIAL, que conforme UN PROGRAMA INTEGRAL DE REFORMAS PARA LA JUSTICIA, en carácter de *política de Estado*, es decir, *una política pública, que trascienda gobiernos e ideologías políticas*⁴⁰⁶.

Dicha reforma deberá incluir inexorablemente la reestructuración del Consejo de Magistratura, cuya demora en la realización de los concursos y la excesiva politización -por su deformada integración- no satisface sus objetivos liminares tendientes a asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia (art. 114, inc. 6º, Const. Nacional). Estamos frente a una pieza clave para lograr el objetivo de contar con

atención, ni el tiempo del usuario. PIAGGI, Ana L., "Capacitación de Magistrados y Abogados", Revista Plenario, publicación de la Asoc. de Abogados de Bs. As., n° 48, oct.nov.dic.99.

⁴⁰⁴ En España existe un sistema de auditoría interno, a cargo de un Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial. En la Provincia de Río Negro además de funcionar un auditor judicial interno, se ha encomendado a la Fundación Fores la realización de una auditoria periódica de desempeño externa.

⁴⁰⁵ En nombre del progresismo se ha renunciado a la excelencia, palabra estigmatizada.

⁴⁰⁶ La realidad nos demuestra que las políticas públicas nunca llegan a implementarse porque cada gobierno genera cambios pendulares de estrategias.

una Justicia a la altura de los desafíos que debe superar la República. Sus integrantes, y los sectores que representa, deben resguardar la tan imprescindible como sana distancia de los jueces respecto de los representantes de los poderes Ejecutivo y Legislativo.

Es de pública notoriedad la falencia en la selección de jueces probos, idóneos e independientes, como en la casi nula apertura de procedimientos de remoción de magistrados que incurren en mal desempeño de su cometido.

El espíritu de la reforma constitucional de 1994, que con el expreso propósito de asegurar la absoluta independencia del Poder Judicial y con ello su jerarquización, tuvo como objetivo fundamental sustituir un sistema de elección discrecional por otro de selección por idoneidad colocando las facultades de selección y remoción de los magistrados bajo un ámbito técnico fuera de la órbita y del dominio de los Poderes Políticos. La conformación del órgano encargado de la selección y del órgano competente para enjuiciar magistrados, es una precondition indispensable para garantizar y ampliar la independencia del Poder Judicial o que contrariamente sea utilizado como un eficaz instrumento para su cooptación, colonización y sometimiento.

VIII. Conclusión

En definitiva, estimamos que las cuatro premisas básicas para la concreción y mantenimiento de la independencia del Poder Judicial son:

1. Autarquía económica y financiera y facultad expresa de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de elaborar su propio presupuesto, con anuencia del Consejo de la Magistratura;

2. Cumplimiento irrestricto de la inamovilidad del cargo de los magistrados mientras dure su buena conducta e intangibilidad de sus remuneraciones (art. 110, Constitución Nacional);

3. Que la composición del Consejo de la Magistratura respete el equilibrio consagrado en el art. 114, párr. 2º de la Carta Magna, cuya presidencia esté a cargo de un ministro de la Corte Suprema, designado por sus miembros e integrada con los cuatro estratos o sectores interesados: la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias, de los abogados de la matrícula federal y otras personalidades del ámbito académico y científico, en el número y la forma

que indique la ley especial regulatoria del mismo, que deberá ser sancionada por la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara, y

4. Consagrar nuevos mecanismos de selección y enjuiciamiento de los magistrados, en el que se priorice la celeridad -para evitar el colapso judicial-, y en cuanto a la selección de la terna de los postulantes se practique mediante concursos públicos, teniéndose en cuenta la madurez intelectual y equilibrio emocional de los postulantes (que surgirán de los exámenes psicofísicos) y la idoneidad de los candidatos (arts. 16, párr. 2º y 99, inc. 4º, párr. 2º in fine, Constitución Nacional).

LA ORALIDAD Y LAS POSIBILIDADES ACTUALES

Por Carlos Raúl PONCE*

1. Introducción.

En trabajos anteriores nos hemos dedicado al estudio del proceso civil oral⁴⁰⁷.

En ellos se propusieron los criterios que resultan indispensables para el análisis de la temática del proceso civil ideal del mañana, al que todos aspiramos; en tal sentido resulta necesario en primer lugar ubicarse en la realidad económica y social de nuestro país para ir dilucidando hasta donde podemos llegar a tal objetivo.

Recordemos que ya hace más de un siglo el maestro italiano Francesco Carnelutti, enseñaba que para una verdadera reforma procesal se requieren tres factores sustanciales en este orden: La excelencia del factor humano, una infraestructura adecuada con los adelantos más modernos y un ordenamiento procesal debidamente actualizado.

La capacidad intelectual de nuestros procesalistas la descontamos, como así también la posibilidad del dictado de las leyes adecuadas a las circunstancias, pero ello no es suficiente para solucionar mágicamente la problemática actual de nuestra justicia, sometida a largos y prolongados proceso con demasiadas tramitaciones administrativas, que

* Profesor de posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral; Exjuez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Integrante del Comité Ejecutivo de la AADP, autor de libros y trabajos de la materia. Miembro del Instituto de Derecho Procesal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

⁴⁰⁷ Ponce, Carlos R. “Presupuestos básicos para la instrumentación de las nuevas formas de litigación”. Revista de Derecho Procesal, 2019-2-p.27, Rubinzal-Culzoni, Editors, Santa Fe, Octubre 2019. “El Proceso civil del mañana”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Derecho Procesal, RubinzalCulzoni, p.11.

poco a poco tornan que la comunidad, con suficiente razón, vaya perdiendo la confianza en ella, con el olvido que la finalidad del derecho procesal es social, es un instrumento de la justicia y no un fin en sí mismo.

El dilema de hoy en día es la cantidad de procesos de diferentes contenidos que se tramitan ante un mismo tribunal, que tornan necesaria una división de funciones y sustancialmente la falta de estructuras, temáticas a las que se harán referencia en el presente trabajo proponiendo las soluciones que resultan necesarias en tal sentido

Corresponde acotar que nos estamos refiriendo a la Justicia Nacional, pues en el orden provincial la mayoría de sus jurisdicciones aplican el proceso oral con total efectividad.

En tal sentido destacan con total claridad Gustavo Caramelo y Cecilia Kandus la incorporación de la oralidad en las provincias de Jujuy, Tierra del Fuego, La Rioja, La Pampa, Corrientes, Entre Ríos, Río Negro, Chubut, entre otras, señalando como se está trabajando en la provincia de Buenos Aires en tal sentido ⁴⁰⁸. A su vez, debemos tener presente que desde 2019 también se incorporó la oralidad en el proceso civil en las provincias de San Luis, Formosa, Mendoza, Santa Fe, Tucumán, Santiago del Estero, Chaco, San Juan y Córdoba.

Por ello se analizaran las condiciones que necesarias para implementar una justicia rápida y eficaz bajo la estructura de la oralidad, adelantando que nos pronunciaremos por un proceso por audiencias con diversas modificaciones del actual.

2. La infraestructura

El actual Código Procesal Civil y Comercial de la Nación fue sancionado en septiembre de 1967, para entrar a regir el 1° de Febrero de 1968, fue sometido a diversas

⁴⁰⁸ Gustavo Caramelo- Cecilia Kandus, “Procesos por audiencias: Avances y crisis en la Justicia Nacional”, en “Oralidad y Proceso Civil”, RolandArazi –director-,pág. 165, Rubinzal-Culzoni, Editores.

modificaciones por las leyes 20.497 (1973), 21.305 y 21.347 (1976), 21.708 (1977), 22.434 (1981), el texto fue reordenado por un decreto del mismo año y nuevamente modificado por las leyes 24.573 (1995), 25.488 (2001) 25.824 (2004), 26.061 (2005), 26.536(2009), 26.589 (2009), 26.589 (2010), 26.790 (2012), 26.853 (2013) y 27.500 (2019).

No obstante esas reformas en los trabajos citados se dejó en claro que la actual legislación procesal ha ido paulatinamente perdiendo actualidad y dinámica dentro del marco jurídico en donde está destinada a regir, por no adecuarse a los cambios culturales, tecnológicos o a la urgencia que requieren los tiempos actuales.

En el sentido indicado cuadra señalar, haciendo un poco de historia que resulta imposible acceder a una justicia oral con la presencia del juez, como ella requiere, sin tener en cuenta que desde 1934 hasta el presente, las unidades de ingreso de expedientes a las secretarías judiciales que los recepta son prácticamente las mismas pues solo se han elevado en el número de diez desde entonces.

En efecto, la Ley 7055 de 1910 creó 10 Juzgados Civiles con seis Secretarias cada uno, por lo que desde ese entonces se contaba con 60 unidades de ingreso de expedientes. La Ley 12.905 de 1946, creó 20 Juzgados Civiles con tres secretarias cada uno. La Ley 14.765 de 1958 aumento a 30 el número de Juzgados pero manteniendo las 60 Secretarias, o sea, dos Secretarias por Tribunal.

Paralelamente al Fuero Civil, la Ley 11.924 creó 40 Juzgados de Paz Letrados, posteriormente designados como Especial en lo Civil y Comercial, con una Secretaria cada uno. Por leyes posteriores se establecieron 10 Juzgados más.

Cuadra señalar que la ley 23.637, de 1988 unificó la Justicia Nacional Especial en lo Civil y Comercial con la Civil de la Capital Federal, dejando sentado que ocho de los Juzgados existentes, cuando el Poder Ejecutivo lo dispusiera, tendrían competencia exclusiva en asuntos de familia y capacidad de las personas. Esos juzgados en la actualidad son 24.

Es decir, desde mediados del siglo pasado hasta hoy en día las unidades o bocas de acceso para iniciar procesos siguen siendo las mismas, lo cual torna imposible pensar que bajo esas bases se pueda instrumentar un sistema de oralidad con el correspondiente activismo judicial como se pretende.

3. Reformas necesarias.-

a) *Distribución de los procesos.*- Resulta importante resaltar que al margen de la creación de nuevos juzgados, reiteramos de imprescindible necesidad establecer dentro del mismo fuero civil un cambio de competencias, como lo han hecho diversos Anteproyectos, que lamentablemente en la actualidad no fueron receptados por el poder político, y rediseñar las competencias vigentes en otras que se vayan adecuando a las necesidades actuales.

A través de este trabajo se dejara constancia de la necesidad de estructurar el proceso por audiencias, en la inteligencia que la oralidad hoy en día no se discute, teniendo presente que también ha sido adoptada por el Código Modelo para Iberoamérica, tomado con algunas modificaciones por el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay de 1988.

Es imposible empezar a analizar esta temática sin referirse al programa Justicia 2020 impulsado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que a través de una excelente comisión de expertos en materia procesal estableció las “Bases para la Reforma Procesal Civil y Comercial”, que como se indica en su Prologo tiene como meta lograr una justicia cercana a la comunidad, moderna, transparente e independiente, instrumentando un nuevo Código

Procesal Civil y Comercial de la Nación basado en los principios de oralidad efectiva, celeridad y transparencia en tal sentido.

Expresamente se indica que “la oralidad implementada en un proceso por audiencias, con inmediación y concentración transforma al actual sistema lento e ineficiente en uno más ágil sencillo y accesible. El vocabulario judicial de los procesos escritos –anticuado y complejo- se transforma así, en uno comprensible para el público ya que incorpora la inmediación entre el juez, las partes y sus abogados, y la prueba”.

Con anterioridad a estos postulados el entonces Ministerio de Justicia, mediante la Resolución 090/97 encomendó a la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Nación la creación de una comisión para el mejoramiento del sistema de justicia. Tuvimos el honor de participar en dicha comisión juntamente con los profesores Mario Kaminker, Eduardo Oteiza, Carlos A. Garber, entre otros, y nos expedimos en el sentido propiciado en las Bases.

Ahora bien, resulta imprescindible dejar constancia que la introducción de la oralidad en el proceso civil requiere dotar a los juzgados de una organización diferente a la actual dividiendo las funciones jurisdiccionales a cargo de los jueces de las simplemente administrativas, delegadas a una oficina judicial que sirva de soporte y apoyo a la actividad estrictamente jurisdiccional, todo ello con la finalidad de materializar definitivamente la tutela judicial efectiva y el debido proceso en base a la oralidad e inmediación.

Para tal finalidad se propone reestructurar el actual proceso civil y comercial en un proceso por audiencias, del que separaran al llamado proceso monitorio y otro simplificado más abreviado que el ordinario por audiencias.

Respecto a dicho proceso, adopta una posición mixta, pues si bien se mantiene la oralidad y la inmediación sostiene algunas etapas escritas como la de los actos de postulación y recursos contra la sentencia definitiva, de lo cual estoy totalmente de acuerdo.

Como se señaló las Bases propician el procedimiento monitorio, como se implementó en España. Alemania y Uruguay, entre otros países para los procesos

ejecutivos y de ejecución en los que la presencia inmediata del juez no resulta imprescindible como en el proceso de audiencias.

Dentro de los procesos monitorios se incluyen todos aquellos en los que los acreedores reclaman obligaciones exigibles de dar cantidades liquidas de dinero o fácilmente liquidables, cuando la deuda se acredite mediante documentos firmados por el deudor, procesos estos en que la inmediación no resulta tan indispensables como los de audiencias.

No hacen más referencias al proceso simplificado, pero en el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante Anteproyecto) se lo reglamenta debidamente.

b) *La oralidad.* Por lo hasta aquí brevemente expuesto ya no se discute en la doctrina la necesidad de instaurar la oralidad en los procesos civiles contradictorios, en ella el juez toma contacto directo con las partes, los testigos, los peritos, etc., y asegura la inmediación y la tutela judicial efectiva.

Al existir la inmediación, por ejemplo en las audiencias testimoniales el juez aprecia la forma en que declara el testigo, la seguridad o las dudas en sus respuestas, a lo que Falcón denomina el “lenguaje del cuerpo”.

Destaca además, que las investigaciones demuestran que en una presentación ante un grupo de personas, el 58% del impacto viene determinado por el lenguaje corporal-postura, gestos, contacto visual, el 35% por el tono de voz y solo el 7% por el contenido de la presentación, agregando también el escenario en donde se desarrolla el proceso⁴⁰⁹.

Señala el destacado procesalista, en tal sentido, que sirve de ayuda recurrir a las enseñanzas de la Programación Neurolingüística sistema destinado al estudio de la comunicación y de la estructura de la experiencia subjetiva, para mejor comprensión de las

⁴⁰⁹ Falcón, Enrique M. “Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Rubinzal-Culzoni,t. III, p.26.

relaciones humanas, todo ello tan alejado de la mera lectura de un acta judicial, como ocurre en la realidad, que en nada permite al magistrado ilustrarse al respecto.

Existen al respecto innumerables argumentos más a favor de la oralidad, pero con lo dicho hasta ahora resulta suficiente para destacar que el juez, además de ser el verdadero director del proceso va a dictar sentencia sobre pruebas que ha visto, que han caído bajo sus sentidos, lo que hace a la esencia del proceso oral.

Además, de lo expuesto vislumbramos que el proceso oral además de materializar el principio de inmediación, reconocido en el actual Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 35 y 707), ayuda a lograr el fin de todo litigio, esto es lograr la tutela judicial efectiva, es decir, la inescindible relación entre proceso y Justicia, por lo que el proceso no puede llevar a otra cosa que a obtener una sentencia justa.

Merece recordarse que la tutela judicial efectiva, que debe estar presente en todo proceso, fue incorporada por primera vez en la Constitución italiana de 1947, en la Constitución española de 1978 (art.24), en el Pacto de San José de Costa Rica y en nuestro país en el artículo 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires bajo el título de “Tutela judicial” y expresamente en las Constituciones de Santiago del Estero (arts. 48 y 49) y Neuquén (art.58).

A su vez, entendemos que la tutela judicial efectiva aparece en forma implícita en el preámbulo de nuestra Constitución al referirse a “afianzar la justicia”, recordando que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo “Valdez c/ Gobierno Nacional”⁴¹⁰ señala que el preámbulo constituye parte normativa de ella⁴¹¹.

Materializada la tutela judicial efectiva, en un proceso por audiencias preliminares y de vista de causa el Juez al sentenciar va a tener la íntima seguridad que llega a un

⁴¹⁰ CSJN., 22/10/1976, “José R. Valdez c/Gobierno Nacional; Fallos:295:937.

⁴¹¹ Ponce, Carlos Raúl, “Actuales limitaciones al principio dispositivo. El juez director del proceso” Compendio Jurídico, Errejús-Errepar, n° 62, Mayo 2012, p.155.

resultado justo pues ha tenido la posibilidad de adentrarse debidamente en lo que realmente ha ocurrido en la realidad, lo que hace a la esencia de la justicia real y verdadera y a la necesidad que la población tenga la plena confianza que sus problemas serán resueltos de esa manera y en forma rápida.

En el mismo orden de ideas Montero Aroca enseña que lo dicho no se trata de una simple y formal verificación, sino que el juez al sentenciar debe tener la convicción psicológica que lo decidido responde a la realidad, para lo cual las partes tienen que convencerlo respecto a los datos sujetos a verificación⁴¹².

A mayor abundamiento recordemos las enseñanzas del maestro Giuseppe Chiovenda al decir que “el proceso es oral cuando dicta sentencia sobre pruebas que han caído bajo sus ojos”, como así también que “la oralidad es imprescindible al juez como el aire es necesario para respirar”⁴¹³ (6).

c) *La oficina judicial*. En las Bases para la reforma procesal Civil y Comercial⁴¹⁴; se señala con total claridad que, para implementar el proceso oral, resulta imprescindible dividir o separar las funciones estrictamente jurisdiccionales, a cargo del juez, de la gestión a cargo de organismos especialmente capacitados y dotados para ello que lo acompañen en su tarea

En tal sentido se propone la creación de la oficina judicial que quedará a cargo de toda la función administrativa, en reemplazo de lo que actualmente se entiende por secretaria, que tenga a su cargo la recepción y entrega de escritos y expedientes, comunicaciones procesales, decisiones de mero trámite, fijación de las audiencias, sistemas de videograbación, entre otras tareas de índole administrativa.

⁴¹² Montero Aroca, Juan, “La nueva ley de enjuiciamiento civil española y la oralidad” www.el.dial.com.ar.

⁴¹³ Chiovenda, Giuseppe -Instituciones de Derecho Procesal Civil, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1940, vol. 153.

⁴¹⁴ Bases para la reforma procesal Civil y Comercial, Justicia 2020, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, p.62.

En el Anteproyecto del profesor Kaminker se estructura debidamente esta oficina, destacando que debe ser única en todo el Poder Judicial de la Nación, pero con diversas dependencias y con un diseño deberá ser flexible en su dimensión y organización que será determinado por una Comisión de Seguimiento, cuya estructura y funciones establece específicamente, en función de la actividad que deba desarrollar en cada zona en la que deba actuar.

La competencia del juez se mantiene en carácter unipersonal, pero se servirá de la oficina judicial para la tramitación de las causas, por lo que quedará solamente con un pequeño equipo de su confianza para el desarrollo de las funciones estrictamente jurisdiccionales.

La creación de esta oficina judicial ya la propusimos en varias oportunidades, pero como en la realidad en el presente trabajo me tengo que referir a las posibilidades actuales de nuestro sistema nacional de implementarlo lamentablemente se debe dejar de lado, y adaptarse al presente, tal vez esa fue el maduro criterio del último Anteproyecto que no la implementó, sirva esto para reiterar la necesidad de contar con una debida infraestructura como se señaló anteriormente siguiendo a Chioventa.

4. La problemática actual.-

Para llegar a las metas propiciadas resulta imprescindible realizar cambios sustanciales en la administración de justicia, reiterando, a título de ser demasiados insistentes en una importante reforma judicial y contar con una infraestructura necesaria.

Tengamos presente que más del 60% de los procesos que tramitan en los juzgados de primera instancia son ejecuciones, sucesiones y otros de distinta naturaleza que el típico proceso ordinario, todo lo cual implica una tarea del tribunal que le lleva mayor tiempo de análisis, en perjuicio del necesario para el proceso ordinario típico.

A título personal señalo que he tenido el honor de ser durante muchos años juez de primera instancia en lo civil y lo dicho hasta aquí se ajusta estrictamente a la realidad. En la actualidad el titular de un juzgado tiene que llevar a cabo tareas meramente administrativas, por ejemplo, presentar la liquidación de los gastos del tribunal, otorgar las licencias al personal, entre otras actividades totalmente ajenas a la esencia jurisdiccional.

Me resultaba imposible asistir a las audiencias testimoniales, como realmente correspondería, pues solamente tenía tiempo necesario para tomar las audiencias de divorcio previstas en el artículo 67 bis de la ley de Matrimonio Civil (2393), antes que se formaran los tribunales de familia y las llamadas primeras audiencias, en las que era obligatoria la presencia del juez..

Sin perjuicio que podía acudir a las medidas para mejor proveer, por la enorme tarea diaria me tenía que limitar a leer y estudiar las declaraciones testimoniales por escrito sin haber visto personalmente a los testigos en perjuicio de lo dicho anteriormente al respecto.

Tengamos presente que estamos hablando de hace unos veinte años atrás hoy en día es problema es mucho mayor por la gran cantidad de procesos que ingresan diariamente al tribunal y con el avance de la tecnología se ha implementado el expediente electrónico, con él que se ha facilitado enormemente la tarea de los abogados que pueden efectuar por esa vía sus presentaciones en cualquier horario e incluso en días inhábiles.

Hoy en día el juez prácticamente debe dictar una sentencia definitiva por día y firmar unas cuatro o cinco sentencias interlocutorias en el mismo día, de esa forma le resulta imposible asistir a las audiencias testimoniales como correspondería de acuerdo a los criterios que propiciamos, sin embargo, recalamos el enorme esfuerzo que se está haciendo al respecto en nuestros juzgados civiles.

La pregunta esencial es si podemos instrumentar las directivas de las Bases ya mencionadas en la actualidad en debida forma, insistiendo que resultan necesarias para la

materialización del debido proceso y lograr que desde su inicio hasta la ejecución de la sentencia esté sujeto a un plazo razonable, como lo establece el art. 1º del Anteproyecto.

La creación de la oficina judicial y la distribución de las causas, entre esas reformas que establecen las Bases, como lo dijimos, resultan imprescindibles para desligar al tribunal de tareas meramente administrativas y se dedique para lo estrictamente jurisdiccional como realmente corresponde.

Como colofón y atento a la finalidad de este trabajo, entendemos que la meta propiciada, si bien es difícil de implementar, no resulta imposible, pero ello requiere la ayuda del poder político indispensable para obtener los fondos y el material necesario para su materialización.

Por todo lo dicho, reiteramos las enseñanzas de Chiovenda, en el sentido de dotar a nuestro Poder Judicial de las infraestructuras necesarias para cumplimentar las propuestas aquí efectuadas para una debida administración de justicia.

IV. CUARTA PARTE

Nuevas Tecnologías

DERECHO Y TECNOLOGÍA

Por Guillermo R. COSENTINO*

1. Pórtico

Adentrarme en una temática contextualmente tan amplia, exige señalar que, tanto en nuestro país como en el mundo, este “*binomio*” ha sido tratado por prestigiosos juristas⁴¹⁵ que han sabido identificar los aspectos tácticos y estratégicos que la tecnología representa en cada momento, en sus diversas fuentes y vertientes, acertando en cada época con sus opiniones y pronósticos sobre la evolución de las TI.

También la física de las partículas, la biotecnología, las neurociencias, etc. han hecho avances que han disparado al saber humano, el desarrollo del conocimiento y las técnicas que nos hacen cada vez mejores profesionales, docentes, médicos, ingenieros, arquitectos y mucho más; pero quizá solo una, le ha dado a todas, inclusive a las ciencias sociales, herramientas que sostengan un salto cuántico y continuo en todos los sentidos imaginables, y estas son las ciencias y tecnologías de la información.

Debo agradecer el poder ser testigo de un momento histórico y a la vez paradigmático en el que todas las áreas del conocimiento, las ciencias y la tecnología tienen la posibilidad de interactuar a todos los niveles con las TI.

* Abogado (UBA); Profesor Adjunto Ordinario de Derecho Civil I (Facultad de Derecho de la UNPSJB), Asociado a cargo de Cátedra, Especialización en Derecho e Informática Universidad de Zaragoza – España; · Mediador; · Profesor del Taller de Derecho y TIC's (Facultad de Derecho de la UNPSJB); · Profesor del Seminario de Informática Legal (Facultad de Ingeniería UNPSJB); Secretario de Informática Jurídica del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut; · Director de la Autoridad Certificante de Firma Digital del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut

⁴¹⁵Rafael Bielsa, Antonio Martino, Ricardo Altmarck, Horacio Granero, Eduardo Molina Quiroga.

Ahora es el momento en que la humanidad deberá decidir si tanto conocimiento será usado para mejorar la vida de las personas o para imponer las ventajas relativas que el dominio de tamaño saber proporciona.

Concentrándolos en las Tecnología de la Información (TI), debemos asumir un proceso evolutivo muy acelerado, que no involucra únicamente el desarrollo de los componentes electrónicos que integran los dispositivos de los que nos valemos, sino que en esa evolución también hay un continuo y acelerado cambio de paradigmas.

Es este aspecto el que mayor impacto se produce en las personas y sus relaciones, la humanidad como sociedad global. Está claro que esta velocidad de la que hablo no permite que terminemos de asimilar un paradigma, que ya estamos siendo impactados por el siguiente.

Las TI evolucionan de la mano de la Ley de Moore y de “su principal fuerza impulsora que es la reducción del tamaño de los dispositivos semiconductores, que en todas sus dimensiones se divide por la mitad cada 5,4 años. Dado que los chips son funcionalmente bidimensionales, esto significa un doblaje en el número de elementos por milímetro cuadrado cada 2,7 años”⁴¹⁶.

Por supuesto, esta ley proyecta la lógica de sus observaciones y de los indicadores que le proporcionan su conocida identidad de progreso sostenido, a otros componentes tecnológicos, a las herramientas que desarrollan su ingeniería, a las inversiones que devuelven rentabilidades que salen de escala y a costos que se desploman.

Bajo estos parámetros de crecimiento y desarrollo tecnológico, los productos, procesos y servicios que se generan, alcanzan niveles de productividad que exigen al mercado un sistema de consumo sostenido, lo que abre las puertas a más inversión, más

⁴¹⁶Ray Kurzweil, “La Singularidad está cerca”, Cuando los Humanos trascendamos la biología. Ed. Lolabooks, 2015, pág. 64.

investigación, más rápido desarrollo de TI, todo trae como consecuencia aumento y aceleración de paradigmas e impacto en el ser humano.

Los invito a interiorizarnos de un concepto que tomo de Ray Kurzweil, él de Marshall McLuhan y de Yogi Berra⁴¹⁷: “La evolución es un proceso de creación de patrones de orden creciente... creo que la evolución de patrones es lo que constituye la trama primordial de nuestro mundo y que la evolución funciona mediante “indirección”: cada estadio o era utiliza los métodos de procesamiento de información pertenecientes a la era anterior, para crear la próxima”.

Este proceso basado fundamentalmente en información que se reutiliza para la construcción de cada etapa evolutiva es puesto por el autor en el contexto de la *Tecnología y de la Biología*, sin embargo, me atrevo a afirmar que no quedan excluidas las Ciencias Sociales y por supuesto el “Derecho” que además por su *naturaleza informacional* resulta ser materia prima y producto, a la vez que objeto de un modelo evolutivo especialmente vinculado a las TI.

La relación entre el *derecho y la tecnología (de la información)*, es muy interesante y especial. Veámoslo de la siguiente forma, ¿cuál es la materia prima del derecho?, pues la “información”. Los datos correlacionados y expresados de manera que representan, normas, hechos y acciones, son observados por los analistas interdisciplinarios a través de prismas o lentes que revelarán diversos sistemas, que interactúan en el mismo plano o se comunican entre planos superpuestos, en una gran matriz multidimensional que relaciona datos y genera información y vínculos.

Esta complejidad resultaba inasible no hace demasiado tiempo pues la posibilidad de acceder a los recursos necesarios para diseñar el “soft” y el “hard” capaz procesar sistemas de tal envergadura era una quimera.

⁴¹⁷ Idem ant. “Marshall McLuhan: “Primero construimos las herramientas y después nos construyen ellas a nosotros”. Yogi Berra: “El futuro ya no es lo que era”, pág 15.

Tan es así que nos encontramos en un “*momentun*” de los sistemas jurídicos, caracterizado por la readaptación de viejos institutos a nuevas creaciones que tratan de resolver los desafíos provenientes del mundo digital.

Este “*momentun*”, aunque amplio temporalmente a escala humana, hablamos de unos 30 o 40 años, es apenas un destello frente a la velocidad de los cambios desplegados por en el mundo de las TI y especialmente por el impacto que está generando en el *Derecho* y como consecuencia en todos los niveles operativos, tácticos y estratégicos de los sistemas jurídicos.⁴¹⁸

Ya en el año 1990, en “*Les Annales de l’Iretij*” (*Institut de Recherche et D’Études Pour le Traitement de L’Information Juridique – Universidad de Montpellier I*) Enrique Cáceres Nieto decía: “el grupo interdisciplinario que realiza informática jurídica de este tipo, por lo menos, cuenta con un especialista en informática y un jurista, pero también puede incluir a otros como lingüistas, lógicos, matemáticos, etcétera.”⁴¹⁹

En una expresión contemporánea Richard Susskind-2017⁴²⁰ nos habla del cambio de paradigma en los *sistemas jurídicos*, muchos de los cuales el sitúa en el mañana, pero me voy a permitir elegir algunos para el hoy, por su interés y actualidad, y adecuar algunos a mi propia perspectiva:

- Servicio Jurídico Proactivo
 - Servicio de Información Jurídica por productos
- Proceso Jurídico
 - Gestión de riesgo jurídico

⁴¹⁸Caceres Nieto, Enrique. Reflexiones sobre el Estatus Científico de la Informática Jurídica. “*Les Annales de l’Iretij* (Institut de Recherche et D’Études Pour le Traitement de L’Information Juridique – Universidad de Montpellier I) ed. 1990 pag. 57. ... hay que resaltar que el uso de estas técnicas puede implicar áreas del conocimiento distintas al derecho y la informática, como sucede cuando se elaboran instrumentos lingüísticos o sistemas de enseñanza asistida por computadora, en cuyos casos, es imprescindible saber lingüística y pedagogía respectivamente... Es importante resaltar que el papel de los juristas no se limita a aprender técnicas informáticas generales para aplicarlas tal cual al derecho.

⁴¹⁹ Idem. Ant..pág. 58

⁴²⁰ Richard Susskind. El Abogado del Mañana. Una Introducción a Tu Futuro. (2º edición Wolters Kluwer, 2017, pág. 172/3)

- Anticipación de disputas
- Diseño normativo basado en analítica jurídica
- Trabajo en equipo: especialistas jurídicos e ingenieros de la Información
- Apoyo en tecnologías inteligentes
 - Gobernanza de datos
 - Big Data
 - Machine Learning y Deep Learning

Resulta natural inferir que tales enfoques, provocados por el avance TI a que hacemos referencia, y especialmente en los últimos 3 años aquellas técnicas más disruptivas, como la Inteligencia Artificial (IA), primordialmente desde noviembre del año 2022⁴²¹ (Chat-GPT), la Blockchain (y WEB3), la tecnología de Big Data (y la gobernanza de datos), están cambios importante y profundos en la profesión del abogado, del docente del derecho y del trabajo judicial.

Entre aquellas investigaciones académicas de hace treinta (30) años y el momento actual, más allá de las similitudes en el objeto, las diferencias tecnológicas en juego -ahora masivas y difundidas en el mercado de consumo global-han provocado un salto que ha cambiado la vida de las personas y el formato de sus interacciones, entre ellas las que hacen a su actividad laboral, profesional y económica.

Será, entonces, de nuestro interés el impacto sobre las “relaciones jurídicas” y cómo se ha transformado la manera en que las personas se vinculan jurídicamente; no me refiero exclusivamente a los miles de contratos que celebramos y ejecutamos de forma digital, sino también a los modelos de responsabilidad civil que son impactados por hechos y actos digitales masivos de contenido blando y de efectos colectivos a una escala nunca vista, perceptibles de manera difusa y de alta granularidad entre tantos otros efectos jurídicos de modalidad tecno-digital.

⁴²¹Puesta a disposición pública ChatGPT (OpenAI), y a partir de allí muchos otros.

Las responsabilidades digitales se originan en obligaciones de fuente tecnológica provenientes de actos jurídicos digitales o ilícitos con uso de TI, determinar la materialidad y los efectos jurídicos de estos, nos obliga a una capacidad analítica distinta por los niveles de complejidad y volumen, además de apoyarse en microsistemas legales y sistemas judiciales de diferentes países/jurisdicciones, y a desarrollar el marco de cooperación internacional que facilite aceptar los mecanismos de colaboración interinstitucional.

Podemos ir concluyendo en esta primera parte, que el Derecho -como norma, como disciplina que estudia las relaciones humanas y sus regulaciones en sociedad, como herramienta para hacer justicia- encuentra en las TI una poderosa máquina para desarrollar conocimiento empírico que permita crear normativa de mayor calidad (capaz de anticipar efectos sociales), incubar proyectos de investigación académica basados en datos reales (Moral Machine)⁴²².

Finalmente, la justicia tiene la verdadera oportunidad de producir el cambio más importante de su historia si logra generar la transformación que reclama la sociedad, si avanza decididamente en todos aquellos aspectos a los que se ha resistido durante tantos años especialmente en materia de tecnologías de la información. Ahora disponemos de bases de conocimiento y algoritmos expertos y/o inteligentes para procesar la gran cantidad de datos que la conflictiva social pone en manos del Sistema de Administración de Justicia, lo que le proporciona información para lograr la transformación estructural de la organización, sus procesos de trabajo y el diseño de los servicios al ciudadano, sobre los que ampliaré.

Finalmente, así como la Informática Jurídica fue a principios de los 80's, nuestro paradigma jurídico tecnológico, apoyado especialmente en las grandes Bases de Datos de Leyes y Jurisprudencia y algún Sistema de Gestión Judicial (mesas de entradas) aquí y allá en el mundo; en los 90's internet, los hiper-documentos, los hiper-vínculos, los primeros lenguajes de programación WEB y el furor del correo@, los poderes judiciales comenzaban a gestionar trámites y generar acceso a casos en línea; luego en la primer década de los

⁴²²Moral Machine, Massachusetts Institute of Technologies. <https://www.moralmachine.net/hl/es>

2000's, llega el turno de la gestión judicial y comienzan una acelerada carrera por procesar el conocimiento del derecho en todas sus versiones: normas, doctrina y jurisprudencia.

El conocimiento del derecho se expande, al igual que se comparte y el proceso de “Indirección” al que referíamos más arriba de acentúa apoyado en las TI, hacia el final de la primer década y comienzo de la segunda década del tercer milenio los sistemas de gestión en la justicia ya están generando registros de casos a destajo y abasteciendo datos en cantidades considerables.

Fue entonces que la “Pandemia” (fines del año 2019, principios del año 2021) puso al alcance de nuestro entendimiento la arrolladora fuerza que se había desarrollado en la segunda década del nuevo siglo y que había explotado justamente en ese momento, la Inteligencia Artificial (IA) estaba haciendo rano en nuestras vidas y comprendimos en noviembre de 2022 que una tecnología que solo era conocida por la ciencia ficción ahora se ponía al alcance cambiando las reglas de juego.

Se populariza mediante las redes neuronales llamadas “generativas”, basadas en el lenguaje natural, y en este momento se está dando la batalla por ganar terreno en la multimodalidad (reconocimiento de imágenes -visión-, reconocimiento de sonido, voz, habla -escucha- reconocimiento de texto y desarrollo en la relación con el ser humano). La materia prima del “sistema jurídico” está íntimamente relacionada con las emulaciones digitales, integradas, de estos sentidos humanos gobernados por algoritmos, que asociados a datos bien tratados cambiarán la manera de ejercer y enseñar el derecho, y hacer justicia.

2. El Impacto

Se produce sobre todas áreas de la actividad profesional, académica y judicial, de manera variable y en distinta proporción. Y una de las transformaciones más importantes que debe enfrentar el mundo jurídico es el del trabajo en todos los contextos, operativos, tácticos y estratégicos.

Los equipos de trabajo ya no están siendo conformados por abogados con vocación de saber universal porque la informática primero, la web luego y ahora las TD (Tecnologías Disruptivas) están generando, a una enorme velocidad, el traspaso del mero conocimiento práctico a procesos automáticos o basados en inteligencia artificial de bajo nivel, por lo que las labores repetitivas, tediosas, rutinarias tienden a quedar fuera del alcance humano.

Lejos de presentarse como una amenaza al trabajo profesional, este panorama, ofrece una enorme oportunidad para el diseño de trabajo calificado, en el que el personal tecnifique sus conocimientos en los procesos de gestión jurídica de calidad, más eficaz y efectiva con apoyo en IA supervisada.

Este proceso pudo comenzar antes en nuestro país, pero lamentablemente perdimos la oportunidad por la enorme resistencia al cambio que aún presenta la cultura judicial y que solo la catástrofe pandémica logró sanitizar en gran parte.

Aunque la resistencia al cambio no ha sido absoluta, al menos treinta(30) años fueron suficientes para lograr la aceptación de la ferretería y algún asistente tecnológico para la gestión de casos que apoyara la tramitación en papel mediante la implementación de enlatados del mercado local o importados, igualmente en ese lapso se continuó alimentando por años los desvíos existentes y malas prácticas que el tiempo tenía consolidadas en los trámites papelizados.

Tampoco se intentó aprovechar esa primera ola de cambio tecnológico para la transformación organizacional (que aún resiste), ni para la mejora de procesos adecuándolos a estándares de calidad y mejora continua, que demuestren progreso en el servicio y produzcan resultados que indiquen el abaratamiento de los costos del sistema, el acortamiento de los procesos judiciales, economías de escala en la administración general de la justicia y reportes de satisfacción del usuario y de la ciudadanía por el servicio que se brinda.

Esta nueva oportunidad que nos ofrecen las TD (Tecnologías Disruptivas), encuentra al sistema jurídico en medio de un disloque⁴²³ provocado por las tensiones de diversas fuerzas de cambio, que traccionan desde adentro y desde el entorno el modelo, con fuerte presencia de la opinión pública en el entramado de relaciones del sistema social.

Los aportes del entorno ciudadano y profesional, y de las nuevas generaciones de nativos digitales en los sistemas académico y judicial, abren un futuro expectante para el cambio, aun cuando las tensiones pongan en crisis algunos procesos.

Richard Susskind⁴²⁴ nos dice, en relación con la transformación profesional: *“Debo poner énfasis en que no estoy defendiendo una suerte de modelo de producción en masa para los servicios jurídicos. Acepto que las circunstancias de los clientes nunca son idénticas. Pero no concedo que se necesiten profesionales humanos colegiados en todas las etapas del ciclo de vida de un proyecto jurídico, incluso si el resultado final es personalizado. Más bien, considero que el “multi-sourcing” y el despliegue de la tecnología como guía para la personalización en masa; el uso de procesos y sistemas estandarizados que puedan satisfacer las necesidades particulares de los clientes y, sin embargo, con un nivel de eficiencia similar al de la producción en serie. Un buen ejemplo es la automatización de documentos ... Un sistema de elaboración como el que describo no se limita a imprimir un único documento estándar. En cambio, en base a las respuestas de un usuario a preguntas específicas sobre sus circunstancias particulares, el documento generado será el producto único de incontables, a menudo millones de respuestas posibles. El resultado final es una solución a medida, ofrecida por un sistema avanzado en lugar de un artesano humano. Ese es el futuro de la prestación de servicios jurídicos”*.

⁴²³Thomas L. Friedman, “Gracias Por Llegar Tarde”, Paidós. “...Y cuando la velocidad de cambio finalmente supera la capacidad de adaptación, el resultado es la dislocación. Una dislocación es cuando todo el entorno está siendo alterado tan rápidamente que todo el mundo siente que no puede seguir el ritmo”.

El mundo ..., se está remodelando radicalmente, está empezando a funcionar de manera diferente en muchas áreas a la vez. Y esta remodelación está ocurriendo más rápidamente de lo que hemos sido capaces de remodelarnos nosotros, nuestros líderes, nuestras instituciones, sociedades y nuestras elecciones éticas.

Esta disparidad, como veremos, se encuentra en el centro de gran parte de la inestabilidad que afecta en estos momentos a la política y a la sociedad, tanto en países desarrollados como el desarrollo. Esto probablemente constituya ... el reto de gobernabilidad más importante en todo el mundo.” Ed. 2016

⁴²⁴Idem 6, pág. 75/6.

El trabajo jurídico comienza a estar integrado por distintos componentes de diversas fuentes profesionales y perfiles que presentan habilidades no tradicionales, así hacen su aparición en escena profesiones asociadas a los servicios jurídicos, centradas en el uso y mejora de la tecnología, en personas que desarrollan habilidades cooperativas, que entienden el valor de la comunicación en redes, con capacidades creativas.

En el mismo contexto, el autor mencionado señala un paquete de tecnologías Jurídicas disruptivas que creo importante tratar brevemente, destacando aquellas que desde mi óptica presentan notas de carácter estratégico en la profesión:

- Automatización de Documentos

La generación de documentos es el resultado del *Big Data* documental acumulado a través de 40, casi 50 años de trabajo digital, material que encuentra un momento de especial valor en el contexto de los automatismos y las tecnologías de IA disponibles especialmente alimentando las redes generativas de PLN (Procesamiento de Lenguaje Natural).

La generación automática de documentos se ha vuelto una aplicación importante, incluyendo el ecosistema jurídico y judicial.⁴²⁵

- Mercado Jurídico Digital

⁴²⁵ ChatGPT4 .Procesamiento de Lenguaje Natural (PLN):El PLN es crucial para entender y procesar el lenguaje humano, permitiendo a la IA interpretar instrucciones y datos para generar documentos de manera coherente.Las técnicas de PLN incluyen análisis sintáctico y semántico, desambiguación del sentido de las palabras, y generación de lenguaje natural. Redes Neuronales Recurrentes (RNN):Estas redes son eficaces para procesar secuencias de datos, lo que es vital para entender el contexto en textos largos y generar documentos coherentes. Transformadores: Los modelos basados en arquitecturas de transformadores, como GPT-3 o GPT-4, han mostrado ser muy eficaces en la generación de texto. Pueden ser entrenados para generar documentos con formatos específicos y contenido coherente a partir de instrucciones dadas. Aprendizaje Supervisado y No Supervisado: Estas técnicas permiten a la IA aprender a partir de datos etiquetados o no etiquetados para mejorar la calidad y la relevancia del texto generado. Tecnologías de Extracción de Información:Las tecnologías que permiten extraer información relevante de grandes conjuntos de datos pueden ser esenciales para generar documentos que requieran incorporar datos específicos. Sistemas de Gestión de Conocimientos: Estos sistemas ayudan a la IA a acceder y utilizar bases de conocimientos estructuradas para generar documentos precisos y bien informados. Técnicas de Análisis Semántico: Permiten a la IA entender el significado detrás de las palabras y frases, lo que es crucial para generar documentos que sean semánticamente correctos y coherentes. Interfaces de Programación de Aplicaciones (APIs):Las APIs pueden ser utilizadas para integrar sistemas de generación automática de documentos con otras plataformas y bases de datos, permitiendo una mayor automatización y personalización en la generación de documentos.

El “producto” que la profesión de la abogacía ofrece en la actualidad, requiere de la convergencia de tecnologías asociadas que le permitan cumplir a la vez, con su rol social y con fines profesionales de excelencia, para alcanzar el reconocimiento esperado y la captación de una cuota del mercado que coincida con sus propias expectativas de oferta de servicio y sus mejores habilidades para adaptarse a una sociedad que también se mueve el mercado digital global. El ofrecimiento de servicios jurídicos en la sociedad de la información es todo un desafío, que se hace observable explorando en la web las páginas que ofrecen asistencia jurídica y atención al cliente en línea, mediante suscripciones o no.

- Capacitación en línea

Las actividades de formación profesional con presencia física de capacitadores y cursantes que buscan desarrollar mayores habilidades relacionadas con sus incumbencias se encuentran cada vez más apoyadas en el recurso tecnológico. La disponibilidad para brindar conocimiento experto mediante TIC achica las distancias y hace más eficiente el uso del tiempo a la vez que extiende la posibilidad de poner al alcance de la mano de una manera igualitaria: el conocimiento, la experticia y la innovación que la evolución de la profesión generan.

- Conocimiento jurídico integrado

Las normas jurídicas comienzan a manifestarse en la ejecución de los aplicativos que utilizamos, apoyados en tecnologías digitales, y lo hacen integrando las reglas del sistema legal al incorporar en la lógica del producto tecnológico el modelo que controla la ejecución automatizado o no. Imaginémoslos vehículos de transporte público que no inicien su trayecto hasta que el conductor no haya realizado el control de alcoholemia o instalaciones de seguridad y control de medio ambiente en lugares de trabajo que interrumpirán la actividad en caso de que los niveles de seguridad laboral / ambiental se encuentren por debajo de los estándares regulatorios.

Otro ejemplo de integración lo encontramos en las DAOs: “Una Organización Autónoma Descentralizada (DAO, por sus siglas en inglés) es una entidad que opera a

través de contratos inteligentes en una blockchain, sin una autoridad central (sin embargo las hay de varios tipos).

Los miembros de una DAO pueden directamente realizar transacciones y tomar decisiones operativas sin pasar por una autoridad intermediaria, lo que facilita la colaboración y toma de decisiones colectiva.

Las DAOs pueden ser utilizadas para una variedad de propósitos incluyendo la gestión de fondos comunitarios, la toma de decisiones organizacionales, entre otros, proporcionando un nuevo modelo de organización y gobernanza basado en la transparencia y la autonomía”.

Se encuentran presentes con habitualidad en el marco de entornos en los que se realizan contrataciones electrónicas, ya sea como parte de productos comerciales o financieros o asociadas otras actividades o entretenimientos en las que las prestaciones del servicio son establecidas mediante reglas autoejecutables automáticamente de acuerdo a las instrucciones que el propio sistema prevé en el contexto de los algoritmos que administran las transacciones que se realizan mediante la blockchain que gestiona los procesos y las relaciones entre los usuarios. (adquisición de criptomonedas, activos digitales en entornos de gaming, comercio electrónico, etc.)

- Análisis de Documentación

Como dijéramos anteriormente la enorme evolución de la inteligencia artificial, con especial atención en este trabajo, en el campo del aprendizaje reforzado permite hacer una analítica de los documentos mucho más ágil y especialmente concentrada en los aspectos del caso que el profesional tiene entre manos. Resulta impactante que estos sistemas desarrollen una alta capacidad analizando grandes volúmenes de documentos, resumiendo y/o extrayendo cláusulas, aspectos claves o estratégicos de contratos y material jurídico en general.

La arrolladora evolución de la IA generativa, de las redes neuronales y convolucionales permiten a las áreas jurídicas un fuerte desarrollo de herramientas que proporcionan asistencia en este campo impactando al auxiliar jurídico y al abogado de junior⁴²⁶.

- Pronóstico

No he querido analizar la perspectiva de lo predictivo desde esta óptica, sino más vale a partir del concepto de pronóstico, más basado en datos, estadísticas e indicadores apoyando todo argumento en componentes más cuantitativos que cualitativos o en la intuición práctica a veces demasiado cercana los oráculos⁴²⁷.

De todas formas, dar soporte mediante la analítica que tiene en cuenta el *big data* jurídico, no le quita magia al resultado, la *Analítica Legal* apoyada en los datos del ecosistema (normativa y sentencias de los jueces en todos los niveles) les proporciona a quienes proveen servicios legales un super poder mediante el cual dan asistencia jerarquizada a sus clientes en casos complejos con alto grado de acierto en los pronósticos.

Cuando me refiero a *Analítica Legal* no me proyecto solamente en la actividad del análisis jurídico de las sentencias o las normas, sino en la exploración y procesamiento de datos relacionados y correlacionados de los hechos descritos en los casos, en los patrones que surgen del posicionamiento argumental de las partes, en la búsqueda de patrones comunes en el razonamiento jurídico predominante o puntos débiles, en la secuenciación temporal de la evolución o las fluctuaciones de los criterios de magistrados/as y de los argumentos de los/as abogados/as.

⁴²⁶Conf. Richard Susskind. *El Abogado del Mañana. Una Introducción a Tu Futuro*. (2ª edición Wolters Kluwer, 2017) pág. 88.

⁴²⁷ ChatGPT4, OpenAI. La predicción y el pronóstico son términos que a menudo se utilizan de manera intercambiable, pero tienen diferencias sutiles: *Predicción*: Se refiere a la declaración de un evento futuro basada en el análisis, intuición o conjetura. - Puede ser cualitativa y no necesariamente basada en datos o modelos estadísticos. *Pronóstico*: Implica estimar o prever un evento futuro basado en datos históricos y análisis estadístico. - Es más cuantitativo y se basa en modelos matemáticos y estadísticos para proyectar resultados futuros. En resumen, el pronóstico es más formal y basado en datos, mientras que la predicción puede ser más general y no necesariamente basada en análisis cuantitativos.

Existe un universo de datos que resultan representativos de tendencias, corrientes, estrategias cambiantes, evolutivas, que también exhiben el curso que podrían tomar futuras decisiones con un grado de probabilidad significativo. Esta capacidad anticipatoria lejos de ser mágica es el producto del desarrollo de aspectos modales de la Inteligencia Artificial basada en capacidades analíticas. La modalidad es representativa de alguna característica de la inteligencia emulable por los sistemas.

Como dijera en otras oportunidades y vengo exponiendo en diversos foros al referirme a la “Justicia del Conocimiento”⁴²⁸, el sistema jurídico - legal es flujo continuo de datos e información canalizada en un ecosistema que se desarrolla bajo una racionalidad propia de los sistemas normativos en un entorno dominado por los sistemas sociales que le brindan contexto y finalidad. Los datos son la savia que le da vida, nunca hubo tanta información ni tanta energía volcada a las capacidades de procesamiento disponibles para ser aplicadas de manera saludable a la aptitud anticipatoria, a la habilidad de pronosticar, prevenir, arribar a soluciones que eviten el cruce de espadas o para facilitar el encuentro de intereses en la *Solución de Disputas On Line*.

3. Sistema de Administración de Justicia

Como expresé al principio de este trabajo, la Argentina tiene una larga historia de investigación y creatividad, proyectando e implementando aplicaciones de TI desde fines de los años 1970 hasta la actualidad.

Las justicias federal, nacional y provinciales han llevado adelante procesos frustrantes y exitosos. En todos han habido aprendizajes que no es del caso analizar ahora, solo habré de señalar que históricamente se observan dos vertientes -con sus matices- que

⁴²⁸ Stuart Russell, Peter Norvig. Inteligencia Artificial. Un Enfoque Moderno. “Es necesario contar con la capacidad para representar el conocimiento y razonar basándonos en él, porque ello permitirá alcanzar decisiones correctas en una amplia gama de situaciones. Es necesario ser capaz de generar sentencias comprensibles en lenguaje natural, ya que el enunciado de tales oraciones permite a los agentes desenvolverse en una sociedad compleja. El aprendizaje no se lleva a cabo por erudición exclusivamente, si no que profundizar en el conocimiento de cómo funciona el mundo facilita la concepción de estrategias mejores para manejarse en él.” Ed. Pearson – Prentice Hall, 2da. ed. pág. 5.

se explican fácticamente los andariveles por los que las TI en el ámbito del Servicio de Justicia han transitado y que en gran medida aun lo hacen.

En una muy breve descripción que me permita transmitir la imagen del estado actual, diré que todas las jurisdicciones del país han centrado sus políticas en la materia en alcanzar una herramienta que permita *gestionar la tramitación de casos*, iniciando tímidamente las implementaciones en los años 1980, más fuertemente en los noventa y en un largo proceso de consolidación en los 2000.

En la actualidad esta corriente despliega básicamente dos líneas de acción:

- una que recurre a terceros desarrolladores de sistemas para la gestión de casos y soporte/mantenimiento
- otra que invierte recursos propios en la herramienta para desarrollar su propia tecnología y mantenerla actualizada.

En principio no hay reproches a ninguna de las dos vertientes, cuales quiera de ellas son capaces de conducir la nave con aptitud suficiente, y ambas en algún punto, antes o después, requerirán de la otra sin duda.

La mera gestión de casos de los 80, hoy encuentra una enorme cantidad herramientas cooperativas, comunicativas, interactivas que facilitan la incorporación de funcionalidades que atribuyen acceso, accesibilidad, instantaneidad, interoperabilidad, intermediación virtual, resolución automática de problemas, etc. En un contexto en que las reglas de tramitación del proceso evolucionan provocando la necesidad de adecuación de la tecnología en uso, se produce un interesante intercambio de información entre la gestión digital del caso y la gestión procesal del caso (gestión del trámite y gestión del caso).

Esto quiere decir que a la sinergia del cambio que impulsa la evolución normativa hacia el desarrollo de metodologías que permiten al sistema de administración de justicia incrementar el indicador de la “Justicia Efectiva”, le corresponderá la evolución tecnológica de la herramienta que debe hacer real la mejora.

Este proceso de “indirección” (al decir de KURZWEIL, conforme ²⁾ sólo se logra con una definida política institucional orientada a la integración de equipos interdisciplinarios cuyos componentes posean un alto grado de capacidad de gestión ante nuevas situaciones e indicadores que demuestren habilidades creativas para la innovación.

Al mismo tiempo los administradores de las tecnologías deben gestionar el propio cambio tecnológico, lo que ocurre de manera diferente según el camino elegido, con los beneficios e inconvenientes característicos de la estrategia decidida para implementar los servicios (contrato o desarrollo propio).

Pero lo más desafiante del análisis que pretendo transmitir, está en un lugar menos visible aunque muy relacionado con la línea argumental que vengo llevando. En esta relación tan singular que, al modo de un organismo viviente, tienen las Tecnologías de la Información y el Derecho, ambos se encuentran frente a un nuevo momento de transición en el que ingresan nuevas infraestructuras y recursos del mundo digital (disruptivos). Herramientas que se caracterizan por sus capacidades, ya no de asistirnos en lo que hacemos, sino de hacer lo que hacemos o al menos hacerlo en gran medida.

De esto quisiera hablar. En vinculación directa con el Sistema de Administración de Justicia como “fábrica generadora de derecho” y como tal partícipe de la evolución general de “*Sistema Jurídico*”, agregaré algunas variables, para mí muy importantes, que hacen distinto este momento de cualquier otro en la *historia del arte y la ciencia jurídica* asociadas a las *Tecnologías de la Información y la Comunicaciones*, aparece la Inteligencia Artificial con sus modelos de Máquina de Aprendizaje (estándar y profundo), el Big Data como concepto que ha cambiado nuestra actitud frente a los datos y su tratamiento (Gobernanza de Datos) y las tecnologías descentralizadas (BlockChain-DAO) Organizaciones Autónomas Descentralizadas e inmersivas (WEB 3.0)⁴²⁹.

⁴²⁹Gámez Gutiérrez, Ana María, Blockchain y la justicia. El uso de la tecnología blockchain admitiría la creación de *tribunales digitales* en los casos de incumplimiento de contratos. La ejecución se realizaría con Smart Contracts que identifica a las partes y les aplica el fallo de la sentencia. Sería aplicable a las disputas, de forma que introduciéndoles los algoritmos necesarios y en el momento de incumplirse el contrato, se

El Servicio de Justicia como modelo de procesamiento de datos e información del conflicto y su resolución, ha entrado en una nueva era, producto de la digitalización de la realidad. El proceso de trasvasamiento del mundo analógico al digital ha comenzado, como consecuencia, el patrón estándar para la gestión y resolución de casos en la Justicia debe adecuarse a las nuevas pautas constitutivas de la materia prima digital del sistema.

Una de las expresiones más significativas de este cambio, ha de darse en el diseño con el que concebimos la registración los casos judiciales. El almacenamiento y registración de datos e información de los casos sometidos al sistema de justicia, así como la arquitectura de los modelos de gestión, definen las características del activo intangible más importante de los tribunales.

Las tecnologías de algoritmos y datos se asocian mediante los procesos que ejecutan, al Registro Electrónico del Caso (REC) -hay quienes lo denominan expediente digital- y al sistema de gestión de casos y trámites. Estos últimos, sistemas a los que hemos hecho referencia bajo las dos vertientes, contratación de terceros y desarrollo propio.

Este es el núcleo de gnoseológico al que hago referencia cuando hablo de *Justicia del Conocimiento*, son esos datos del REC y son los propósitos con que alimentamos la inteligencia de esos algoritmos, los que ponen en marcha el *motor epistemológico* productor Derecho, de Actos de Gobierno Institucional e inductor de “Paz Social” en la resolución del caso.

aplicaría la consecuencia del incumplimiento. Por lo tanto, es una aplicación de la ley con una tecnología descentralizada. En el *arbitraje* facilitaría que las contiendas se resuelvan de manera más rápida, económica y transparente. Permitiendo la resolución del conflicto online. Una de las plataformas que permite su aplicación es *Kleros*. Esta plataforma pone los conflictos en manos de una comunidad de jurados especializada. Utiliza blockchain, teoría de juegos y las tecnologías crowdsourcing. Asigna un jurado de expertos autoseleccionados aleatoriamente, analizan y votan por un veredicto. Otro ejemplo es *Jur*, permite resolver los conflictos en los que se prevea una cláusula de arbitraje. El algoritmo selecciona a un árbitro. Y gracias a que se ha adherido a la Convención de Nueva York, y por lo tanto aplica todos sus principios, ha provocado que los laudos sean vinculantes a todos los países firmantes. En conclusión, la justicia se puede beneficiar en muchos ámbitos del uso de la tecnología blockchain, y para eso es necesario que los abogados se formen en el estudio de las tecnologías. Por eso os invito a estudiar Legal Tech. <https://www.legaltoday.com/legaltech/novedades-legaltech/blockchain-y-la-justicia-2021-07-28/>

Queda claro en consecuencia, que la calidad de la masa de conocimiento jurisdiccional generada por las decisiones de los jueces, tiene como uno de los condicionantes principales a la calidad de los datos que procesa el sistema mediante el modelo de gestión de trámite y de gestión de casos y la calidad de los algoritmos que ponen a disposición la información del trámite y facilitan el procesamiento en la gestión del caso para asegurar la calidad jurídica de la decisión final.

Pero no solamente encontramos material e infraestructura para la evolución de las instituciones del derecho en el REC, también este proporciona invaluable material para el desarrollo de las políticas judiciales de gobierno. De esta forma los indicadores estadísticos que producen los algoritmos de procesamiento de trámites nos señalarán, en los tableros de control, cuando deben iniciarse acciones correctivas en organismos jurisdiccionales o nos alertarán sobre el desarrollo de una conflictiva social que impactará en algún fuero, lo que habrá de requerir la planificación de acciones preventivas que eviten una crisis de respuesta del servicio. Por caso, el aumento de la violencia de género impactando en los organismos jurisdiccionales del fuero de familia y/o penal.

Es así los datos, algoritmos e indicadores apoyarán la toma de decisiones según las características que la alarma o el desvío muestren. Y según las funcionalidades que la herramienta de análisis provea, podremos profundizar en soluciones que buscarían una respuesta en el plano de la planificación presupuestaria (recursos materiales, personales), tecnológica, capacitación u organizacional, rediseño de las estructuras de atención y abordaje integral, en la reforma de leyes de fondo y/o procesales que habiliten nuevas herramientas o la combinación dos varios de estos aspectos.

La gran cantidad de datos almacenados en el REC sobre conflictivas de esta naturaleza, relacionados a la información que genera la actividad de equipos interdisciplinarios permitirían desarrollar productos derivados, que nuevamente de la mano de tecnologías informáticas inteligentes, permitan desarrollar en los operadores del sistema una capacidad

analítica de las conflictivas que mediante la observación de correlaciones alerten sobre patrones alarmantes de violencia.

Como en este caso, en otros podrían abordarse una cantidad indeterminada de proyectos en los que los registros de datos, los algoritmos, las leyes que se diseñen en base una buena gestión analítica, todos bien correlacionados, impulsen el desarrollo de Sistema de Jurídico y los servicios necesarios para su funcionamiento, hacia las necesidades de los justiciables.

Entonces, como antes lo hice en relación a la profesión de la abogacía, en este segmento trataré de desarrollar una visión basada en el Servicio de la Justicia del Conocimiento en la que, las tecnologías disruptivas a las que me he referido comienzan a tener un rol destacado, por lo que intentaré exponer como ellas contribuyen a esta concepción de servicio.

- Tecnología Blockchain

“En cuanto a la sociología jurídica, asoma como un campo disciplinario especialmente útil en una sociedad que está cambiando tan rápido y tan profundamente de la mano del desarrollo tecnológico, pues permite acompasar los cambios sociales con la interpelación que tales cambios hacen al orden jurídico vigente”, nos dice Alejandro Batista. Y continúa, “Se trata de una rama de la sociología, pero también del derecho que se enfoca en el estudio de la relación entre el derecho y la sociedad. Desde esta perspectiva, el uso de la tecnología blockchain y sus implicancias sociales pueden ser examinados en términos de las relaciones sociales políticas y económicas que se establecen entre los actores involucrados así como en la regulación y aplicación de la tecnología”. Y agrega finalmente, “Al abordar bajo este prisma las relaciones entre el derecho, la sociedad y la tecnología, se pueden identificar mejor los obstáculos y oportunidades que se presentan en la regulación y aplicación de la tecnología blockchain y establecer políticas y normas que promuevan su desarrollo junto a un uso justo y equilibrado.”⁴³⁰

⁴³⁰Bielli, Gastón Enrique; Branciforte Fernando Omar; Ordoñez, Carlos Jonathan. Colección Blockchain y Derecho, Tomo III. Ed. Thomson Reuters -LA LEY-; Batista, Alejandro, “Repasando la Axiología Subyacente en Blockchain”, pág. 233/4, año 2023.

Justamente esta es la tecnología elegida por Modelos de “*Justicia Descentralizada*”⁴³¹. Estos son Sistemas para Resolución de Disputas en línea (ODR), es decir en internet (JUR y KLEROS), que permiten resolver conflictos de manera rápida y justa. “*Es una solución de arbitraje descentralizada basada en la cadena de bloques que se basa en contratos inteligentes y jurados de colaboración colectiva, fue concebida para cerrar la brecha de confianza que separa a los participantes del comercio electrónico, como en el ejemplo paradigmático de "Alice y Bob". Estudios anteriores se han centrado principalmente en la descripción de soluciones de arbitraje basadas en blockchain como Kleros, y al menos uno ha advertido sobre los riesgos potenciales para las salvaguardias procesales esenciales presentadas por los miembros del jurado anónimos y económicamente incentivados. Usando Kleros como un estudio de caso socio-legal de un negocio basado en tokens que proporciona servicios de arbitraje descentralizados de blockchain de vanguardia...*”⁴³²

Kleros comienza en breve a implementar tribunales especializados que requieren calificaciones únicas para la participación del jurado. Igualmente el Tribunal Kleros ya aborda el problema de la calificación del jurado a través de sus procesos de autoselección para apelación, teniendo en cuenta la demanda de sus socios busca generar confianza adicional en materia de salvaguardias y mejoras en los perfiles de los jurados que habrán de intervenir en los casos que propongan los servicios de contratación electrónica que generan sus plataformas, con el objetivo de emitir resoluciones que no solo sean eficientes y creíbles, sino que también estén alineadas con precisión los hacia los requisitos específicos de cada negocio.

En otro orden de aplicaciones, se está analizando tecnología blockchain para dar soporte al Bus Federal de Comunicaciones, (Comunicaciones Judiciales) a todos los

⁴³¹Kleros. <https://www.youtube.com/watch?v=5LQNuSvrF8w>

⁴³²Bergolla, Luis (Facultad de Derecho de Stanford); Seif, Karen (Universidad de California, Berkeley - Facultad de Derecho); Eken, Can (Universidad de Durham). “Kleros: A Socio-Legal Case Study Of Decentralized Justice & Blockchain Arbitration”.

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3918485

tribunales del país, por lo que en breve un importante servicio a las comunicaciones procesales se desplegará punto a punto entre organismos judiciales con un 100 % de confianza, certificando ambas puntas de la vínculo, con la seguridad y confidencialidad que requiera cada caso. Una agilidad en los trámites, que la ley 22.172 no puede darle al “sistema”, sobre la gestión vetusta del papel, ya hay más de diez provincias en línea y se sumarán al proyecto de la IFITEJ-JUFEJUS las restantes, en un muy breve tiempo.

En el mundo de los contratos digitales, moneda digital, y generación de activos digitales (NFT) y todas estas herramientas se combinan bajo esta tecnología para la generación de diversos productos administrados por ella.

En los entornos inmersivos como el universo WEB3 se está gestando un inmenso campo de negocios digitales apoyado en la seguridad y velocidad de transacción, además de la descentralización en la dinámica de negociación y menores costos en ausencia de intermediación. No pasará mucho tiempo para el los Organismos Jurisdiccionales y Cortes gestionen los casos en línea bajo esta tecnología. Las barreras de acceso a la tecnología son cada vez menores.

- Big data

La ciencia de datos ha sido una de las grandes impulsoras de la Inteligencia Artificial, de la que hablaremos más adelante. En el ecosistema judicial los datos constituyen la materia prima con la que construimos la infraestructura informativa de los casos que se exponen en los tribunales. Así ocurre con los datos de los sujetos involucrados en el caso y en la tramitación, los intervinientes en cualquier carácter que fuera, los datos de los hechos, de las circunstancias, de los componentes constituyentes de las evidencias, de los argumentos que los sustentan, de las leyes que regulan las relaciones/situaciones jurídicas.

El proceso judicial, durante la gestión del caso y al momento de realizar las diligencias propias de cada trámite, opera como una gran aspiradora de datos que son tomados y utilizados con diferentes fines en distintos momentos. Así lo hacen las

comunicaciones procesales, los pedidos de información a terceros vinculados de alguna manera al caso, las órdenes que emite el poder jurisdiccional y que los auxiliares de justicia u otros sujetos vinculados al caso (fuerzas de seguridad, registros públicos, organizaciones privadas o públicas, personas) deben cumplir.

No hay acto del proceso jurisdiccional que no deje una “*huella de datos*” y a esta altura del tercer milenio, “*la huella de datos es digital*” (son bits). A diferencia del registro en el mundo analógico, el registro digital es fácilmente procesable y reprocesable, esto quiere decir que los mismos datos pueden recombinarse con diferentes fines, por ejemplo: los datos de la denuncia de un delito que son utilizados para iniciar y dar trámite a una investigación, para dar con un responsable en un proceso judicial y que este lleve a una condena o no; sin embargo, a su vez, los mismos datos, tengan o no suficiencia para obtener una responsabilidad por el hecho, pueden proporcionar, por sus componentes de modo, tiempo y lugar un mapa del delito que nos muestra otras particularidades que ayuden a establecer una dinámica predictiva de asistencia a la prevención.

En otro orden de magnitud lo mismo ocurre con los datos de la infraestructura tecnológica y de apoyo a la actividad jurisdiccional, de este modo los mismos datos que se procesan para resolver casos de familia, violencia, accidentes de trabajo, incumplimiento de contrato, responsabilidad civil, diferencias salariales, despidos, divorcios, sucesiones y un larguísimo etcétera, van a estar disponibles para planificar los recursos y transformación organizacional, o anticipar los ciclos de la demanda de justicia, mediante los cambios en los componentes de ésta, que se ven reflejados en la huella digital exhibida por los datos de cada tramitación y por sus contenidos.

Este “Big Data” Judicial es un repositorio activo, del que seguimos solo una parte de las *huellas digitales* del trámite con el fin de gestionar la burocracia. Todavía se encuentra inexplorado a la espera de sus mejores posibilidades el enorme repositorio de *activos digitales*, que componen el “excedente digital del caso”, el que aguarda ser aprovechado y sus funcionalidades creadas.

El futuro de una “nueva justicia”⁴³³-Diké, justicia aplicada a los seres humanos en Antigua Grecia-seguramente se encuentra entre sus datos inexplorados. De ellos habrán de surgir aspectos como: la determinación de las necesidades de diseño organizacional, de los nuevos direccionamientos de los servicios de justicia.

Bajo esta racionalidad es posible diseñar la respuesta a la demanda ciudadana y el cambio necesario en el servicio jurisdiccional ante la aparición de nuevas conflictivas, o la necesidad de mejores reglas de derecho procesal y derecho en general para la realización de la “Justicia Efectiva”, pues habremos encontrado nuestros mejores argumentos en el “Big Data Judicial”.

En él se encuentran desplegados los datos de la empiria masiva de todas las peticiones, relaciones, variables, comportamientos, etc., el “factun y el ius” en todas sus combinaciones operables con todos sus condicionantes. De sus datos pueden inferirse las tendencias y conductas que van adoptando los operadores en sus solicitudes a la jurisdicción, allí está la información que le permite a ésta construir las herramientas institucionales para proporcionar la respuesta adecuada.

En definitiva la información disponible para diseñar mejores políticas institucionales, basadas en datos de la realidad, facilita la remoción de obstáculos para su desarrollo y brinda la sostenibilidad necesaria apoyada en la retroalimentación del sistema de información que le da soporte y en la provisión de la materia prima que el efluente de datos proporciona. Todo en un continuo de procesamiento dinámico que muestra tanto la información del servicio en sus estados en un momento determinado, como la película con todos sus actores y su argumento.

Para que el procesamiento de esta masa crítica de datos en el ecosistema justicia sea eficaz y eficiente se hace preciso tratar los datos bajo las pautas de la ciencia de datos y

⁴³³Diké, justicia aplicada a los seres humanos en Antigua Grecia.<https://www.amfjn.org.ar/2021/10/14/la-justicia-en-la-mitologia-griega/#:~:text=Por%20su%20parte%2C%20Dice%2C%20Dicea,el%20mundo%20de%20los%20mortales.>

para ello es preciso incorporar perfiles profesionales orientados a ese campo. Ellos son los que ayudarán a conducir el proceso de “gobernanza de datos”. Esta tecnología fuertemente asociada a la tecnología informática en general y muy especialmente a la Inteligencia Artificial, establece pautas que adecuan el diseño y acondicionamiento de los datos bajo condiciones de calidad, seguridad ética y jurídica, para el mejor tratamiento actual y proyectado.

De esta manera la “Gobernanza de Datos”⁴³⁴ se ubica en un contexto estratégico, como disciplina, dentro de las organizaciones; en nuestro caso especialmente vinculada a los servicios jurídicos y al derecho en particular. Es importante establecer que con relación a este último, conforma una de las herramientas de carácter empírico más significativas para desarrollar las fuentes de conocimiento del derecho y para su desarrollo científico con base tecnológica.

4. Inteligencia Artificial (IA)

⁴³⁴ChatGPT: “La gobernanza de datos se refiere al conjunto de prácticas, políticas, normas y tecnologías que una organización utiliza para gestionar sus activos de datos. Su objetivo es asegurar la calidad, integridad, seguridad y eficacia de los datos utilizados en una organización. La gobernanza de datos incluye aspectos como la recopilación, almacenamiento, acceso y disposición de los datos, así como el cumplimiento con regulaciones legales y políticas internas.

La gobernanza de datos se ha vuelto cada vez más crítica con el auge del big data, la inteligencia artificial, y la toma de decisiones basada en datos. Además, el escenario legal y de cumplimiento en torno a la protección de datos (como GDPR en Europa o CCPA en California, Estados Unidos) ha hecho que la gobernanza de datos sea un imperativo para las organizaciones.

Aquí hay algunas dimensiones clave en la gobernanza de datos:

Calidad de Datos: Aseguramiento y mejora de la calidad de los datos.

Gestión de Metadatos: Documentación adecuada acerca del tipo, formato, y uso de los datos.

Seguridad de Datos: Implementación de medidas de seguridad para proteger los datos contra el acceso no autorizado o la manipulación.

Accesibilidad y Compartimiento: Establecimiento de políticas para compartir datos dentro y fuera de la organización, garantizando que sólo las partes autorizadas tengan acceso.

Cumplimiento Normativo: Aseguramiento del cumplimiento con las leyes y reglamentos relacionados con la gestión y protección de datos.

Integración y Arquitectura de Datos: Diseño de cómo los datos fluyen a través de diferentes partes de la organización, y cómo se almacenan y se integran.

Auditoría y Monitoreo: Seguimiento del uso, acceso, y cambios en los datos para asegurar el cumplimiento con las políticas internas y externas.

Gestión del Ciclo de Vida: Políticas que rigen la creación, utilización, archivo y eliminación de datos.

Participación de Stakeholders: Involucramiento de diferentes partes interesadas en la organización que tienen un interés en la gestión de datos, como directivos, usuarios de negocio, y equipos de TI.

Con el creciente enfoque en la digitalización y la toma de decisiones basada en datos, la gobernanza de datos se ha convertido en una función estratégica que requiere la atención y el liderazgo desde los niveles más altos de la organización.”

Juan Gustavo Corvalán en su “Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho”⁴³⁵ transcribe veinte (20) definiciones de IA, adoptadas por Naciones Unidas, el Parlamento Europeo, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, la Universidad de Stanford, la Comisión Europea (OCDE) y otras, lo que da una proyección de los intereses sobre los que se despliega la herramienta y las diversas miradas sobre una capacidad humana que aún sigue generando divergentes opiniones en los neurólogos, psiquiatras y psicólogos.

La IA merece un apartado especial porque de todas las tecnologías referidas, ésta es la que tiene la enorme potencialidad interactuar con todas las demás, individual o cooperativamente.

Más arriba hicimos breves referencias a su impacto en el mundo del trabajo jurídico y como está impactando en el mundo judicial, en la academia y en el ejercicio de la abogacía. Es difícil anticipar cuando se dará el próximo gran salto de la IA, aunque seguramente, mucho antes de lo esperado. Mientras, esta tecnología, en manos de las empresas productoras de activos digitales anuncian cada diez días aproximadamente, nuevos avances y aplicativos a nivel de usuarios, e incentivan continuamente cambios en la manera de hacer las cosas, mejor y con menores costos.

El mundo jurídico, como ya fue propuesto desde el primer momento, es un ecosistema de conocimiento, cuya materia prima son datos y metadatos asociados a documentos, imágenes, sonido o videos, todo gestionado por plataformas que disponen de “aspiradoras digitales” para la obtención de los datos que construyen la información/producto.

¿Qué constituye la pertinencia de los datos?, ¿cuáles son relevantes o significativos a los fines de la actividad jurídica? La versatilidad de la herramienta y la capacidad humana

⁴³⁵Corvalán, Juan Gustavo. Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho. Tomo I. pág36/41. Ed. Thomson y Reuters – La Ley.

para que emular las habilidades de una mente inteligente, aunque no hayan llegado a la capacidad de una inteligencia con el grado de autonomía y creatividad de la humana, aumenta permanentemente. Tan sólo en este momento diversas herramientas inteligentes multimodales⁴³⁶ están en línea y disponibles para que los usuarios las incorporen a su actividad productiva. La carrera por desarrollar una (AGI) Inteligencia Artificial General, se está desarrollando en este mismo momento.

El Derecho Procesal será uno de los campos jurídicos que más impactados por la IA, esto ocurre porque se encuentra integrando la parte más sensible del ecosistema operativo, aquella que relaciona la comunicación de entre la Administración de Justicia y su entorno social⁴³⁷.

Aquel define las reglas de intercambio de información dentro de cada caso, reglas que necesariamente deben ser tenidas muy en cuenta por los diferentes niveles de automatización o IA aplicada al proceso. La actividad de los intervinientes en un proceso judicial será guiada, acompañada, cada vez más por agentes tecnológicos de inteligencia artificial que los asistan en cada paso y en la producción de los actos del proceso judicial, a la vez que el derecho procesal irá adecuando sus reglas de relación.⁴³⁸

En este contexto los temas como acceso a la justicia, gestión judicial, análisis de precedentes, gestión de audiencias, gestión probatoria, medidas cautelares, sentencia, etc., sin duda estarán sometidos a planteos muy relacionados aspectos críticos de la aplicación de la inteligencia artificial especialmente vinculados con sesgos, ruido, gobernanza de datos

⁴³⁶OpenAi. “Estamos empezando a implementar nuevas capacidades de voz e imagen en ChatGPT. Ofrecen un nuevo tipo de interfaz más intuitivo al permitirle tener una conversación de voz o mostrar a ChatGPT de lo que está hablando. La voz y la imagen te dan más formas de usar ChatGPT en tu vida. Toma una foto de un punto de referencia mientras viajas y conversa en vivo sobre lo que es interesante. Cuando estés en casa, toma fotos de tu nevera y despensa para averiguar qué hay para cenar (y haz preguntas de seguimiento para una receta paso a paso). Después de la cena, ayude a su hijo con un problema de matemáticas tomando una foto, dando vueltas alrededor del conjunto de problemas y haciendo que comparta consejos con ambos...” <https://openai.com/blog/chatgpt-can-now-see-hear-and-speak>

⁴³⁷Conf. Corvalán, Juan Gustavo; Davila, Laura Diaz; Simari, Gerardo I. Inteligencia Artificial: Bases Conceptuales. Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho. Tomo I. pág 50. Ed. Thomson y Reuters – La Ley.

⁴³⁸Nieva Fenoll, Jordi. “Inteligencia Artificial y Proceso Judicial”. “... en materia procedimental será extraordinariamente eficiente. La Inteligencia Artificial hará que se pase de una fase a otra del procedimiento automáticamente sin mayor dilación...”

y gobernanza de algoritmos; todos temas cruzados por cuestionamientos éticos en el uso de esta tecnología.

Sin embargo, la IA ya está en condiciones de asistir en tareas operativas como gestión de audiencias, procesamiento del material audiovisual, identificación de personas, generación de transcripciones de juicios orales, o traducción en línea y tantas otras.

El uso de la IA para toma de decisiones en el proceso judicial está íntimamente vinculado con aspectos que pueden afectar el resultado de una decisión como son el “Ruido” y los “Sesgos”, estos últimos tan estudiados en las neurociencias⁴³⁹. Dicen *Kahneman, Sibony, y Sunstein*: “no necesitamos saber quién tiene razón para medir cuánto varían los juicios de un mismo caso. Todo lo que tenemos que hacer para medir el ruido es mirar la parte trasera del objetivo (diana). Para comprender el error de juicio necesitamos entender tanto el sesgo como el ruido. A veces el ruido es, como veremos, el problema más importante. Sin embargo, en las conversaciones públicas sobre el error humano y en las organizaciones de todo El Mundo, el ruido rara vez se reconoce. El sesgo es la estrella del espectáculo...”.⁴⁴⁰

Más adelante ponen una mirada esperanzadora sobre la IA como una herramienta que podría desempeñar un rol de asistencia al juez que le permita por un lado construir su decisión mitigando los riesgos de sesgos y de ruido, y se preguntan: *¿y si pudiéramos utilizar muchos más predictores, reunir muchos más datos sobre cada uno de ellos, encontrar patrones de relación que ningún humano podría detectar y modelizar estos patrones para lograr una mejor predicción? Esta es la promesa de la inteligencia artificial (IA).*⁴⁴¹ Yo me permitiría agregar que no solo para el juicio predictivo sino también para la consideración de hechos que lleguen al juicio valorativo en la sentencia.

⁴³⁹Kahneman, Daniel. *Pensar Rápido, Pensar Despacio*. Ed. Debate, 2012.

⁴⁴⁰Kahneman, Daniel. Sibony, Olivier. Sunstein, Cass R. *Ruido. Un fallo en el Juicio Humano*. Ed. Debate, 2012. Pag. 8/9

⁴⁴¹Kahneman, Daniel. Sibony, Olivier. Sunstein, Cass R. *Ruido. Un fallo en el Juicio Humano*. Ed. Debate, 2012. Pag.204.

En el caso de juicios predictivos aplicados al otorgamiento de libertad bajo fianza/riesgo de fuga, el estudio citado por los autores arroja interesantes resultados, con mejores indicadores de valoración y menor sesgo racial en un comparativo realizado con jueces humanos, además de desarrollar un mecanismo de detección de sesgos con máquina de aprendizaje (IA).⁴⁴²

Por supuesto no dejamos de tener presente el caso “Loomis”, un hito en la materia en el que se trató el cuestionamiento a un algoritmo de “predicción de la reincidencia”, mediante el que quedaron expuestos los riesgos por sesgo en la selección de datos que integraba el set sobre el cual la lógica de la IA realizaba la predicción de reincidencia. Asunto en el que también se discutiera otro aspecto de escala ética como es el acceso al algoritmo para realizar la analítica del posible error de razonamiento en el procesamiento de los datos del caso.

Esta cuestión nos lleva al tratamiento de una amplia problemática poco tratada en la doctrina, sobre el acceso a los algoritmos de todos los sistemas que administran aplicativos y casos y servicios judiciales a la luz de las normas de acceso a información pública, y sobre la necesidad de dictar reglamentos que establezcan que la programación de los sistemas debe ser accesible bajo el principio de “caja blanca”⁴⁴³, muy especialmente extensivo a la programación de algoritmos de IA.

Sin perjuicio de ello, todos los expertos coinciden, aun los más entusiastas defensores de la IA, en que el algoritmo no será en lo inmediato un sustituto del juicio humano. Aun así, la IA puede jugar un rol de gran importancia para asistir en la toma de decisiones, por la enorme capacidad de procesar grandes cantidades de información útil en los procesos intermedios para la construcción final del juicio humano.

⁴⁴²Kahneman, Daniel. Sibony, Olivier. Sunstein, Cass R. Ruido. Un fallo en el Juicio Humano. Ed. Debate, 2012. Pag.208/210

⁴⁴³AP 5133/2022 Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut.

En la Argentina se destaca el desarrollo de la “IA Prometea”, nacida en noviembre de 2017 en el Ministerio Público Fiscal de CABA. Prometea continúa su desarrollo y mejora continua en el ámbito tecnológico que la vio nacer y presta servicios en otros países⁴⁴⁴. Su performance permite:

- Predecir la solución a un caso judicial en menos de 20 segundos, con una tasa de acierto igual o superior del 90%.
- Permite realizar un pliego de bases y condiciones particulares e incorpora una herramienta de control de precios públicos y privados sobre los bienes a adquirir, reduciendo los tiempos en la confección de un pliego de 2 horas a tan solo 1 minuto.
- Contrasta datos entre documentos y base de datos sin intervención humana, y logra reducir tiempos de 13 horas a 5 minutos.
- Segmenta informes en función de su contenido en investigaciones de abuso sexual infantil. Esta tarea que puede demandar 8 horas por día a una persona, Prometea logra hacerla en pocos segundos.
- Elabora un decreto de determinación de los hechos de manera automática, lo que reduce el tiempo de confección de 25 minutos a tan solo 2.
- Elabora una base de datos de manera automática a partir de la extracción de datos de la documentación.
- Elabora dictámenes y disposiciones por rectificatorias administrativa de partidas, y logra reducir los tiempos de confección hasta un 70%.
- Redujo los tiempos de elaboración de despachos y sentencias hasta en un 80%, en oficinas judiciales de las provincias de Corrientes y Chaco.
- Con relación a todas las implementaciones, se concluyó que Prometea reduce la cantidad de errores de tipeo en un 99%; y permite hacer un control exhaustivo de aspectos formales de los documentos involucrados.

El logro de este producto permite soñar con muchos otros desarrollos posibles que relacionen *Derecho y Tecnología*, solo necesitamos identificar con claridad los problemas

⁴⁴⁴Ministerio Público Fiscal de CABA. IA – Prometea. <https://mpfcuidad.gob.ar/institucional/2020-03-09-21-42-38-innovacion-e-inteligencia-artificial>

que deseamos abordar, invertir lo necesario para armar los equipos que permitan construir el proyecto e implementarlo y para ello buenas decisiones institucionales y mejores políticas de estado para incentivar las voluntades. Luego, en marcha, un objetivo alcanzado nos llevará a otro en ese proceso “INDIRECTIVO” del que habla Kurzweil.

5. Finalmente

En el breve espacio que nos ha tocado, hemos tratado de recorrer casi de forma enunciativa, algunos de los aspectos principales del tema y en especial aquellos a los que no se les está prestando atención, pudiendo significar, por el grado de potencialidad que poseen, herramientas que llevarían a un salto de enorme calidad a las instituciones del universo jurídico en nuestro país.

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SUS CONSECUENCIAS EN EL DERECHO.

Por Enrique M. FALCÓN*

1. Dónde estamos⁴⁴⁵

En el infinito océano de nuestra ignorancia navegamos en nuestra pequeña canoa, creyendo que somos los únicos y que somos la imagen y semejanza de un dios o de algo parecido. Sólo un hombre se dio cuenta de nuestra insignificancia cuando según la tradición dijo: “Sólo sé que nada sé”⁴⁴⁶. Sin embargo, y sin perjuicio de ello, en el entorno que nos toca y que podemos alcanzar física o intelectualmente, nos satisface la mente que tenemos y los asombros que cada conocimiento nuevo o adelanto nos muestra, despejando el velo de lo mágico, de lo desconocido.

En esa actitud nos movemos como los niños, cuando se les dice que no toquen el horno que está caliente e igual se queman, cuando hay que sacar de su altura todas las cosas

* Abogado y Doctor de la Universidad de Buenos Aires. Ex profesor Titular de Derecho Procesal. Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Procesal.

⁴⁴⁵ En la publicación anterior de este mismo Instituto de Derecho Procesal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, he desarrollado un trabajo donde explico, aunque superficialmente, la historia y la función de la inteligencia artificial. El presente trabajo pretende ser una continuación del anterior.

⁴⁴⁶ “Solo sé que no sé nada” o “solo sé que nada sé” es una famosa frase atribuida al filósofo griego Sócrates (470-399 a. de C.), en la que expresa que es consciente de su propia ignorancia. La frase se asigna a Sócrates pero no se encuentra escrita de forma literal en ningún texto. En la obra *Apología de Sócrates*, Platón expone una versión del discurso pronunciado por Sócrates durante el juicio antes de su muerte: “Este hombre, por una parte, cree que sabe algo, mientras que no sabe. Por otra parte, yo, que igualmente no sé tampoco, creo”. De aquí se deduce la frase “solo sé que no se nada”, en la que queda reflejado que, para Sócrates, la sabiduría procede precisamente del reconocimiento de la ignorancia.

con las que pudiese lastimarse, o los remedios que pudieran causarle daño si los ingiriera. Pero ese es nuestro destino, ir penetrando en el océano con la curiosidad infantil de saber sobre lo desconocido.

Y de pronto, nuestra niñez se ve nuevamente asombrada cuando comprende que podemos, de alguna manera, ampliar y acelerar nuestros conocimientos y nuestra actividad mediante “aparatos” especiales. Ya hemos hecho algo de eso en la comunicación con el telégrafo, el teléfono, la radio, la televisión, la Internet y otros elementos en lo material que nos permiten llegar sin riesgo a lugares que nuestro estándar físico no permite, y pueden realizar numerosas tareas por nosotros, como son los robots. Y esa ampliación a la que nos referimos, es la Inteligencia Artificial.

Recordemos que no hay un concierto en el concepto de inteligencia. Se puede entender por la misma de manera muy general diciendo, en primer lugar, que la inteligencia es un concepto complejo y multifacético donde existen diferentes enfoques y teorías. Algunos se centran en las habilidades cognitivas, mientras que otros consideran aspectos emocionales, sociales o creativos como componentes clave de la inteligencia. Como se advierte esa capacidad implica diferentes aspectos del pensamiento y el comportamiento humano que permite procesar información, comprender, aprender, razonar, resolver problemas y adaptarse a nuevas situaciones de manera efectiva. Además, hoy se entiende que la inteligencia presenta facetas múltiples para la realización de cada actividad y que la misma está en relación a nuestros sentimientos y nuestra percepción.

2. La inteligencia artificial.

Pero la inteligencia artificial no es así. Para mí, la IA no es una inteligencia en el sentido humano. La inteligencia artificial es un sistema, una herramienta. El hecho que la inteligencia artificial pueda tener una información aunque sea de todo el conocimiento humano, e inclusive aumentándolo con nuevos puntos de vista, y que pueda procesar información, aprender, razonar, resolver problemas y adaptarse a nuevas situaciones de manera efectiva e inclusive simular sentimientos, no es más del resultado y los límites que

han establecido sus creadores, aunque a veces ciertas articulaciones parecieran que lo independizan de los mismos. Y no es una inteligencia en sentido humano porque para considerarse una inteligencia como la nuestra, tendrá que comprender, sentir y saltar sus sistemas lógicos hacia el campo de la intuición, buscar sus propios objetivos y ser independiente de los humanos, cosa que sólo podría realizar una inteligencia artificial llamada “general” o “fuerte” de manera que más que simule comprender, que comprenda, cosa que está muy en duda.

Quizás, el aspecto más destacable es que la diferencia entre lo humano y lo artificial radica en que la inteligencia humana es semilógica, más bien argumentativa y puede imaginar una realidad real o ideal superadora, sin pasar por el esquema de la lógica. En cambio la inteligencia artificial es lógica, probabilística y sólo puede atender lo que se le ha cargado y enseñado, hasta el momento en que esa tarea haya sido hecha. Por supuesto que también puede argumentar, pero esa argumentación está también señada a la lógica. Tal vez, en un futuro estos parámetros se amplíen, especialmente con las computadoras cuánticas incluyendo los aportes que pueda dar la IA Generativa⁴⁴⁷, pero siempre serán dos formas distintas de entender las cuestiones de la existencia.

John Searle (⁴⁴⁸), creador de la concepción diferencial de IA débil e IA fuerte, sugiere que una máquina pensante es, a lo mucho, una simulación, y escribe que "ninguno supone que 5 simulaciones por computadora de unas alarmas de incendio van a quemar el vecindario o que la simulación de una tormenta nos dejará empapados”.

De manera que cuando hablamos de Inteligencia Artificial (AI) no nos estamos refiriendo a la inteligencia en sí misma en el sentido humano, sino a una disciplina que, dentro del campo de la informática se ocupa de desarrollar un conjunto de capacidades cognoscitivas e intelectuales expresadas por sistemas electrónicos, mediante combinaciones de algoritmos, con la previa recopilación de “infinitos” datos (big data) y a través de

⁴⁴⁷ La Inteligencia Artificial Generativa (IAG) es una rama de la inteligencia artificial que se dedica a la generación y creación de contenido original a partir de datos existentes. Esta tecnología utiliza algoritmos y redes neuronales avanzadas para aprender de textos e imágenes, y luego crear un contenido nuevo.

⁴⁴⁸ SEARLE, John 1980, p. 12, -*Minds, Brains and Programs*, en Behavioral and Brain Sciences, 3.

distintos programas de enseñanza, y que tiene por propósito constituir una herramienta que simule la inteligencia humana para realizar tareas que pueden mejorar conforme recopilan información. También se ha dicho que la inteligencia artificial (IA) se refiere a la capacidad de las máquinas y sistemas informáticos para imitar, replicar y simular algunas funciones de la inteligencia humana. Para ello combina conocimientos de ciencias de la computación, matemáticas, estadísticas y otras disciplinas relacionadas. Aunque en la actualidad varias de las propuestas, especialmente los modelos que pueden realizar una conversación dentro de ciertos límites y encontrar respuestas probabilísticas dentro de un campo inmenso de información con el que son cargadas, han dado lugar a dos posiciones. La primera es la relativa a la utilidad de esta herramienta, la segunda la relacionada con los peligros de la misma. Algunos de los pro y contras de la IA generales hay que mirarlos ahora también desde el punto de vista de la Inteligencia Artificial Generativa, un paso más en el desarrollo de esta herramienta.

3. Ventajas y desventajas de la IA

Veamos primero los pro y las ventajas:

Pro 1

La IA puede hacer que la vida cotidiana sea más cómoda y placentera, mejorando nuestra salud y nivel de vida. Por ejemplo: ¿Por qué sentarse en un atasco de tráfico cuando una aplicación de mapas puede guiarte alrededor del accidente automovilístico? En la aplicación en la investigación científica y en la medicina, para analizar grandes cantidades de datos. Con ello se consigue encontrar patrones (es decir un tipo de tema de sucesos u objetos recurrentes, como sucede con los dibujos repetidos en las franjas de ornamentación o arquitectura) y relaciones que de otra manera serían difíciles de detectar, en especial si los patrones son numerosos y complejos. De hecho el avance sobre la prevención del Alzheimer que realiza la IA (entre otras cuestiones) beneficiará notablemente a las personas.

Pro 2

La IA puede ofrecer accesibilidad para personas con discapacidad, como hoy son los teléfonos inteligentes y otros dispositivos domésticos. Los asistentes virtuales, incluidos, como fuera el que utilizaba Stephen Hawking para comunicarse, es otro ejemplo en ese

sentido. Muchos de elementos están hoy a disposición nuestra, sin prácticamente darnos cuenta, por ejemplo los teléfonos inteligentes y las pulseras que miden la presión, el oxígeno en la sangre, las distancias recorridas, controlan el sueño, etc.

Pro 3

La inteligencia artificial también puede ayudar a los humanos a estar más seguros. Por ejemplo, la IA puede garantizar que los empleados estén actualizados sobre la capacitación mediante el seguimiento y la programación automática de seguridad u otra capacitación. AI también puede verificar y ofrecer correcciones de ergonomía para evitar lesiones por estrés repetitivo o algo peor. Puede controlar la seguridad de las ciudades, previniendo delitos o accidentes, etc.

Pro 4

La IA es útil también por el poder que tiene para la generación de contenidos nuevos en áreas como el arte, la música y la literatura, o para mostrar distintas variantes del Derecho de modo comparativo, histórico o sistemático, que permiten dictar normas más coherentes y simples, no contradictorias, o realizar procesos de sistema cerrado simple, en grandes cantidades como son las ejecuciones fiscales, lo que ya se está haciendo. Y desde el punto de la publicidad y del marketing favorece a las empresas para llegar un público más amplio.

Sin embargo, como en todas las cosas estos avances tienen varias contras:

Contra 1

La IA dañará el nivel de vida de muchas personas al causar un desempleo masivo a medida que los robots reemplacen a las personas. Los robots de IA y otro software y hardware son cada vez menos costosos y no necesitan ninguno de los beneficios y servicios que requieren los trabajadores humanos, como días de enfermedad, horas de almuerzo, descansos para ir al baño, seguro médico, aumentos de sueldo, promociones y revisiones de desempeño, lo que significa problemas para los trabajadores y la sociedad en general. Se suma así a la discriminación actual en los empleos (mujeres, personas no calificadas, sin dejar de tomar en cuenta aunque escondidas posiciones políticas, religiosas, económicas, sociales, etc.).

Contra 2

AI repite y exagera el racismo humano. Se ha descubierto que el reconocimiento facial tiene un sesgo racial, ya que reconoce fácilmente los rostros de los hombres blancos mientras identifica erróneamente a las mujeres negras el 35% de las veces. Un estudio del programa Rekognition AI de Amazon comparó falsamente a 28 miembros del Congreso de los EE. UU. con fotos policiales de una base de datos criminal. El 40% de los errores fueron personas de color.

Contra 3

La inteligencia artificial plantea riesgos peligrosos para la privacidad. La tecnología de reconocimiento facial -que citamos precedentemente- se puede utilizar para la vigilancia pasiva sin orden judicial sin el conocimiento de la persona que se está vigilando. Además con la capacidad de generar contenido único y personalizado, hay preocupaciones sobre el uso de datos personales y la posibilidad de que estos datos sean utilizados para fines indebidos.

Contra 4

Pero cuatro son los factores principales que, a mi modo de ver, deben tenerse en cuenta como más peligrosos y sobre los que hay que prestar mayor atención:

a) *El problema de la formación.* Aunque la IA tiene ya varios años e importantes antecedentes, no ha tenido una exposición pública hasta momentos muy recientes y la sociedad la ha recibido sin un debido conocimiento y formación, que parte desde la idea de cómo se interroga a una IA, hasta cual es la utilidad real de la misma. Se ha criticado que ni los maestros, ni los profesores están formados para atender este nuevo problema, de manera que los alumnos podrían valerse de la IA para resolver sus trabajos, sin la dedicación ni el conocimiento necesario. Esto se puede resolver de dos maneras. La primera es la de crear la conciencia en los estudiantes de la forma en cómo tienen que prepararse y cuándo y cómo usar la IA. La segunda es no hacer promociones en base a trabajos que se requieran sin el

control posterior personal y oral, donde el estudiante tendrá que explicar los métodos y los resultados usados.

b) *El problema del sesgo*. A mi modo de ver el problema del *sesgo* y los contenidos que por esta vía formen la IA y se transmitan, confundan o perjudiquen a la gente, generan una distorsión perniciosa, pues los sesgos podrían tener consecuencias graves en campos como la política, la justicia, medioambiente, inmigración, economía, etc.

Un sesgo es un defecto en el diseño de un estudio de investigación científica o ensayo clínico, o en el método usado para recopilar o interpretar la información. Los sesgos pueden conducir a conclusiones incorrectas acerca de los resultados del estudio, la investigación y otros aspectos, cuando son incluidos de manera intencional o son guiados por prejuicios o creencias erróneas. La Psicología ha estudiado especialmente los sesgos cognitivos (⁴⁴⁹) y el problema es que los mismos se inserten en la IA, provocando desviaciones perjudiciales.

Como ejemplo mostramos algunos de ellos que son relativamente corrientes, que pueden ser denominados con otros nombres también. El sesgo de la *generalización*, cuando se toma un incidente aislado y se lo quiere aplicar a todos los casos, es decir lo universalizamos; de *personalización*, cuando creemos que todo lo que hacen las demás personas está relacionado con nosotros; con base en emociones temporales, cuando determinamos nuestro estado por los sentimientos del momento; de optimismo, cuando cree que se puede cualquier cosa aunque no se tengan los elementos para ello; de

⁴⁴⁹ *Sesgo*...se usa en psicología con el significado específico de prejuicio, interpretación arbitraria, precomprensión, distorsión. Con un significado más amplio indica la inclinación de la mente hacia un objeto en particular. En los procedimientos experimentales y en general en el ámbito estadístico indica la alteración, también intencional, de las condiciones del experimento, de tal modo que introduce un error constante en los resultados. Típico es el caso de la aceptación de una muestra no representativa del grupo al cual se aplican después las conclusiones estadísticas alcanzadas (Galimberti, Umberto -*Diccionario de Psicología*, SigloXXI editores, Buenos Aires 2002, p. 996). La noción de sesgo cognitivo fue introducida por Daniel Kahneman y Amos Tversky en 1972 (KAHNEMAN, D.; TVERSKY, A. (1972).-*Subjective probability: A judgment of representativeness*. Cognitive Psychology (3): 430-454. doi:10.1016/0010-0285(72)90016-3). El sesgo cognitivo puede asociarse al concepto de *irracionalidad*. Todas las personas tenemos sesgos, aunque no lo admitamos, aunque en general no produzcan prejuicios. Se considera que hay más o menos 50 sesgos de este tipo relacionados con la memoria, la sociedad, el aprendizaje, las creencias, el dinero, la política, los intereses particulares, el fanatismo, etc.

confirmación, sucede cuando frente a nuevas pruebas o nueva información que contradice algo que previamente creíamos saber, nuestra primera reacción es la de defender nuestro punto de vista, pues resulta muy difícil admitir errores o equivocaciones; de *desinformación*, sucede cuando nuestros recuerdos no son fieles a lo sucedido, ya sea por defectos de memoria o defectos de procesamiento del mismo hecho con anterioridad; de *criterio inestable*, especialmente cuando la misma situación es tratada con indulgencia y en otros casos con grave crítica según la persona o grupo que la realice; de *falta de información adecuada*, esto se produce cuando una serie de eventos es más intensa en un lugar que en otro y se aplica a todo el universo la cantidad de eventos del lugar donde estamos; el sesgo de *infantilismo*, que consiste en echar siempre la culpa a otro por los errores y consecuencias nefastas producidas por nuestro accionar; etc.

c) *El problema ético*. Los trabajos sobre Ética e Inteligencia Artificial son numerosos⁽⁴⁵⁰⁾ y ello aparece claro en razón de que la inteligencia artificial está construida por personas humanas y responde a numerosos aspectos de la idiosincrasia de esa persona, esto es del carácter distintivo de cada uno. Pero si bien la relación Ética/IA aparece a primera vista como necesaria, no resulta tan claro qué es la Ética y cómo se puede controlar el problema de la aplicación de la misma en la creación de la inteligencia artificial, en particular, porque la misma traspasa fronteras y no en todos lados importa el cumplimiento de reglas que responden a preguntas como: ¿Qué es lo bueno? ¿Hay una sola forma correcta de vivir? ¿Todas las costumbres valen lo mismo? ¿Tienen el mismo valor? ¿Son los valores éticos relativos? Sócrates (el respeto a la ley y la democracia), Aristóteles (el justo medio), Kant (la conducta universal autoaplicada), Habermas (la Ética discursiva no intuicionista ni comprensiva, sino universal), para citar sólo cuatro de una cantidad inmensa, tienen concepciones distintas, pero todos ellos suponen que existen reglas que son las de la Ética. Por ello en el caso de la inteligencia artificial, parece ser que la interrelación se aplica en el nivel de estudio es el de ética aplicada y ética normativa. Busca responder a cuestiones del día a día sobre la interacción de los hombres con las máquinas, poner

⁴⁵⁰ Por ejemplo: CORTINA ORTS, Adela -*Ética de la inteligencia artificial*, Anales de la Real Academia de Ciencias Morales, España 2019, p.379; GONZÁLEZ ARENCIBIA, M. y MARTÍNEZ CARDERO, D, - *Dilemas éticos en el escenario de la inteligencia artificial*; Scielo-Economía y Sociedad, 2020, *Online version* ISSN 2215-3403.

límites para que su uso no sea usado en perjuicio de personas o de la sociedad y establecer unas normas para que no se rebasen dichos límites. Pero aún, esta conclusión, admito que es discutible. Además, dentro de los desafíos éticos hay que resolver a su vez la relación con la creatividad y la propiedad intelectual. Con la capacidad de generar contenido original, ¿quién será considerado el autor o creador de ese contenido? ¿Cómo se protegerá la propiedad intelectual de estos productos generados por la IA? Ya existen debates a nivel global por este tema. Veremos, más adelante algunos aspectos legislativos que pueden referirse a esta cuestión.

La misma IA (GPT-3) nos señala que “en resumen, la ética en la IA es esencial para garantizar que se utilice de manera responsable y beneficiosa para la sociedad en general. Es importante que los creadores y desarrolladores de sistemas de IA tengan en cuenta estas cuestiones éticas y trabajen para asegurarse de que sus sistemas sean éticos y responsables”. A lo que debe agregarse el debido control social y gubernamental. Y en este orden de cosas “En general, es importante abordar estos temas de manera proactiva y trabajar en colaboración con expertos en ética, juristas y otros profesionales para garantizar ese uso ético y responsable de la IA”.

d) *El problema de la controlabilidad.* Por último, también se plantea el riesgo de una IA generativa que se vuelva incontrolable y comience a generar contenido dañino o peligroso por si misma, o como consecuencia de cargas equivocadas, inclusive del aprendizaje recibido en la interacción con humanos, pues ¿quién es el que le enseña?. En este sentido, es importante tener una regulación y control sobre el uso de esta tecnología para evitar estos riesgos potenciales. El gran tema será definir quienes serán capaces de crear estos marcos regulatorios acordes.

Sin embargo y sin desconocer los perjuicios que puede traer la inteligencia artificial, hay que ver que esos perjuicios dependen en mucho de cómo utilicen la misma los humanos y la regla costo-beneficio.

4. Temor y evolución en la IA

Lo que desató las críticas y puso en guardia a empresas y personas también muy prestigiosas es la rápida evolución de sistemas como GPT 3, que se lanzó gratuitamente para ver el efecto que producía y luego venderlo. Ya está el GPT 3-Premium y el GPT 4 y siguen los avances.

Pero ¿qué es el GPT?. Es interesante que el mismo sistema inteligente te lo explica y dice: “El Chat GPT (Generative Pre-trained Transformer, esto es “Transformador preentrenado generativo”) es un modelo de lenguaje basado en inteligencia artificial que utiliza la arquitectura Transformer para generar respuestas coherentes y contextualmente relevantes en conversaciones. Está diseñado para interactuar con los usuarios en forma de chat, simulando una conversación en lenguaje natural”.

La arquitectura Transformer es un tipo de modelo de aprendizaje automático utilizado principalmente en tareas relacionadas con el Procesamiento del Lenguaje Natural (NLP, por sus siglas en inglés) que ha demostrado ser altamente efectivo en una amplia gama de tareas de NLP⁴⁵¹, como traducción automática, generación de texto, respuesta a preguntas, resumen de texto, entre otros. Pero claro que todo ello debe relacionarse con un aspecto de esta inteligencia artificial, porque la misma recoge una información muy extensa y luego elige la más probable dentro de un campo lógico previamente establecido.

Los problemas que aparentemente presenta este sistema, no son mayores que los que presentan los nuevos medios de información y comunicación a través de las redes sociales, y que resultan inadecuados si no se efectúa un debido control sobre los resultados, control que es esencial y elemental en todos los sistemas.

Pero también hay otros intereses. The New York Times del 29 de marzo de 2023 publicó una carta abierta de más de 1000 líderes tecnológicos, investigadores y otros instando a una moratoria en el desarrollo de los sistemas de inteligencia artificial más

⁴⁵¹El procesamiento de lenguaje natural (NLP, Natural Language Processing en inglés y PLN en español) es una tecnología de machine learning que brinda a las computadoras la capacidad de interpretar, manipular y comprender el lenguaje humano.

poderosos. En síntesis se ha instado a los laboratorios de inteligencia artificial a pausar el desarrollo de los sistemas más avanzados, advirtiendo que las herramientas de IA presentan “riesgos profundos para la sociedad y la humanidad”, porque ni siquiera sus creadores, pueden entender, predecir o controlar de manera confiable”.

Esto es relativamente cierto si utilizamos la I.A. incorrectamente. También son peligrosos los autos, los aviones, los asteroides que hay en nuestro sistema solar, los planetas errantes que están fuera de él, los volcanes terribles como el de Yellowstone, las armas, las guerras ridículas actuales, y hablando de armas lo peligroso es que armas muy poderosas como las nucleares están en manos de personas cuanto menos incompetentes para tener a cargo de esos elementos. Puede verse al respecto las amenazas de Rusia por la invasión que hizo a Ucrania y la intervención de OTAN, o el ataque de Hamas a Israel, sin perjuicio de descontar los numerosos ensayos nucleares y de todo otro tipo que han hecho las distintas potencias contaminando el ambiente, ambiente que todos ayudamos a seguir contaminando,

Por otra parte varios de los críticos de este sistema, que pretenden ralentizar el avance de la IA, parece que lo hacen para proteger sus propios negocios de IA en los que están interesados.

Por supuesto que habrá delitos de I.A., sesgos de los mismos creadores ya sea intencionales o no, vagancia para controlar los resultados, falta de control en la enseñanza por falta de formación de los educadores, errores del sistema, etc. Pero eso ya existe, de manera que la IA. puede ser usada mejorando lo que ahora se hace mal, o empeorándolo. Depende de nosotros.

5. Inteligencia Artificial y Derecho

En lo que hace al campo del Derecho, la inteligencia artificial puede ser útil del siguiente modo. La I.A sirve:

1 Para el análisis y clasificación de documentos legales y aumentar la eficiencia en el manejo de casos, así como para coordinar resoluciones y sentencias anteriores y determinar sus tendencias.

2 Para la predicción de resultados judiciales analizando cantidades de casos, lugar y oportunidad y datos históricos que permitan establecer con una cierta aproximación a la certeza los resultados de casos judiciales futuros.

3 Admite la automatización de procesos legales. La I.A. puede ser utilizada para automatizar procesos legales, incluyendo la preparación de documentos, la revisión de contratos y la gestión de documentos. Si bien esto todavía sólo alcanza a sistemas cerrados, como en Brasil donde se utiliza para las ejecuciones fiscales ⁽⁴⁵²⁾ o en cuestiones simples y parciales como la que aparece en el Acuerdo 3991/2020 SCBA, que agregó al "Reglamento para la notificación por medios electrónicos" (ac.3845/17), la automatización, cuando correspondiere, de las notificaciones que deban cursarse de manera electrónica a los domicilios de igual carácter (art. 1º). Es posible, que con el tiempo la IA sirva de ayuda a los Tribunales en el dictado de resoluciones y trámites repetitivos en temas reiterativos.

4 Puede ser utilizada para proporcionar asesoramiento legal básico y orientativo, lo que nos permite considerar rápidamente cuestiones que se extienden a áreas que no son de nuestra especialidad, lo que ya hacen muchas bases de datos jurídicas y de la misma manera, presentar argumentos sustanciales o novedosos que merecen ser considerados.

5 Puede ser útil también para el seguimiento de cambios en la legislación, aspectos sobre el que las bases de datos informáticas ya han logrado, pero que la IA los localiza y agrupa más rápidamente, porque la IA funciona con velocidades muy superiores a las nuestras. Pero no nos provee de una jurisprudencia certera e indicativa como lo hace una base de datos aunque ya se está trabajando en esta materia y se han dado los primeros pasos para el conocimiento del público jurídico.

De cualquier manera la inteligencia artificial, aunque la que tenemos en la actualidad y con la que se trabaja, es la llamada inteligencia artificial *débil*. Y téngase en cuenta que con ella ya están entre nosotros contestadores automáticos, teléfonos

452RIBEIRO, Darcy -Processo e novas tecnologias nos tribunais, desafios e perspectivas; <https://www.Jota.info>.

inteligentes, sistemas de Internet de respuesta rápida a preguntas, traducción de idiomas, información técnica, científica y social, etc. A lo expuesto debemos agregar que en el campo de la robótica hallamos las máquinas para la fabricación industrial, los aparatos que sirven para llegar a lugares y obtener de ellos información que a nosotros nos resultaría imposible conseguir, sin olvidar los robots que están en marcha y viajando por todo el sistema solar, y más allá. Esta nueva tecnología no se detendrá en su avance, porque tiene una amplia gama de aplicaciones muy útiles en diversos campos que nos resultan también necesarias, como la medicina, la industria, la atención al cliente, la conducción autónoma, los juegos, el procesamiento de lenguaje natural, la robótica y muchas otras áreas, entre las que se encuentra, como hemos visto, el Derecho. Su objetivo es ayudar para realizar tareas complejas y peligrosas, tomar decisiones, resolver problemas y mejorar la eficiencia y la precisión en diversas áreas de la vida humana, y además es un gran negocio.

En este campo es importante destacar que la creatividad de GPT se basa en la información que ha sido expuesta durante su entrenamiento. El modelo no tiene una comprensión profunda o experiencia personal en el mundo, ni la capacidad de razonamiento crítico o pensamiento fuera de los límites de los patrones aprendidos. La creatividad de GPT es, en última instancia, una combinación de su capacidad para generar respuestas coherentes y su habilidad para sorprender al usuario al combinar palabras y frases de manera inesperada y novedosa. Pero requiere también preguntas adecuadas.

En este orden de ideas, por Disposición 2/2023 de la Subsecretaría de Tecnologías de la Información de la Jefatura De Gabinete De Ministros, se aprobaron las “Recomendaciones para una Inteligencia Artificial Fiable” donde, mediante un Manual contenido en el Anexo I y el esquema gráfico de las etapas de Proyectos de Inteligencia Artificial que forma parte integrante de la presente medida en el Anexo II, se tiende a mostrar los distintos pasos consecuenciales para una inteligencia artificial útil y ética. En el primer Anexo se explicita como objetivo “A través del presente documento se procura recopilar y brindar herramientas para quienes llevan adelante proyectos de innovación pública a través de la tecnología, pero específicamente en aquellos que importen el uso de inteligencia artificial. En este sentido, se recomienda adoptar un enfoque multidisciplinar,

concibiendo de forma integral las implicancias del uso, adopción, desarrollo e innovación pública a través de la inteligencia artificial” (1.1.). En lo que hace a ¿Cómo es recomendable concebir a la inteligencia artificial?, se explica que el momento de partida, previo al ciclo, refiere a la concepción de la inteligencia artificial. Es decir, cómo se debe concebir, cómo se la comprende antes de trabajar con ella. Este punto resulta relevante dada la tendencia humana a antropomorfizar la tecnología. En este sentido, un aspecto recomendable viene dado por diferenciar claramente los conceptos de responsabilidad y ejecución (3.1.), y fundamentalmente en lo que hace a la Ética en esta materia. En lo relativo a la ética y valores comprometidos, se resaltan, entre otros, los siguientes principios: Seguridad, Transparencia de fallas, Responsabilidad, Alineación con los valores Humanos, es decir con los ideales de dignidad humana, derechos, libertades y diversidad cultural; Privacidad personal, Libertad y privacidad: la aplicación de la IA a los datos personales no debe restringir injustificadamente la libertad real o percibida de las personas, Control humano: los humanos deben elegir cómo y si delegar decisiones a los sistemas de IA para lograr los objetivos elegidos por los humanos.

Más recientemente se publicó hoy en el B.O de la Nación la Resolución 161/2023 a través de la cual se crea el “Programa de transparencia y protección de datos personales en el uso de la Inteligencia Artificial” cuyo objetivo es impulsar procesos de análisis, regulación y fortalecimiento de capacidades estatales necesarias para acompañar el desarrollo y uso de IA, tanto en el sector público como en el privado, garantizando el efectivo ejercicio de los derechos de la ciudadanía en materia de transparencia y protección de datos personales. A la Resolución se agrega un Anexo.

A la par el presidente Joe Biden firmó este lunes una orden ejecutiva de gran alcance sobre la inteligencia artificial (IA), utilizando la fuerza de las agencias de todo el gobierno federal e invocando amplios poderes de emergencia para aprovechar el potencial y hacer frente a los riesgos de lo que llamó la “tecnología más importante de nuestro tiempo”. El presidente Joe Biden firmó este lunes una orden ejecutiva de gran alcance sobre la inteligencia artificial (IA), utilizando la fuerza de las agencias de todo el gobierno federal e invocando amplios poderes de emergencia para aprovechar el potencial y hacer frente a los

riesgos de lo que llamó la “tecnología más importante de nuestro tiempo”. La orden aborda una amplia gama de cuestiones, imponiendo nuevas obligaciones de seguridad a los desarrolladores de IA y pidiendo a una serie de agencias federales que mitiguen los riesgos de la tecnología al tiempo que evalúan su propio uso de las herramientas, según un resumen proporcionado por la Casa Blanca. Pero el 12 de Octubre de 2023 Por cuestiones de seguridad, la Fuerza Espacial de EEUU suspendió temporalmente el uso de herramientas de Inteligencia Artificial.

Entre tanto en la Argentina el Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 11 el 05/10/2023, en autos “Gil Domínguez, Andrés c/ Consejo de la Magistratura de la Nación – Expte. N° 30382/2023 y Expte. 4/23 s/amparo ley 16.986”– el juez admitió el amparo colectivo iniciado por el Dr. Andrés Gil Domínguez, tendiente a que el Consejo de la Magistratura de la Nación diseñe, apruebe y ejecute un “Programa de incorporación de innovación tecnológica en el ámbito del Poder Judicial de la Nación” a efectos de optimizar la eficiencia del servicio de justicia. El tribunal admitió el proceso colectivo planteado porque entendió que la pretensión deducida excedía el interés de las partes y atañen al de la comunidad (Fallos:286:257; 290:266; 306:480; 307:770, 919) por cuanto está en discusión la actividad administrativa del Consejo De La Magistratura de la Nación en el desarrollo de su labor en conformidad con los preceptos de la ley 24937 y modificatorias Esto habilita la jurisdicción para entender en autos.”

Dado que el uso de inteligencia artificial conlleva distintos riesgos, y que resulta recomendable no solucionar problemas comenzando con el único propósito de “utilizar la inteligencia artificial” como un juego o para obtener ventajas incorrectas, o cometer delitos, es importante que se realice la exploración de diferentes tipos de tecnología antes de concluir que la inteligencia artificial ofrece la mejor solución a la problemática que se quiere resolver. En ciertas ocasiones, en el caso del Derecho, todavía pueden emplearse otras soluciones de software más simples, menos riesgosas e igualmente eficientes para dar respuesta al mismo desafío, como son las bases de datos judiciales, las que han comenzado a incorporarse como inteligencia artificial. Claro que no puede dejar de mencionar la inteligencia artificial cuántica, sin olvidar el tema de los “métodos experimentales que

generan pulsos de luz de attosegundos (atto segundo trillonésima parte de un segundo) para el estudio de la dinámica electrónica en la materia (Pierre Agostini; Ferenc Krausz y Anne L'Huillier), premios Nobel 2023 de Física. Bien, demasiado para mí por el momento.

EL RAZONAMIENTO JUDICIAL Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Por Juan Carlos QUIROZ FERNÁNDEZ*

1. La inteligencia artificial y sus mitos

No fue hasta la década de los 40, ya en el siglo XX cuando el estudio en Redes de Neuronas Artificiales cobró una fuerza que se ha ido incrementando hasta la actualidad, gracias al trabajo de varios científicos y de increíbles avances del hardware.

La Inteligencia Artificial (IA) no es una nueva tecnología sino la combinación de varias tecnologías asociadas provenientes del desarrollo de estudios de los algoritmos neuronales iniciados a partir de la década de los años 40 (Warren McCulloch y Walter Pitts [McCulloch and Pitts, 1943]).

Donald Hebb desarrolló posteriormente un procedimiento matemático de aprendizaje. Los estudios de Hebb sobre las neuronas y las condiciones clásicas de aprendizaje se describen en su libro *Organization of Behavior* [Hebb, 1949]⁴⁵³

Las décadas 70 y 80 han sido un período de desarrollo significativo desde varios campos de inteligencia artificial y hardware complementario. Se destacan como principales investigadores y científicos a (1972), Leon Cooper y su colega Charles Elbaum ((1973); Terence Sejnowski (1986); John Hopfield (1982); Bart Kosko (1987) entre muchos otros.

Sin embargo, se debe a los últimos años la asociación e integración de esas tecnologías, y no fue hasta la incorporación de la interface de lenguaje natural que permitió el acceso a esa tecnología a usuarios a nivel generalizado, sin conocimiento de un lenguaje formal.

* Abogado, profesor de Derecho Procesal Civil y Comercial Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

⁴⁵³ Viñuela, Pedro Isasi; Galván León Inés M.; *Redes Neuronales Artificiales, Un enfoque práctico*, Universidad Carlos III de Madrid; Pearson Prentice Hall, Madrid, 2004, p. 18.

Ahora, cualquier usuario puede interactuar con una plataforma de IA mediante el uso del lenguaje que utiliza a diario para comunicarse y obtener respuestas en las distintas áreas del conocimiento humano con la rapidez y aparente eficiencia superior a cualquier intelecto humano.

Dicho estado del sistema de IA, ha provocado algunas reacciones sobre esta tecnología. Ha sido ampliamente difundido el caso conocido como “AVIANCA⁴⁵⁴” traído al conocimiento generalizado por Benjamín Weiser⁴⁵⁵, respecto del uso de Chat Gpt para la elaboración de una demanda judicial presentada plagada de citas de precedentes falsos e inventados.

Una acción colectiva presentada por Jonathan Faridian, (*Jonathan Faridian, individually and on behalf of others similarly situated, Plaintiff, v. Donotpay, Inc., a Delaware corporation, Defendant*)⁴⁵⁶ pretende hacer cesar los servicios de *Robot Lawyer* de Do Not Pay que proporciona servicios legales a miles de clientes sin poseer la licencia exigida a los profesionales del derecho.

En febrero de 2023, el asistente legal de IA ayudaría a un acusado a defenderse en un caso de exceso de velocidad en la corte⁴⁵⁷, la IA está configurada para decirle al acusado exactamente qué decir y cuándo durante todo un caso judicial.

El robot escucharía a través de un smartphone todo lo que se diga en la sala y, tras haberlo analizado, sugeriría al acusado, conectado a través de un auricular, de qué manera responder.

La difusión de estas tecnologías ha desencadenado una serie de especulaciones respecto a la sustitución de la actividad intelectual humana por sistemas de IA, cuyo desempeño, superaría a la inteligencia humana y con ello pondría en peligro la existencia misma de la especie.

Sin embargo todo indica que esas premociones se encuentran, por el momento, carentes de evidencia científica.

⁴⁵⁴<https://www.courtlistener.com/docket/63107798/mata-v-avianca-inc/>

⁴⁵⁵Benjamin Weiser es un reportero de The New York Times que cubre los tribunales federales de Manhattan: “*Esto es lo que sucede cuando su abogado usa ChatGPT*”, 27/05/2023.

⁴⁵⁶<https://www.classaction.org/media/faridian-v-donotpay-inc.pdf>

⁴⁵⁷<https://www.newscientist.com/article/2351893-ai-legal-assistant-will-help-defendant-fight-a-speeding-case-in-court/>

2. La irrupción de los algoritmos neuronales

Un algoritmo es la descripción unívoca y finita de la secuencia de acciones a ejecutar para resolver un problema⁴⁵⁸. El algoritmo no hace, sino que describe (relata, cuenta) lo que se debe hacer, luego de ejecutada una determinada acción, la siguiente está indicada sin ambigüedades. No es un algoritmo una secuencia de acciones en donde la alternativa a ser ejecutada no está determinado a través de un criterio preciso.

La secuencia de acciones debe finalizar en algún momento, cuando el problema esté resuelto. Una secuencia de acciones que podría llegar a ejecutarse indefinidamente, no es un algoritmo.

La IA tiene desarrollo a partir de la **computación neuromórfica**, a veces denominado **ingeniería neuromórfica**, que representa un método de ingeniería informática en el que los elementos de una computadora se diseñan a **partir de los sistemas del cerebro y del sistema nervioso humano**.

La tecnología comprende el diseño de elementos informáticos tanto de hardware como de software.

La ingeniería neuromórfica solo puede concebirse a través de una visión multidisciplinaria en donde intervienen disciplinas tales como la informática, la biología, las matemáticas, la ingeniería electrónica y la física, para crear sistemas neuronales artificiales inspirados en estructuras biológicas.

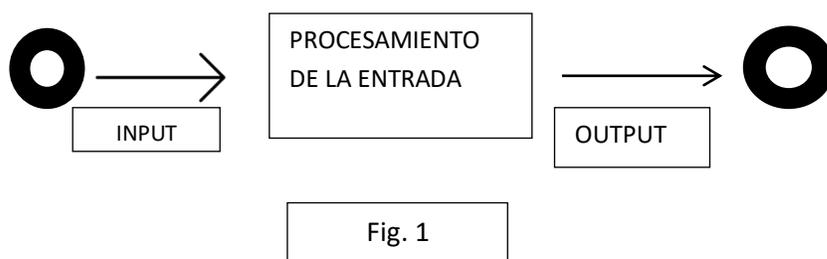
Aunque no existe una definición unívoca, sin embargo existe consenso que la Inteligencia Artificial (IA) es el resultado de la “combinación de varias tecnologías que agrupa datos, algoritmos y capacidad informática”⁴⁵⁹.

Desde hace varias décadas utilizamos herramientas informáticas para tareas vinculadas al servicio de justicia. Usando algoritmos lineales, y utilizando el lenguaje natural es posible que un algoritmo lleve a cabo ciertas funciones con un propósito concreto.

⁴⁵⁸ <http://www.morchio.com.ar/algoritmos/apuntes/AlgoritmosLineales.pdf>

⁴⁵⁹ Ver <https://eur-lex.europa.eu/legal-ontent/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0795> (Comunicación de la Comisión Al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité e las Regiones Plan coordinado sobre la Inteligencia Artificial)

Los abogados accedemos a una gran cantidad de información procesada y seleccionada bajo ciertos criterios de necesidad. Un algoritmo se ocupa de revisar una gran cantidad de información registrada en bases de datos y extrae la información según su grado de relevancia, inclusive si la solicitud contiene cierto grado de imprecisión del lenguaje técnico jurídico utilizado para su búsqueda. También nos informa las fuentes desde donde se extrajo la información (base de datos e identificación de los casos desde los cuales se los extrajo). Estos algoritmos se denominan algoritmos lineales” (ver figura 1).



En cambio, los algoritmos neuronales son capaces de un aprendi-zaje automatizado, el método se basa en el procesamiento de “datos de entrenamiento” para automatizar comportamientos relacionados con la predicción, la planificación, el aprendizaje, la comunicación la creación, generación y producción de respuestas.

La parte más importante de una Red de Neuronas Artificiales es el aprendizaje. El esquema de aprendizaje de una red es lo que determina el tipo de problemas que será capaz de resolver.

Las Redes de Neuronas Artificiales son sistemas de aprendizaje basados en ejemplos. La capacidad de una red para resolver un problema estará ligada de forma fundamental al tipo de ejemplos en el proceso de aprendizaje.

Pero ello no significa que ese aprendizaje deba continuar de manera indefinida, el sistema debe evitar la redundancia de información y determinar cuando los datos ingresados son suficientes para crear un patrón eficiente que le permita dar respuestas a una generalidad de problemas.

Sin embargo, los componentes del conjunto de aprendizaje deberán propender a la diversidad. Si un conjunto de aprendizaje tiene muchos más ejemplos de un tipo que del resto, la red se especializara en dicho subconjunto de datos y no será de aplicación general.

La estructura de una red neuronal multicapa se encuentra graficada en la figura Nro. 2.

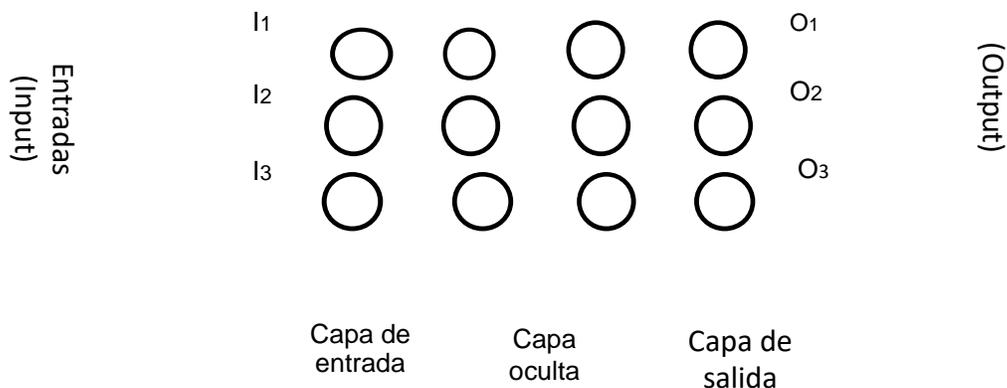


Fig. 2. Gráfico de red neuronal totalmente conectada

La misma está constituida por neuronas interconectadas y arregladas en tres capas (esto último puede variar según el diseño de la red).

Los datos ingresan por medio de la “capa de entrada” (neuronas receptoras) pasan a través de la “capa oculta” y salen por la “capa de salida”.

Las capas ocultas puede estar constituida por varias capas y cada capa por una cantidad determina de neuronas previamente definidas por el diseñador.

No existe apriorísticamente un método o regla que determine el número óptimo de neuronas ocultas para resolver un problema dado. En la mayor parte de las aplicaciones prácticas, estos parámetros se determinan por prueba y error.

Partiendo de una arquitectura ya entrenada se realizan cambios aumentando y disminuyendo el número de neuronas ocultas y el número de capas hasta conseguir una arquitectura adecuada para el problema a resolver.

Si bien el número de neuronas ocultas puede influir en el comportamiento de la red, en los sistemas multicapas el número de neuronas ocultas no es parámetro significativo en la capacidad de la red.

El sobre aprendizaje que provocan una dificultad en la generalización (elaboración de patrones) debido a un número elevado de ciclos de aprendizaje, puede generarse por una cantidad de neuronas de entrada con excesivo ejemplos.

La utilización de muchas neuronas ocultas puede provocar que la red se ajuste al ruido de los patrones impidiendo así la generalización óptima, también puede conducir a una escasa capacidad de generalización de la red.

En estos casos, la red tiende a ajustar con mucha exactitud los patrones de entrenamiento, lo cual evita que la red extraiga la tendencia o las características del conjunto de entrenamiento.

3. Las redes neuronales artificiales frente a los sistemas convencionales

Los computadores tradicionales operan secuencialmente porque solo tienen una unidad de proceso. Construir computadores con varias unidades de proceso es muy costoso y complejo.

Por otro lado, para utilizar la capacidad de proceso de estos computadores los problemas deben poderse dividir fácilmente en tareas independientes capaces de ejecutarse simultáneamente en cada una de las unidades de proceso del computador paralelo.

Las redes de neuronas artificiales (sobre cuya plataforma se desarrolla la IA) no son programadas, aprenden a partir de ejemplos. Normalmente, a una red de Neuronas artificiales le presentamos una serie de patrones ejemplo de los cuales ella debe aprender. Estos ejemplos o patrones de entrenamiento, vienen representados por vectores y pueden ser obtenidos de fuentes de imágenes, sensores, movimientos del brazo de un robot, etc.

Las redes neuronales artificiales comienzan con ejemplos de entradas y salidas y aprenden a producir la salida correcta para cada entrada, ello dependerá de la cantidad de ejemplos con los que cuente y los ciclos de aprendizaje a que someta esa capa de entrada; en un programa de computador, por el contrario, cada paso que el computador ejecuta debe ser anteriormente especificado por el programador.

En los sistemas tradicionales la información está almacenada en unas posiciones fijas de memoria⁴⁶⁰, lo que se conoce como la separación entre “memoria” y “calculo”. En las redes de neuronas artificiales existe una distribución de esa información a través de la red, ello permite que una destrucción parcial del sistema no impida reorganizar y recuperar la información dispersa en la red, algo similar con la tolerancia a fallos de nuestro propios sistema neuronal, también la velocidad de procesamiento se incrementa significativamente.

La IA generativa puede crear textos, audios, imágenes, videos u otros medios sobre la base del aprendizaje de los patrones y la estructura de sus datos de entrenamiento de entrada y luego generan nuevos datos que tienen características similares.

Esos patrones se generan a partir de los ejemplos que se provee el sistema a través del acceso a bases de datos.

Uno de los conjuntos de datos utilizados para entrenar la IA resulta ser el Colossal Clean Crawled Corpus (C4) de Google⁴⁶¹, cuyos datos provienen de más de 15 millones de sitios web.

Si se analiza el top 10 de dominios de los que se extraen datos para entrenar los modelos de lenguaje de IA, siete de ellos son portales de noticias (entre ellos, los sitios online de *The Guardian*, *Huff Post* o el propio *Washington Post*), pero en las primeras posiciones está el dominio de patentes de Google, Wikipedia y Scribd.

Sin embargo las plataformas de IA, que intentan acceder a bases de jurisprudencia, por ej., sin las debidas licencias han sido demandas para evitar que a través de una suscripción privada, la base de datos sufra una demanda inusitada de datos, poniendo en peligro sus funcionamiento y afectando, además, el carácter oneroso del acceso a sus compilaciones⁴⁶².

⁴⁶⁰ IBM Reserch ha presentado recientemente un prototipo de chip (NorthPole) en donde toda la memoria está en el propio chip en lugar de conectarse por separado, ello representa un ahorro de energía considerable una velocidad de procesamiento significativamente más eficiente, evitando el “cuello de botella” (Von Neumann) que representa la separación entre memoria y procesamiento.

⁴⁶¹La C4 es una base generada por Common Crawl, una organización sin fines de lucro que rastrea Internet periódicamente para compilar información

⁴⁶²En mayo de 2020, Thomson Reuters y West Corporation, propietarios de Westlaw, demandaron a ROSS para utilizar su contenido para crear su propio producto de investigación legal. Los demandantes explicaron que ello fue posible porque ROSS contrató a Legal Ease, un tercero, que tenía una licencia de uso limitada sobre Westlaw, para que le distribuyera dicho contenido en grandes cantidades. Lo anterior, implicó un quebrantamiento del contrato de servicio celebrado entre Westlaw y Legal Ease, ya que este último no podía transferir información de Westlaw en forma masiva a terceros (<https://medium.com/@lc.olarte10/el-futuro-de-la-informaci%C3%B3n-legal-en-estados-unidos-westlaw-v-ross-5705d952b400>)

4. Las redes neuronales biológicas y la ia neuronal

La conectividad entre las células del cerebro es muy elevada. Se calcula que en cada cerebro existen alrededor de 100.000 millones de neuronas conectadas cada una de ellas con alrededor de 1000 a 10.000 células, lo cual forma una red de una dimensión significativa.

Un dispositivo electrónico de características similares que pueda competir o incluso, como se especula, superar a la capacidad de la inteligencia humana es imposible de pensar con la tecnología actual.

Esta es una de las grandes limitaciones que tienen los sistemas artificiales existentes hoy en día.

Los sistemas nerviosos en general son altamente paralelos, esta característica permite que, con una velocidad de señal relativamente baja el cerebro pueda reaccionar con rapidez ante la necesidad de tomar decisiones, dichas decisiones extraordinariamente complejas de resolver en tiempo real, incluso para las computadoras actuales.

La capacidad de almacenamiento de un sistema biológico es muy grande, pero limitada, por ello la organización de la información en sectores que luego de un tiempo sin estímulo queda relegada es esencial para que no colapse el sistema y porque además la información irrelevante o redundante afecta a la optimización del sistema neuronal.

La comparación con la complejidad de las sinapsis biológicas es impensada respecto de las redes artificiales, los puntos de interconexión de las redes biológicas tienen miles de componentes y de procesos activos de propagación de los impulso electro-químicos formando una malla de conexiones muy densa sin estructura aparente, y variable con el tiempo⁴⁶³.

En las Redes de Neuronas Artificiales tienen conexiones relativamente simples (por capas, interconectadas todas con todas, auto asociativas, etc.).

En los Sistemas Biológicos la información de las células receptoras se propaga por medio de impulsos electro-químicos que al llegar a las células, dependiendo de su

⁴⁶³Viñuela, Pedro Isasi; Galván León Inés M.; *Redes Neuronales Artificiales*, op. cit, p. 15

intensidad y de una serie de actores fisiológicos de las neuronas, producirán una serie de reacciones en estas.

Los sistemas biológicos producen patrones (generalizaciones) temporales de forma continua, ello se debe a que los impulsos celulares se reciben en cualquier momento, de forma que el funcionamiento de los sistemas biológicos se puede calificar como de totalmente asíncrono, ello permite la reconfiguración de la red en cualquier instante de tiempo, debiéndose agregar también que las Redes de Neuronas tienen la propiedad de poder aprender, a partir de unas pocas presentaciones de patrones en un pequeño período de entrenamiento.

En las Redes de Neuronas Artificiales normalmente convergen muy lentamente. y pueden necesitar de cientos o miles de presentaciones de patrones para llegar a realizar una generalización aceptable.

El sistema neurológico está preparado para ejecutar y aprender tareas de tipos muy diversos, no existe, a priori, un grupo de propósitos especiales excluyentes, para los cuales ese sistema se encuentre preparado, las plataformas de IA, y la red neuronal que la integra se desarrollan para ejecutarse en un arco determinado del saber humano, no existe una red artificial preparada para un aprendizaje universal.

Las neuronas biológicas no son circuitos de umbral lógico, porque hay miles de entradas variables en la mayoría de las neuronas y el umbral es variable con el tiempo, siendo afectado por la estimulación, atenuación, etc.

La precisión y estabilidad de tales circuitos biológicos no es suficiente para definir ninguna función booleana⁴⁶⁴. Las neuronas que componen la red neuronal no son biestables, por ello debe admitirse que el cerebro es una computadora analógica.

La pérdida de neuronas biológicas resulta, en principio irreversible, son células que no pueden multiplicarse, sin embargo, estudios actuales han revelado que en el cerebro existen células madre neurales que tienen la capacidad de diferenciarse en neuronas, reemplazando las que pueden morir a lo largo de la vida, por su escasez resultan

⁴⁶⁴ El álgebra de Boole provee las operaciones y las reglas para trabajar con el conjunto $\{0, 1\}$. Los dispositivos electrónicos pueden estudiarse utilizando este conjunto y las reglas asociadas al álgebra de Boole. Las tres operaciones utilizadas más comúnmente son complemento, suma booleana (OR) y producto (AND).

insuficientes para reparar el daño totalmente, y por eso se padecen ciertas enfermedades irreversibles⁴⁶⁵.

Desde esta simplificada comparación puede concluirse, que en el estado actual, no es posible sostener que la IA, resulte una tecnología que supere a la inteligencia humana al punto de inferir que el mundo será dominada por ésta.

Ello no importa desconocer que la automatización y velocidad de procesamiento ha sido fundamental para el avance de ciertas tecnologías y nuevos descubrimientos⁴⁶⁶.

5. Aplicaciones tradicionales de la IA

a) **Función predictiva:** La predicción del comportamiento de una serie temporal es un objetivo importante en muchas áreas de aplicación, como ser la física, la biología, el derecho, los negocios, etc.

En el campo del derecho, poder predecir con alguna precisión la evolución de una incapacidad física no definitiva indemnizable permite ajustar los parámetros compositivos sobre bases fiables, abandonando criterios de extrema generalidad y subjetividad que atenta a la calidad del servicio de justicia.

Asimismo, la posibilidad que los justiciables pueden contar con los criterios generales de resolución de ciertas categorías de conflicto permite despejar la idea generalizada de la imprevisibilidad de los resultados de un proceso judicial.

b) **Función de clasificación automática.** La clasificación constituye una condición para desarrollar una tarea organizada y automatizada.

Existen muchas áreas del derecho en donde la clasificación y el agrupamiento resulta primordial para la resolución de un conflicto, v.gr., para la asunción de una competencia en razón de la materia del caso, es necesario clasificar los casos; la necesidad

⁴⁶⁵<https://www.conicet.gov.ar/realizan-un-nuevo-descubrimiento-sobre-la-regeneracion-de-neuronas/>

⁴⁶⁶Gracias a los recientes avances en inteligencia artificial, es posible ahora predecir con gran precisión las estructuras tridimensionales de proteínas diana de alta complejidad. Un paso muy importante significó AlphaFold2, el sistema de IA creado por la empresa londinense DeepMind (propiedad de Google desde 2014), que permitió definir rápidamente diferentes estructuras proteínicas del SARS-CoV-2, un virus sobre el que se disponía de muy poca información hasta hace solo unos meses, ello permitió generar una vacuna en tiempo récord.

de abordar ciertas requerimientos judiciales con preferente despacho, requiere en primer término clasificar el caso como de atención urgente.

La experiencia ha evidenciado que esa tarea a cargo de personas especializadas, además del tiempo significativamente superior, representa un grado de imprecisión comparativamente destacable en relación a los sistemas automatizados.

Por otro lado, los sistemas de clasificación automatizada tienen la ventaja de que toman decisiones basándose únicamente en la información existente, pasando por alto datos irrelevantes pero que pueden interferir en una decisión que se espera sea justa y no sobre la base de criterios puramente subjetivos.

6. La IA y la intuición cognoscitiva en la actividad decisoria

Se acepta que para identificar las características fundamentales del razonamiento judicial y de la motivación, es necesario hacer referencia a modelos estructurales abiertos, por la imposibilidad de restringir el fenómeno dentro de esquemas rígidos y omnicomprendibles, postulando la necesidad de que el modelo tolere integraciones y modificaciones sin que ese carácter estructural implique asimilarlo a un esquema puramente lógico⁴⁶⁷.

En ésta concepción “racionalista” la coexistencia de elementos lógicos y no lógicos no le quita el carácter racional de la decisión judicial, pues se trata, se afirma, de una racionalidad intrínseca del procedimiento de decisión, y que en la medida en que el juez esté en condiciones de presentar su elección como “la mejor” consecuencia de premisas y reglas de juicio la elección es también racional en la medida en que sean racionales los procedimientos argumentativos expresados en el discurso que constituye la motivación de la decisión⁴⁶⁸.

En las doctrinas conocidas como de silogismo judicial se parte del presupuesto de que la motivación fuese o debiera ser, el resultado fiel y orgánico de la vía seguida por el juez para llegar a la decisión.

⁴⁶⁷Taruffo, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, Trad. Lorenzo Córdova Vianello, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p.208

⁴⁶⁸Taruffo, Michelle, op. cit. p. 212.

Sin embargo la escuela del realismo jurídico niega, a partir de premisas de carácter pragmático, que el juicio descienda de un procedimiento lógico en el cual sea posible individualizar de manera unívoca las reglas que vinculan las premisas con la conclusión y, ponen en primer plano, los elementos extra lógicos que inciden sobre la formación de la decisión.

Una vertiente de la escuela irracionalista de la teoría de la decisión judicial se delineó a partir de categorías filosóficas extrañas a las construcciones de modelos lógicos poniendo énfasis en la base del juicio jurídico una elección de naturaleza intuitiva, cuyo desarrollo y principal expositor en Italia fue Carnelutti⁴⁶⁹ que tuvo amplia repercusión en el pensamiento procesalista de Italia.

Una visión aún más acentuada puede encontrarse en la escuela denominada como “irracionalismo ingenuo” que parte de la negación de la estructura del decisorio judicial, en esa concepción la decisión del juez pueda no derivar lógicamente de premisas determinadas, sino que puede ser intuita y creada por el juez a partir de ciertas categorías de extrema generalidad (v.gr, “sentido de justicia”, “intuición jurídica”, etc.).

Así entonces esa teoría aparece como innecesaria en una consideración de mayor profundidad y desarrollo relegándola a visiones enigmáticas y recónditas.

A partir del siglo XX y específicamente con el advenimiento y desarrollo de la psicología cognitiva, el estudio de la intuición fue más detallado y ha habido más interesados en el área.

Así entonces éste mecanismo cognoscitivo aparecería sin necesidad de alguna técnica creativa (Edward De Bono, 1992, *“El pensamiento creativo”*), regido por las emociones resultaría experimental y automático y muchas veces más sensato que lo racional (Seymour Epstein), permitiendo una elección que tenga mayor sentido para ser aplicada en situaciones sumamente complejas.

Para Malcolm Gladwell (2005, *Inteligencia intuitiva*) la toma decisiones más que basarse en grandes cantidades de información o en el empleo generoso del tiempo

⁴⁶⁹ CARNELUTTI, F. -*Derecho Procesal civil y penal*, II, “Principios del proceso penal”, traducción Santiago Sentís Melendo, EJE, Buenos Aires 197, pp. 247 y 274. Una de las frases que se le atribuyen en esta materia es la siguiente “*Es el juez, no el legislador quien tiene ante sí al hombre vivo, mientras que el “hombre” del legislador es desgraciadamente una marioneta. Y sólo el contacto con el hombre vivo y verdadero, con sus fuerzas y sus debilidades, con sus alegrías y sus sufrimientos, con su bien y su mal, puede inspirar esa visión suprema que es la intuición de la justicia*”

deliberando en torno a esta información se basa en la capacidad de filtrar y seleccionar de manera acertada aquellos factores determinantes en medio de agobiante cantidad de variables con las que usualmente se enfrentan las personas⁴⁷⁰.

Todas estas visiones favorables a la inteligencia intuitiva parten de la aceptación de la inteligencia como método útil para la resolución de problemas complejos, partiendo de un conocimiento base que acelera la decisión de manera inconsciente.

Se debe al médico y neurocientífico científico español Ramón y Cajal la demostración de que el sistema nervioso estaba formado por fibras y células nerviosas que estaban contiguas, de forma independiente, y no continuas como ocurre con sistema circulatorio como se creía hasta entonces⁴⁷¹.

Ese descubrimiento permitió comprender mejor ciertas funciones cognoscitivas, especialmente las relacionadas con respuestas inmediatas del sistema neuronal frente a la necesidad de resolver problemas complejos de variables significativas.

Ciertas capas ocultas profundas del sistema neuronal (capas de procesamiento) poseen la virtud de aprendizaje permanente y con capacidad de respuesta inmediata, en donde, el íter de razonamiento, no consciente, genera la apariencia de tratarse de respuesta fundas en mecanismo extra racionales.

Tampoco debe pensarse, por ausencia de evidencia, que ese sistema de procesamiento de la información se funda en un sistema de razonamiento por salto de pasos, y que en consecuencia la respuesta rápida proviene de la ausencia de un mecanismo de razonamiento completo.

Existe consenso en cuanto a que esas capas neurológicas (profundas) pueden generar respuesta de patrones a partir de una limitada cantidad de ejemplos, lo que no representaría, necesariamente, una debilidad en la certeza de las respuestas.

Ese tipo de conocimiento ha sido desde hace tiempo calificada como simple intuición, y con ello, poco fiable.

⁴⁷⁰Corrales Navarro, Elizabeth; *La intuición como proceso cognitivo*, Revista Comunicación, vol. 19, núm. 2, agosto-diciembre, 2010, pp. 33-42 Instituto Tecnológico de Costa Rica, Cartago, Costa Rica, version PDF en <https://www.redalyc.org/pdf/166/16620599006.pdf>

⁴⁷¹Santiago Ramón y Cajal(1852-1934). Médico español que obtuvo el Premio Nobel en 1906 por descubrir los mecanismos que gobiernan la morfología y los procesos conectivos de las células nerviosas, una nueva y revolucionaria teoría que se empezó a ser llamada la «doctrina de la neurona».

Los estudios actuales de neurociencia tienen otra visión y así entonces, la intuición consistiría en un mecanismo cognoscitivo diverso resultado de la neuromorfología del sistema cerebral y que lo diferencia de los sistemas neuronales artificiales que carecen de ésta estructura de procesamiento.

El razonamiento judicial utiliza la intuición más de lo que se pudiera pensar, desde la recepción del escrito introductorio se ensayan soluciones, se predispone el desarrollo del proceso de acuerdo a lo se espera será la solución del caso.

Se trata de una visión intuicionista a priori, que como recurso racional no resulta suficiente dado el principio de legalidad que rige a los sistemas del *civil law* y, en consecuencia, no debe primar sobre otros mecanismos de control externo del proceso intelectual del decisorio.

Cuanto del proceso de razonamiento lógico, en realidad parte de un conocimiento intuitivo exteriorizado bajo la apariencia de un razonamiento silogístico es una cuestión que aún debe profundizarse.

7. La emulación de la función jurisdiccional

La función jurisdiccional representa un desafío articulado de actividades estatales e intervenciones privadas, la multiplicidad de casos similares y el volumen de casos, implican la necesidad de recurrir a la tecnología digital de automatización de tareas, hay ejemplos de su utilización con ventajas comparativas.

Pero una tecnología pretende emular la actividad intelectual humana, elaborando y produciendo archivos como producto de elaboración inteligente a partir de una variada gama de información que se da por verdadera sin ningún cuestionamiento.

Hay algunas experiencias que no debieron haber ocurrido sin una comprensión exacta de lo que significa cierta tecnología de IA⁴⁷², como lo es el caso del juez colombiano que reconoció en su sentencia que la misma era la respuesta que le había brindado el Chat GPT, frente al interrogante de si: “¿Menor autista está exonerado de pagar cuotas moderadoras en sus terapias?”.

⁴⁷²<https://www.ambito.com/mundo/inteligencia-artificial/polemica-colombia-un-juez-que-uso-chatgpt-una-sentencia-n5643297>

Más allá de la complejidad del razonamiento jurídico y sus elementos motivacionales cuyos estudios aún no cuentan con conclusiones finales y aceptados con cierta generalidad, lo alarmante del estado de casos es que los usuarios no han sido lo suficientemente alertados que ciertas tecnologías generativas no aseguran resultados certeros, confirmados, y evaluados previamente respecto de su fiabilidad

La plataforma, “tiende a arrojar resultados incorrectos, imprecisos y falsos, no distingue realidad de ficción. De hecho la herramienta así lo advierte cada vez que uno ingresa para hacer consultas⁴⁷³” afirma Juan David Gutiérrez de la Universidad del Rosario, de Bogotá⁴⁷⁴ al analizar la sentencia dictada a través del uso de Chat GPT.

Sin embargo, no debe perderse de vista que la parte más importante de una Red de Neuronas Artificial es el aprendizaje. El esquema de aprendizaje de una red es lo que determina el tipo de problemas que será capaz de resolver. Las Redes de Neuronas Artificiales son sistemas de aprendizaje basados en ejemplos. La capacidad de una red para resolver un problema estará ligada de forma fundamental al tipo de ejemplos de que dispone en el proceso de aprendizaje⁴⁷⁵.

Ello permite inferir que el avance tecnológico de éstas plataformas constituirán en el futuro una herramienta imprescindible comparable a la incorporación del procesador de textos para la elaboración de textos jurídicos.

8. La función jurisdiccional - discrecionalidad y creatividad judicial

Históricamente el tribunal de justicia se concibe como órgano ejecutivo de la competencia legislativa y la metódica jurídica como simple deducción⁴⁷⁶, que no admite desviaciones, “el apego a la ley”, antes que la justicia del caso concreto.

⁴⁷³<https://www.connectas.org/inteligencia-artificial-lo-mejor-y-lo-peor-que-nos-ha-pasado/>

⁴⁷⁴https://twitter.com/JuanDGut/status/1620571579871809536?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweet%7Ctwterm%5E1620571579871809536%7Ctwgr%5Ee48ea928e576885cc635d7636826bc284a3666eb%7Ctwcon%5Esl_&ref_url=https%3A%2F%2Fwww.dw.com%2Fes%2Fresuelven-en-colombia-el-primero-caso-jurC3ADdico-con-la-ayuda-de-robot-chatgpt%2Fa-64597510

⁴⁷⁵Redes de Neuronas Artificiales, Un enfoque práctico, Pedro Isasi Viñuela Inés M. Galván León, Departamento de Informática Universidad Carlos III de Madrid, Pearson Educación. S.A.. Madrid, 2004, P.22

⁴⁷⁶Luhmann, Niklas; “El derecho de la sociedad”, “El lugar de los tribunales en el sistema de derecho”, México, Herder, Universidad Iberoamericana, 2006, p.364/365.

Esta noción solo pueda ser aceptada si se concibe un sistema positivo de una sistemática infranqueable, de expresiones y descripciones de claridad y precisión inobjetable y que, por consiguiente, no permiten una o más interpretaciones, sino una sola que coincide con la voluntad del legislador.

A diferencia de la legislación, la jurisdicción busca la actuación de la voluntad de la ley a través de decisiones solo aplicables a la naturaleza individual del conflicto, el que aparece, en su gran mayoría, plagado de sinuosidades y variables que requieren, su verificación probatoria y calificación legal dentro de un esquema general y abstracto. La dinámica de la realidad, y los conflictos que de ello se derivan, no encuentran siempre previsión en el derecho vigente, o bien, el mismo no resulta del todo ajustado para zanjar la controversia individual, por exceso o por defecto de los hechos anticipados en la hipótesis normativa.

Un caso frecuente se presentaría en aquellos en donde la norma –aplicable– contiene una o más expresiones de textura abierta⁴⁷⁷, es decir contiene una o más expresiones lingüísticas, vagas, ambiguas o indeterminadas⁴⁷⁸.

Estas deficiencias en la expresión de las normas⁴⁷⁹ permitirían, en la concepción *hartiana*, la adopción de una solución discrecional, pero Hart se preocupa en distinguirse del realismo jurídico, al advertir que esa discrecionalidad no puede ser dogmática, absurda, sin fuente argumentativa, ya que esa función creativa pareciera tener al menos dos limitaciones posibles.

La primera de ellas provendría de la existencia de otras normas y precedentes judiciales aplicables por vía de remisión analógica, y por la imposibilidad de adoptar, entre las soluciones posibles, una que contravenga los principios procesales básicos.

La segunda limitación deriva de la verificación de la existencia de ciertas virtudes que caracterizan a la función jurisdiccional. “Estas virtudes son: imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los

⁴⁷⁷Hart, Herbert L. A.; “*El concepto del derecho*”, 3ª ed, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 159.

⁴⁷⁸La concepción de los conceptos jurídicos indeterminados fue desarrollada por la dogmática alemana, partir de la célebre polémica entre Bernatzik y Tezner (Urrutigoity, Javier, “La reducción de la discrecionalidad y los conceptos indeterminados”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Sección Doctrina, Año 393, junio 2011, p. 7.

⁴⁷⁹Un ejemplo de la ésta hipótesis lo constituiría una norma que prohíba la circulación de vehículos en el micro centro de la ciudad, quedando pendiente la aclaración de si la misma comprende tanto a automotores como a bicicletas.

afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada para la decisión”⁴⁸⁰.

La discrecionalidad en los casos difíciles es un tema aún por profundizar.

Por otro lado, la especialización y la experiencia en resolver casos complejos, puede tornar a dicha tarea en una labor asequible para el experto.

La complejidad no puede ser asimilado, sin más, a casos difíciles, la complejidad tiene que ver con a la necesidad de resolver un problema por etapas, discernir las unidades diferenciadas a ser tratadas antes que la cuestión central.

En otros términos, la complejidad del caso, deriva de la descripción y composición interna de los hechos sobre los cuales se debe escrudiñar su verificación, coincidencia con la realidad, su estructura, unidades intermedias y su calificación legal.

Se trata de supuestos, en donde la estructura de trabajo y abordaje del caso requiere adaptaciones.

Se exige un trabajo por ciclos de solución con elementos estructurales comunes. En estos casos no se busca inicialmente obtener la conclusión de un silogismo simple, sino de ir logrando conclusiones parciales que permitan simplificar el problema.

En los casos que se está analizando se requiere cierta libertad para decidir qué principio o política en lugar de otro se debe aplicar, un espacio para la discrecionalidad en el que los procesos de decisión del juez no están o no pueden estar mecánicamente predeterminados por la legislación vigente⁴⁸¹.

La discrecionalidad así adjudicada, sin embargo, se encuentra condicionada a un contexto profesional, a una tradición intelectual y moral compartida en la comunidad profesional donde se ejerce la jurisdicción, según Kronman.

Cabe recordar que la CSJN reconoce, la discrecionalidad judicial razonable en base a la existencia de legislación que denota cierta amplitud en la apreciación y valoración, siempre y cuando la misma no se aparte de los principios y límites dispuesto por la ley y las circunstancias de la causa.

⁴⁸⁰Hart, H.L.A.; El concepto del derecho, op. cit., p. 253.

⁴⁸¹Anthony T. Kronman;” El problema de la discrecionalidad judicial”, Revista sobre enseñanza del derecho, Año5 – N° 10- 2007, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2008, p.96.

De modo tal que las pautas que el juez de la causa estime prudentes, deben considerar criterios económicos objetivos de ponderación de la realidad, evitando que la discrecionalidad judicial pueda convertirse en arbitrariedad ⁴⁸², por ejemplo, si solo se funda en las "circunstancias del caso particular" y el "prudente arbitrio y criterio judicial"⁴⁸³.

Desde hace tiempo se remarca que las funciones del proceso y de la actividad jurisdiccional no se restringen exclusivamente a la solución del caso individual, esa instrumentalidad, se afirma, se encuentra pre-ordenada a diferentes objetivos estatales confiados a él (jurídicos, sociales, políticos)⁴⁸⁴.

En los casos urgentes de vulnerabilidad social, de afectación de derechos fundamentales desatendidos, el conocimiento efectivo de los hechos, con motivo de la actuación de la jurisdicción, debe ser suficiente para una tutela judicial eficaz, diferenciada; la exigencia del principio de congruencia, para la actuación de la justicia contraviene el fin instrumental del proceso. Esa es una tarea que exige, una propensión especial a la justicia del caso concreto, a la creatividad espontánea.

Igual a la regla de plomo de que se sirven en la arquitectura de Lesbos; la cual, como es sabido, se amolda y se acomoda a la forma de la piedra que mide y no queda rígida; pues de este modo el decreto especial se acomoda a los diversos negocios que se presentan. Este es el hombre equitativo; y esta disposición moral, esta virtud, es la equidad, que es una especie de justicia y no una virtud diferente de la justicia misma"⁴⁸⁵.

9. La decisión judicial y los algoritmos decisionales

El acto judicial, es creación normativa, desde ya que distinta a la que elabora el legislador. La norma de conducta individual, es el resultado de una elaboración compleja, aún en los "casos fáciles".

⁴⁸² CSJN, Fallos: 303:960; 305:1815; 307:862; CSJN, 12/11/1981, Marrone, Roberto v. Egom S.C.A.

⁴⁸³ CSJN, Fallos: 306:749; CSJN, Fallos: 306:1825; CSJN, Fallos: 306:1825.

⁴⁸⁴ Dinamarco, Candido Rangel; *A Instrumentalidade do Processo*, 15° edición, Ed. Malheiros, San Pablo, 2013.

⁴⁸⁵ Aristóteles; *Moral a Nicómaco*, libro quinto, capítulo X, De la equidad.

-Frente al caso concreto las plataformas de IA generativas solo miran hacia atrás, “hacia los precedentes judiciales que establecieron reglas jurídicas para casos con elementos de hecho similares⁴⁸⁶, así en cada paso del algoritmo agregará un resultado a la base a los patrones y a la estructura de sus datos y luego generan nuevos datos que tienen características similares a las entradas precedentes.

-Los algoritmos de tecnología no lineal, no miran el ámbito actual (el presente) cuando elaboran una predicción decisional, las circunstancias actuales y el contexto social modifican las decisiones y provocan el abandono de precedentes mantenidos por años. El mismo decisor que sostenía una tesis luego puede reconocer que un nuevo análisis del caso jurídico lo convencen de abandonar su posición. Las circunstancias particulares del caso y la experiencia de la aplicación de los precedentes permiten inferir que puede haber soluciones alternativas, opciones a lo que normalmente se sostenía como solución, La IA no es una herramienta para la evolución del derecho, ni para propender a la eficacia del proceso.

-La IA no mira en su elaboración decisional hacia el futuro. La CSJN, ha dicho que desde hace mucho tiempo, que la interpretación no puede prescindir de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad⁴⁸⁷.

Esta calificación del caso exige, señaló el Dr. Lorenzetti, *“una consideración que exceden el conflicto bilateral por tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados. Por esa razón, la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino y fundamentalmente, a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan”*.

⁴⁸⁶Lorenzetti, Ricardo Luis; *La Sentencia, Teoría de la decisión judicial*, Rubinzal-Culzoni, Sante Fe, 2022, p. 242

⁴⁸⁷ CSJN, Baliarda, José Luis y otro s/Inf. Ley 12906, Fallos: 302-1284; idem Fallos: 303-917; Fallos: 310-464; Fallos: 311-1925, entre otros.

Todos los hechos fisiológicos hablan a favor de las acciones de las neuronas como integradores analógicos, y la eficiencia de la sinapsis cambia de forma gradual, lo cual no es característico de sistemas biestables⁴⁸⁸.

Esta característica permite inferir la complejidad de la actividad intelectual frente al abordaje de un problema.

A diferencia de un programa de computación, instruido para resolver un problema concreto el sistema neuronal humano está preparado para resolver cualquier tipo de problema a partir de la generación de patrones y estructuras abstractas extraídas de cierta cantidad de información.

Las redes neurológicas artificiales pretender repetir éste mecanismo mediante cierta cantidad de capas neuronales artificiales, sin embargo no pueden integrar los billones y billones de células neuronales existentes en el cerebro humano.

Esto permite concluir que la inteligencia artificial integrará a la actividad humana con número de funciones automatizadas, sin embargo la posibilidad de sustituir a la actividad intelectual del operador jurídico resulta aún lejana, el aleccionador caso AVIANCA, ha sido solo un ejemplo de las dificultades de optar por un mecanismo artificial que sustituya la experiencia, la intuición, el conocimiento, y el talento creativo del juzgador.

⁴⁸⁸ Introducción a las redes neuronales aplicadas al control industrial, Manuel HectorOrtí del Toro Pablo Antonio Guinot Martínez, Centro Adscrito a la Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, Junio 2013, p. 8; versión PDF en: https://www.academia.edu/3500609/Redes_neuronales_conceptos_fundamentales_y_aplicaciones_a_control_autom%C3%A1tico

LOS PRINCIPIOS PROCESALES Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Por Eduardo SIRKIN*

1. Introducción

Es sabido que los *principios procesales* sirven de base previa al legislador; facilitan la labor comparativa y constituyen un instrumento de interpretación.-

Por lo tanto, las normas según la sociedad de que se trate, suelen reflejar conforme sus valores y consignas plasmas los mismos para esa sociedad en particular que varían según la cultura, la historia y circunstancias.

Los principios procesales, han sido el lema de varios de los Congresos Nacionales de Derecho Procesal y sintetizando: tenemos el de *contradicción* que permite expresar razones, formular descargo y tiene como base fundamental el *art. 18 de la C.N.* con las restricciones propias de las medidas cautelares y procesos ejecutivos; el de *preclusión* que conlleva la pérdida o consumación de facultades, cargas, actos y etapas en el proceso; el de *inmediación* que exige el deber de estar y participar activamente al magistrado y aplicar una facultad saneadora del proceso íntimamente ligado con la perentoriedad de los términos; el de *adquisición procesal*, tan remanido y por algunos colegas descartado, que implica que el proceso se apropia de todo elemento de juicio aportado por las partes, terceros –por pruebas- y el tribunal; el de *economía* que pretende mayor resultado, menor costo, con concentración de actos y diligencias, eliminando vicios y defectos depurando el proceso; el de *celeridad* complementario al de economía, uno de sus símbolos es la notificación por ministerio de la ley; caducidad de la instancia; sanciones por retardo de justicia a los magistrados, la apelación diferida; el de *concentración*, también complementario al de economía, intentando en la menor cantidad de actos y plazos encuadrar actos procesales, como el ofrecimiento de pruebas en los escritos de demanda, contestación, reconvención y su respuesta; apelación subsidiaria que acompaña al recurso de reposición; el de *eventualidad*, por el que se deben oponer o ejecutar todas las facultades que correspondan en el mismo estadio, como el caso de

* Abogado. Profesor Adjunto Consulto de Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho de la UBA. Subdirector del Departamento de Derecho Procesal de dicha Facultad. Profesor Honorario de la Universidad Abierta Interamericana. Director del Suplemento "La sección del Dr. Eduardo Sirkin" en elDial.

las excepciones previas; el de *subsidiariedad* para plantear a continuación de otro derecho invocado y evitar que por el de preclusión carezca en el futuro del derecho a invocarlo; el de *saneamiento* que brinda al juez la aplicación del principio “*iuria curia novit*” íntimamente ligado con el deber de fallar conforme art. 8 del C.C. y C.⁴⁸⁹ que no pueden dejar de lado so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, como normaba el art. 15 del C.C.⁴⁹⁰; *probidad y buena fe*, con un retorno a la moral procesal, sanciones por malicia y temeridad, convalidación de nulidades procesales; el de *legalidad de las formas* por el cual los sujetos procesales no pueden convenir libremente requisitos de tiempo, forma y lugar de los actos procesales; a los que agrego *los que rigen en los procesos de familia*; gratuidad y acceso a la Justicia; la publicización de los procedimientos; la inmediación, oralidad, privacidad y acentuación en la función conciliadora; el de la cooperación interdisciplinaria; el de la *perpetuatio jurisdictionis*, etc. los que aunados a la postura avanzada y aplicable de la *doctrina de las cargas probatorias dinámicas* por las que la carga de la prueba recae en la parte que está en mejor situación de aportar para el esclarecimiento de la verdad, lo que podrá ser aplicado por el juez en el momento del dictado de la sentencia, al igual que considerar la conducta de las partes en el proceso.⁴⁹¹

⁴⁸⁹C.C.y C. ARTÍCULO 8º.- Principio de inexcusabilidad. La ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico.

⁴⁹⁰C.C. Art. 15.- Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes.

⁴⁹¹Art. 163 CPCCN- Sentencia definitiva de primera instancia. La sentencia definitiva de primera instancia deberá contener:

- 1) La mención del lugar y fecha.
- 2) El nombre y apellido de las partes.
- 3) La relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto del juicio.
- 4) La consideración, por separado, de las cuestiones a que se refiere el inciso anterior.
- 5) Los fundamentos y la aplicación de la ley.

Las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeran convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica.

La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones.

- 6) La decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvenición, en su caso, en todo o en parte.

La sentencia podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos.

- 7) El plazo que se otorgase para su cumplimiento, si fuere susceptible de ejecución.
- 8) El pronunciamiento sobre costas y la regulación de honorarios y, en su caso, la declaración de temeridad o malicia en los términos del art. 34 , inc. 6.
- 9) La firma del juez.

Todos ligados al principio procesal por excelencia que es el de congruencia sobre el que los demás deben apoyarse.⁴⁹²

El *principio de congruencia* comprende un enlace entre el pedido y el juzgamiento y como explicara AYARRAGARAY⁴⁹³ “siguiendo a ARAGONESES ALONSO, podemos definir el principio de congruencia como un “principio normativo que limita facultades resolutorias del juez, por el cual debe existir identidad entre lo resuelto y controvertido, oportunamente por los litigantes y en relación con los poderes atribuidos en cada caso al órgano jurisdiccional por el ordenamiento jurídico...”⁴⁹⁴

El principio de congruencia impide los excesos del juez preservando su imparcialidad y así como la ley pone el límite a las partes para sus pretensiones (ver supra), el principio le pone límite al magistrado ya que podría disponer, “...por inadvertencia y en olvido o desprecio de su función: “extra petita” (fuera de lo pedido y controvertido); “ultra petita” (por más de lo pedido o contradicho); infra petita” (por menos de lo pedido y resistido) y “citra petita” por omisión de satisfacer lo pedido y controvertido). El proverbio de tiempo inmemorial, dice que “non valet setentia data de re non petita”⁴⁹⁵

En el XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal de Mar del Plata (8 al 10-11-2007 en la Comisión nº 1, Sub Comisión nº 1 el tema de la misma fue el Principio de Congruencia⁴⁹⁶ se arribó a las siguientes conclusiones:

1. La congruencia procesal, o exigencia de identidad entre las postulaciones de las partes y el pronunciamiento del tribunal, constituye un límite a las facultades decisorias del juez que deriva del sistema básicamente dispositivo del proceso civil.
2. Los tipos de incongruencia se correlacionan con los elementos de identificación de las pretensiones: los sujetos, el objeto y la causa petendi, de modo que la incongruencia puede ser objetiva, subjetiva y fáctica, tanto en primera instancia como en las ulteriores.
3. La congruencia es uno de los resortes funcionales de las garantías constitucionales vinculadas al proceso.

⁴⁹²SIRKIN, Eduardo Acerca de los principios procesales y su aplicación ante la derogación de la obligatoriedad de los plenarios en el CPCCN. elDial.com - DC1B11

⁴⁹³AYARRAGARAY, Carlos A. “Lecciones de Derecho Procesal, Edit. Perrot, 1962, pág. 83.

⁴⁹⁴SIRKIN, Eduardo “Sobre el principio de congruencia” en elDial.com - DCB19.

⁴⁹⁵AYARRAGARAY, ob. cit. p.84

⁴⁹⁶Presidente: Eduardo SIRKIN; Vicepresidente: Angelina FERREIRA de DE LA RÚA; Secretaria: María Eugenia JIMÉNEZ.; Secretaria: Marcela GIMÉNEZ BAUER; Relator: Guillermo ENDERLE :Ponente General: Mabel DE LOS SANTOS

4. La flexibilización de la congruencia, como excepción, puede admitirse en la búsqueda de una solución justa. El concepto de flexibilización presupone exceder, en determinados casos, los límites subjetivos, objetivos o fácticos de la litis.

5. La flexibilización de la congruencia exige sincerar el apartamiento de la regla y explicitar los motivos por los que tal decisión conduce a la “respuesta justa”. La fundamentación debe aludir, inexcusablemente, a que no se afecta la garantía de la defensa.

6. Un estricto apego a la congruencia, en ciertas circunstancias, puede constituir un exceso ritual y perjudicar la garantía de la tutela judicial efectiva y oportuna.

7. Se registraron tesis minoritarias en cuanto a que el proceso debe ser absolutamente dispositivo y el juez no puede flexibilizar el principio de congruencia.⁴⁹⁷

8. También se sostuvo una posición intermedia en cuanto a que los límites rígidos del principio de congruencia se refieren exclusivamente a cuestiones patrimoniales y derechos disponibles por las partes.

9. Otros criterios admitieron la flexibilización sólo cuando se encuentren involucrados intereses superiores de rango constitucional.-⁴⁹⁸

En el XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Santa Fe los días 8,8 y 19-06-2011⁴⁹⁹ se arribó a las siguientes conclusiones:

1.- Los principios procesales son directrices, enunciados o postulados de inestimable valor en cuanto constituyen fuente de interpretación y aplicación de normas por los operadores jurídicos y sirven de base al legislador para establecerlas.

2.- Los principios procesales se mantienen inalterables en su esencia, como generadores de un proceso justo, pero en su operatividad se produce un deslizamiento que altera su escala jerárquica y genera el nacimiento de nuevos principios o derivaciones con miradas optimizantes de los mismos.

3.- La flexibilización del principio de congruencia es admisible como excepción cuando la ley lo permita, sin alterar el derecho de defensa de las partes, garantizando una tutela judicial efectiva.

⁴⁹⁷SIRKIN, Eduardo “Los principios procesales vs. La elasticidad en su aplicación”. *elDial.com* - DCFD4.

⁴⁹⁸SIRKIN, Eduardo “Los intereses y el principio de congruencia” *elDial.com* - DCCF3

⁴⁹⁹Presidente: Dr. Eduardo Sirkin, Vicepresidentes Dr. Roberto Loutayf Ranea y Dr. Héctor Eduardo Leguisamón; los Secretarios: Dra. Gabriela Paladín y Dr. Martín Castro Gabaldo y la exposición de los Ponentes Generales Dr. Sergio Barberio y Dr. Juan Antonio Costantino.

4.- Para la oralidad se torna imprescindible la incorporación legal con su infraestructura, de los adelantos tecnológicos (filmación de audiencias, video conferencias. hipervínculos, etc.) adecuándolos a las necesidades que la realidad de la sociedad exige.

5.- En los procesos urgentes relativos a casos que requieran una solución inmediata, resulta conveniente que los ordenamientos permitan a los jueces disponer un trámite particular rápido en los cuales se encuentre determinada la oportunidad para ejercer la defensa en juicio.

6.- A fin de alcanzar una solución justa de los litigios y por un imperativo ético, se ha considerado conveniente consagrar expresamente en las legislaciones el *principio de colaboración*, en especial en materia probatoria, como deber de las partes y de terceros, estableciendo consecuencias precisas para quienes omitan su factible cooperación.

Posteriormente fue creada la *Comisión para la Reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*.⁵⁰⁰

La misma se reunió el 9 de junio de 2017 para la redacción de “Bases para la Reforma Procesal Civil y Comercial” (resultado de la ardua tarea llevada a cabo por académicos, jueces y profesionales, durante 2016 incluyendo el diálogo de la sociedad civil en el Equipo 3.3 de la plataforma Justicia 2020. ⁵⁰¹

*Sus objetivos claros buscaron brindar un buen servicio de justicia a la ciudadanía, reduciendo la demora en los procesos, promoviendo la inmediación, la simplificación de las estructuras procesales, asegurando el debido proceso, la eficacia en la ejecución de las sentencias, la publicidad y la transparencia. Se pretende además, asegurar la independencia judicial, la reducción de costos, y fomentar el acceso a la Justicia. Por último, se estudia la implementación e incorporación de nuevas tecnologías”.*⁵⁰²

⁵⁰⁰Ministro de Justicia y Derechos Humanos: DR. GERMÁN CARLOS GARAVANO .Secretario de Justicia: DR. SANTIAGO OTAMENDI Coordinadora: DRA. AGUSTINA DÍAZ CORDERO Integrantes de la Comisión de Expertos en Derecho Procesal: ROLAND ARAZI; PATRICIA BERMEJO; RUBÉN CALCATERRA ; GUSTAVO CALVINHO ; MABEL DE LOS SANTOS ;MARÍA LILIA GÓMEZ ALONSO ;ADRIÁN PATRICIO GRASSI;PABLO GRILLO CIOCCHINI ;AGUSTÍN HANKOVITS ;MARIO KAMINKER ;ÁNGELA E. LEDESMA ;EDUARDO OTEIZA ;JORGE W. PEYRANO ;JORGE A. ROJAS ; JOSÉ MARÍA SALGADO ;CLAUDIA SBDAR;ANDRÉS SOTO ; Equipo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación: HÉCTOR MARIO CHAYER ;JUAN PABLO MARCET; HERNÁN CALVO ;Facilitador: SANTIAGO PEREIRA CAMPOS.-18 de mayo de 2017

⁵⁰¹SIRKIN, Eduardo“ El principio de congruencia, su previsión en la doctrina y las normas procesales.

⁵⁰²La Dra. Agustina DÍAZ CORDERO fue responsable de la iniciativa.

En dichas Bases, ⁵⁰³ “se considera conveniente abrir el texto del Anteproyecto a elaborarse con el tratamiento sumario de los principios del proceso civil”. ⁵⁰⁴

Dos objetivos centrales justifican el desarrollo de los principios. Por una parte, desde un punto de vista de política pública, implica explicitar los objetivos que contiene el Código en forma preceptiva.

La legislación expresa las finalidades que persigue y cómo se propone lograrlas en términos generales. Por otra parte, fija pautas de coherencia. El capítulo preliminar contiene aquellas directrices que permiten zanjarse los problemas que puedan surgir en la interpretación del resto de las disposiciones.

Dicha apertura con los principios contribuye a afianzar la correcta impresión de que se está ante un cuerpo de leyes signado por la coherencia de sus soluciones particulares, que siempre, de alguna manera, se inspiran o derivan de tal o cual principio. Los articulados de los códigos procesales civiles no son otra cosa que el desarrollo hasta sus últimas consecuencias de alguno de los principios elegidos por el codificador como cimiento de su obra.

Los principios procesales civiles no son un cúmulo de buenas intenciones, sino, por el contrario, construcciones jurídicas verdaderamente operativas que si bien ponen de resalto cuál es el plan elegido por el codificador, también aportan soluciones interpretativas e integrativas del ordenamiento ante el silencio, insuficiencia u oscuridad de los textos legales⁵⁰⁵.

⁵⁰³<https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2017/06/Bases-para-la-Reforma-de-la-Justicia-Civil-y-Comercial.pdf>.

⁵⁰⁴Contienen un capítulo sobre principios los Código Procesales provinciales de Jujuy (1949) y Tierra del Fuero, Antártida e Isla del Atlántico Sur (1994), También tienen un capítulo introductorio sobre principios los Códigos Procesales de: Bolivia (2013), Brasil (2015), Colombia (2012), Costa Rica (2013), Ecuador (2015), Honduras (2006), Perú (1993), El Salvador (2008) y Uruguay (1989 / 2013). El Código Procesal Civil de Francia (1975 – 1981) y las Reglas Inglesas de Proceso Civil (1998 - 2009) parten de un capítulo introductorio en el cual se desarrollan los principios

⁵⁰⁵Art. 693 del Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe.

2. Enumeración de los principios procesales⁵⁰⁶

Se enumerarán a continuación los principios procesales civiles a los cuales se les ha prestado prioritaria atención por su frecuente aplicación e invocación cotidianas.

Entre los principios procesales de empleo más frecuente en el juicio civil, se señalan los siguientes:

- Tutela judicial efectiva y debido proceso.
- Oralidad e inmediación.
- Dirección judicial del proceso y de la actividad jurisdiccional oficiosa, preventiva y protectoria.
- Principio de aportación y derecho de contradicción.
- Lealtad y buena fe procesal, prevención y sanción del abuso procesal.
- Economía, celeridad y concentración procesal.

- Transparencia y publicidad.
- Instrumentalidad y adaptabilidad de las formas procesales.
- Colaboración procesal.
- Preclusión procesal.
- No exigibilidad de otra conducta.

3. Contenido esencial de los principios procesales

Se indica a continuación el contenido fundamental respecto de cada uno de los principios enunciados

- a. Tutela judicial efectiva y debido proceso

⁵⁰⁶BASES...(cit).

Se trata de un principio procesal con fuerte respaldo constitucional y convencional. Constituyen sus principales manifestaciones: el acceso irrestricto de los justiciables a jueces independientes e imparciales; el aseguramiento de un debido contradictorio; la igualdad procesal efectiva y no meramente formal; la duración razonable del proceso; la protección ante situaciones de urgencia que requieran tutelas especiales; y la debida y pronta ejecución de las resoluciones judiciales.

b. Oralidad e inmediación

La actividad procesal en el proceso ordinario de conocimiento se desarrollará mediante audiencias, en las que la participación del juez es un requisito ineludible y cuya inobservancia determinará nulidades absolutas e insanables, con excepción de los casos en que debe celebrarse en un territorio distinto al de su competencia. La nulidad puede ser deducida en cualquier oportunidad procesal.

Las audiencias se registrarán en soporte magnético o digital, o cualquier otro medio técnico idóneo.

b. Dirección judicial del proceso y de la actividad jurisdiccional oficiosa, preventiva y protectoria

La dirección del proceso está confiada al juez, el que la ejercerá de acuerdo con las disposiciones del Código.

Promovido el proceso, el juez tomará de oficio las medidas tendientes a evitar su paralización y adelantar su trámite con la mayor celeridad posible, respetando la igualdad de las partes.

Se opta por la dirección del proceso por parte del juez, con límites razonables que partan de la premisa de la apertura del proceso a instancia de parte. Tales deberes funcionales se ejercerán sin mengua de la correspondencia entre las peticiones de las partes y el alcance de la decisión.

Obviamente, la medida de la actividad oficiosa que se emprenda dependerá del juicio de que se trate y de las calidades y necesidades de los sujetos involucrados.

La dirección del proceso comprende, en esta visión, el impulso procesal de oficio una vez incoada la pretensión y establecidos los hechos alegados y controvertidos, salvo casos excepcionales que requieran otra solución.

d. Principio aportación y derecho de contradicción

Los jueces decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga lo contrario en casos especiales⁵⁰⁷. Las partes tienen derecho a exponer sus argumentos y rebatir los que se le opongan.

Se debe respetar la autonomía de la voluntad de las partes y decidirse según las pretensiones deducidas en el proceso.

Los hechos en que se deba fundar la resolución judicial de fondo se han de alegar por las partes en los momentos fijados por este Código.

Las pruebas que deban practicarse para la acreditación de los hechos controvertidos habrán de ser igualmente aportadas por las partes en el momento procesal dispuesto en el Código.

e. Lealtad y buena fe procesal, prevención y sanción del abuso procesal

Todos los participantes en el proceso, jueces, abogados, partes y terceros, deben ajustar sus conductas al necesario respeto que debe imperar en el debate judicial.

Los tribunales, oficiosamente o a instancia de parte, deben adoptar las medidas conducentes a prevenir y sancionar inconductas procesales o actos que vulneren la dignidad de la Justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad, buena fe y probidad.

El juez deberá tratar de impedir el fraude procesal, el abuso del proceso, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria y tomar, a petición de parte o de oficio, todas las medidas necesarias que resulten de la ley o de sus poderes de dirección, para prevenir o sancionar cualquier acción u omisión contrarias al orden o a los principios del proceso.

Se contempla el abuso procesal. Las conductas abusivas no irrogarán ninguna ventaja a la parte que intente beneficiarse de ellas. Se propone regular una sección dedicada a la prevención y sanción de las múltiples formas que adopta el abuso procesal⁵⁰⁸

f. Economía, celeridad y concentración procesal

Las regulaciones deben propender a la obtención de la mayor economía de tiempo, de esfuerzos y de gastos.

La “economía de tiempo” identifica el principio con la celeridad y la razonable duración del proceso consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷Conforme art. 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española (2000 – 2011).

⁵⁰⁸Entre las mencionadas multifacéticas formas del abuso procesal se cuenta la frecuente alteración de los términos de la litis luego de notificada la demanda, lo que determina que la sentencia a dictarse en el futuro carezca de utilidad. Sigue similar temperamento el Art. 77 apartado VI del Código Procesal de Brasil que incluye la aludida prohibición de modificar los términos de la Litis. Adoptan similar criterio los Arts. 5 y 6 del Código Procesal Civil y Comercial de Tierra del Fuego, el Art. 7 del Código Procesal Civil y Comercial de Jujuy y el Art. 5 del Código General del Proceso de Uruguay (en adelante, CGPU).

⁵⁰⁹Por ejemplo, art. V del Título Preliminar del Código Procesal Civil de Perú

La “concentración procesal” alude a la conveniencia de que la actividad procesal no se disperse porque ello dificulta que el tribunal obtenga una visión de conjunto de lo ocurrido y atenta contra la duración razonable del proceso. Por ello resulta necesario que la actividad procesal se concrete en el menor número de secuencias posibles y se materialice sin intervalos de tiempo dilatados entre los actos.

g. Transparencia y publicidad:

La información de los procesos sometidos a la justicia es pública, así como las audiencias y todos los actos procesales. Únicamente se admitirán aquellas excepciones estrictamente necesarias para proteger la intimidad, el honor, el buen nombre o la seguridad de cualquier persona.

El sistema de justicia debe garantizar la transparencia de la actuación de sus instituciones y funcionarios.

h. Instrumentalidad y adaptabilidad de las formas procesales

Al interpretar una norma procesal o ante un vacío legal, el juez deberá tener en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales. En caso de duda, se deberá recurrir a las normas constitucionales y a los tratados incorporados a la Constitución Nacional.

La instrumentalidad de las formas procesales asume que la meta principal del proceso es la efectividad de las normas sustanciales. En tal sentido, se concibe al proceso civil como un marco necesario e indispensable para la prestación del Servicio de Justicia. Dicha finalidad primordial explica y justifica que, en aras de la preservación y defensa del derecho de fondo comprometido, pueda darse válidamente un sacrificio de la observancia estricta de la normativa procesal, cuando ello no genere indefensión.

La adaptabilidad de las formas implica favorecer la flexibilidad en la aplicación de las normas procesales.

Las partes tienen derecho a acordar y someter a consideración del juez propuestas relativas al trámite del proceso.

i. Colaboración procesal

Se trata de un principio que deriva en cargas y en deberes procesales que pesan no sólo sobre las partes, sino también sobre terceros que deben colaborar con la Justicia.

El proceso civil debe ser considerado como una obra en común cuyo resultado (la asignación adecuada de lo debatido) exige la colaboración de ambas partes y también, eventualmente, la de otros sujetos compelidos legalmente a prestar su asistencia para la consecución del mencionado logro.

La aplicación de este principio implica modificar criterios jurídicos o prácticas que se han revelado inconvenientes, tal como la de autorizar al demandado a limitarse a negar los hechos

invocados por la actora sin aportar su versión fáctica, pese a haber participado del episodio llevado a juicio ⁵¹⁰

j. Preclusión procesal

Este principio procura ordenar el debate, dividiendo el proceso en etapas, en cada una de las cuales se deben desarrollar determinadas actividades procesales y no otras; posibilitando, además, su progreso al vedarle todo retroceso procedimental. Necesariamente, la clausura de una estación procesal abre la siguiente. Bajo su imperio, los plazos fenecen por el mero transcurso del tiempo sin que sea menester declaración judicial ni petición de parte, cesando automáticamente la posibilidad de ejercer la facultad procesal no utilizada en tiempo, así como de asumir posturas contradictorias.

k. No exigibilidad de otra conducta

Este principio encierra una dispensa de la falta de realización de una conducta cuya ausencia de otro modo pudo haber involucrado una desventaja procesal para la parte omisa. Es un supuesto en el cual una conducta procesal omisiva no posee efectos procesales adversos para el autor de la omisión. La adopción expresa de este principio facilitará la legitimación de instituciones tales como la “prueba difícil”. También la adopción de un temperamento especial para determinar el arranque del plazo de prescripción de daños acumulativos como los generados por ilícitos ambientales. Es que el principio en cuestión viene a autorizar una conducta procesal distinta de la normal y menos exigida.

En lo que respecta al CPCCN, el proceso se inicia en base a las pretensiones deducidas por la accionante y su contenido sujeto a las normas rituales (*art. 330 CPCCN*), poniéndosele límite al momento de notificarse el traslado de la demanda (*art. 331 CPCCN*) lo que llamamos “traba de la litis” y se integra según sea la actitud que asuma el demandado (no presentarse y a pedido de la contraria ser declarado en rebeldía (*art. 59 CPCCN*); comparecer constituyendo domicilio (*art. 42 del CPCCN*) evitando la rebeldía; contestar demanda (*art. 338, 355 del CPCCN*); oponer excepciones previas (*arts. 346,347,348 y 356 del CPCCN*); reconvenir (*art. 357 del CPCCN*); traslados (*art. 358 del CPCCN*) y sus respuestas, y cualquier otra variante como intervención de terceros (*art. 90 y sigs. CPCCN*), etc.

Es al particular a quien le corresponde pedir Justicia por intermedio del Estado, recordando a KELSEN, Hans fundador de la “*Teoría Pura del Derecho*” en cuanto a que la

⁵¹⁰Art. 791 del Código Procesal Civil, Comercial y de Minería de San Juan, Art. 5 del Código General del Proceso de Uruguay y Art. 6 del Código Procesal Civil de Brasil.

norma jurídica es el derecho objetivo en relación al individuo del cual depende la aplicación del acto coactivo estatal.⁵¹¹

El principio se encuentra en la norma que establece los deberes de los jueces: art. 34; Tiene su correlato en lo dispuesto por el *art. 163*; lo mismo ocurre en relación a los poderes del tribunal de segunda instancia, art. 277 y 278

Aún siendo repetitivo, el aludido concepto de congruencia contiene un principio normativo que pone tope a las facultades decisorias del magistrado, por el cual debe existir identidad entre lo resuelto y lo controvertido oportunamente por los litigantes.⁵¹²

Y digo normativo por haber sido recogido en la ley ritual, ya que hasta la sanción del código citado, existía sólo en doctrina en nuestro país como principio procesal, sin perjuicio de remontarse a las Leyes de las Partidas (Partida III, título 22) y al Código de Procedimiento español de 1881 el cual expresaba que “las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito.”⁵¹³

Actualmente por Resolución N° 2640/2023,⁵¹⁴ la CSJN aprobó los “*Lineamientos Generales de Sentencias Claras*”, que serán de aplicación en todos aquellos casos en los que se declare la admisibilidad de recursos extraordinarios federales, a fin de adoptar prácticas y herramientas a modo de recomendación que faciliten la comprensión de las sentencias por parte de sus destinatarios.⁵¹⁵

Respecto a la Informática, es de público conocimiento el incremento de la litigiosidad, debido a infinidad de causas, especialmente la económica que incide en el sistema de Justicia y el acceso a ella por el justiciable.⁵¹⁶

⁵¹¹SIRKIN, Eduardo “Sobre el principio de congruencia” elDial.com - DCB19

⁵¹²SIRKIN, Eduardo Algo más sobre los hechos constitutivos, modificativos y extintivos. elDial.com - DCADD

⁵¹³AYARRAGARAY, Carlos A. Lecciones de Derecho Procesal, Editorial Perrot, 1962, p. 83 . citado en: nota 5.

⁵¹⁴CSJN. Resolución n° 2640/2023 firmada el 10-10-23 con mayoría de tres de sus miembros y disidencia del cuarto.

⁵¹⁵SIRKIN, Eduardo “Acerca del lenguaje claro y las recomendaciones de la CSJN elDial.com - DC32E6

⁵¹⁶SIRKIN, Eduardo “La Informática, las pruebas y la incidencia de los Principios procesales”. Conferencia dictada en el Ciclo “Maestros del Derecho en 2014” del 17-11-14 donde fuera designado Profesor Honorario

De ahí la necesidad constante del dictado de leyes que acompañen la evolución de la era digital, aún a sabiendas que la legislación se brinda en respuesta a directivas del gobierno de turno y en muchos otros casos a exigencias sociales, como ha sucedido a través de los años con el matrimonio; su divorcio y la recepción por la ley 26.994 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Nos encontramos en la introducción y compatibilización de las nuevas tecnologías en todos los aspectos de la sociedad y con especial dedicación, con el Derecho.

En noviembre de 2014 se celebraron jornadas de Ciencia y Tecnología en la Facultad de Derecho de la U.B.A. tratando Comunicación y divulgación de la ciencia; estrategias de cooperación; modelo de relación entre ciencia, tecnología y sociedad; transferencia de conocimientos; biotecnología; y tantos otros temas; la Universidad Abierta Interamericana obtuvo el 31 de octubre ppdo. el premio “Sadosky” Inteligencia Argentina, al proyecto educativo más innovador en formación de Recursos Humanos de Tecnología Informática por “UAITECH Incubadora de base tecnológica y HUAITECH Junior Emprendedores Sub 28 en representación, a su vez de la Facultad de Tecnología Informática y su Centro de Altos Estudios (CAETI); en la Universidad Católica Argentina (U.C.A.) se brinda la Carrera de Especialización en Derecho de Alta Tecnología donde tengo el honor de impartir Derecho Procesal; en nuestra querida Facultad de Derecho de la U.B.A. se dicta la Carrera de Especialización en Derecho Informático y además, un Programa de Actualización en Derecho Informático; y así podría enumerar muchas más.

Como nos ilustra GONZÁLEZ ALLONCA, *el desarrollo de las actividades de los buscadores en Internet comprende dos derechos humanos indispensables en la vida democrática moderna: el derecho a la información y el derecho a la protección de los datos personales. El éxito en su aplicación práctica depende de una equilibrada interpretación de los mismos, de forma tal que no se imponga uno sobre otro, sino que interactúen. En tal sentido, se debe considerar que la actividad informativa es un medio al servicio de la persona, por lo que el tratamiento de su información personal estará siempre protegido por los derechos que emanan de su dignidad, como lo es la protección de los datos. Así, este derecho acompañará en forma equitativa el desarrollo*

*tecnológico del tratamiento organizado de la información personal, otorgando mayor protección a las personas de conformidad con el avance tecnológico.*⁵¹⁷

Lo importante es la actualización constante del abogado ante los desafíos de las nuevas normas que congenian con la preparación y adquisición del conocimiento.

Desde que nos recibiéramos, hemos afrontado el estudio de numerosa legislación con algunos vaivenes, como estudiar y explicar una reforma procesal que ante un cambio de gobierno quedara sin efecto y volver a enseñar la vigente; hubimos de abreviar legislación nueva con mayor o menor dificultad; en una apretada reseña; ley de sociedades n° 19.550; ley de concursos n° 19.551; reforma al Código Civil por ley 17.711 con vigencia desde el 1 de julio de 1968, con la aparición del divorcio por mutuo acuerdo, que diera lugar a las parejas ensambladas y que la sociedad admitiera y aplaudirá por el hecho de generar nuevas familias, inclusive los ex cónyuges; por la reforma del mismo cuerpo legal en el año 1987 por la ley 23.515 que estableció el divorcio vincular; y a partir de allí, lo que hasta entonces se disculpaba, dio lugar a la aparición del daño moral, lo que confirmó –en mi opinión–, que el sentimiento más cálido del ser humano es el bolsillo; la reforma constitucional de 1994; continuando con la ley 24.779 de adopción; la mediación previa obligatoria; la abolición del adulterio como delito penal; las leyes de protección a la violencia familiar; el reconocimiento de la violencia psíquica; la mayoría de edad; ley 26.618 de reconocimiento del matrimonio igualitario y con su inclusión, estableciendo una desigualdad en el divorcio vincular de parejas del mismo sexo ante un adulterio,⁵¹⁸ ya que para que se consuma el mismo debe copularse con persona de otro sexo; ley 26.743 de identidad de género; ley 26.061 de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes; ley 21.839 tan importante para nosotros por ser la de arancel para abogados, que los magistrados aplican con demasiada mesura; ley 24.240 de derechos del consumidor actualizada por ley 26.361; ley 25.280 que aprueba la NO discriminación para personas con discapacidad; ley 25.326 de protección de datos personales; ley 25.506 de Firma digital y el decreto reglamentario 2627/2002; ley 26.685 que autoriza la utilización de expedientes, documentos, firmas, comunicaciones, domicilios electrónicos y firmas digitales en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el PJN con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales; ley 26.548 de creación de banco Nacional de datos genéticos; etc.

⁵¹⁷González Allonca, Juan Cruz Los buscadores de Internet y la ley de protección de datos personales en: LA LEY 03/07/2014, 03/07/2014, 1 Cita Online: AR/DOC/2108/2014

⁵¹⁸SIRKIN, Eduardo: El “adulterio” y su eventual inaplicabilidad como causal de divorcio ante la vigencia de la ley 26.618 de reforma al Código Civil que habilita el casamiento de personas del mismo sexo. Cuadro comparativo de las normas del Código Civil”, elDial.com - DC13D0

Tenemos conocimiento, de los avances tecnológicos que con tanta celeridad nos brindan la posibilidad de establecer relaciones jurídicas y sociales que en otra época hubiese tardado infinidad de tiempo en obtener, detectar y probar.

Podemos sentirnos abrumados ante la invasión y utilización de las nuevas tecnologías que deben usarse en muchísimos litigios, y debemos acceder al conocimiento que es lo que nos brinda seguridad y no vacilar en pedir ayuda a expertos informáticos, tanto extrajudicialmente, como ante la Justicia a fin que las pruebas que se aporten sean reconocidas como válidas por los magistrados.

Es común en toda clase de proceso y en su preparación previa la utilización de e-mails; mensajes de texto; fotografías y videos incorporados y difundidos en redes sociales; la utilización de e-mails de empresas por parte de sus dependientes para uso personal o competencia desleal; eventuales despidos; delitos penales; para intentar probar una infidelidad entre cónyuges con fines de obtener un divorcio contencioso con culpa, por alguna de las causales previstas en el art. 202 del Código Civil de Vélez Sarsfield y las reformas vigentes hasta el 31 de diciembre de 2015; debiendo tener en cuenta la privacidad; la no intromisión en la intimidad y la doctrina del “fruto del árbol venenoso”, aplicable en los distintos fueros.

No necesita un abogado ser experto en ingeniería tecnológica, pero sí incorporar el conocimiento de la forma que los sistemas se desenvuelven para enfocar el modo con que se obtendrán los medios de prueba para demostrar la existencia de hechos que generen responsabilidades y en muchísimos casos, deban resarcirse.

Como bien aclara GRANERO⁵¹⁹, “...el acceso a los avances tecnológicos, permite muchas veces la intromisión en la vida íntima de los individuos sin su conocimiento, vulnerando derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales como la protección de la intimidad, la vida privada y la garantía del debido proceso...”

Aunque sea obvio, los Tratados Internacionales fueron consagrados conforme la reforma constitucional de 1994 en el art. 75 inc. 22⁵²⁰ que ya estaban consagrados en la originaria norma

⁵¹⁹GRANERO, Horacio R. “Prólogo Repensar el Derecho Procesal”, en “E-mails, chats, mensajes de texto, Facebook y DVD Validez probatoria en el proceso civil, comercial, penal y laboral. Estudio doctrinal y jurisprudencial. Editado por elDial.com. pag.15/16 (13 Autores) Albremática 2014

⁵²⁰ C.N. 22.- Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ; la Declaración Universal de Derechos Humanos ; la Convención Americana sobre Derechos Humanos ; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo ; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio ; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial ; la Convención sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes ; la Convención sobre los Derechos del Niño ; en las

que se ha mantenido del su art. 31 C.N.⁵²¹ y que conforme nos enseñara Hans Kelsen en su “Teoría Pura del Derecho” al referirse a la norma fundamental la C.N. está colocada en el vértice superior de la Pirámide Jurídica.

La ley de firma digital 25.506 reconoce a dicha firma un importante elemento de protección en los intercambios electrónicos, promoviendo el comercio electrónico seguro con identificación fehaciente de quienes realicen las transacciones por ese medio.

Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) es un concepto con significación informática. El término *tecnologías de la información* se usa a menudo para referirse a cualquier forma de hacer cómputo. Como nombre de un programa de licenciatura, se refiere a la preparación que tienen estudiantes para satisfacer las necesidades de tecnologías en cómputo y comunicación de gobiernos, seguridad social, escuelas y cualquier tipo de organización.

Enfrentamos la tecnología de los profesionales de TIC y las personas que la utilizan, no bastando con la ubicación de una computadora, al referirnos a Internet, pues la información puede formar parte del procedimiento y procesamiento que puede estar distribuido y manejado en forma remota.

Tenemos acceso a Internet desde un teléfono móvil; tableta; computadora con videos y fotos fáciles de incorporar a las redes sociales; mails; mensajes de textos; Whatsapp; grabaciones; mensajes de voz; etc. con capacidad de operar en redes con comunicación inalámbrica, 3G; 4G y en un futuro cercano 5G; y cada vez con muchísimas más prestaciones, facilidad de uso y de acceso.

Conforme al CPCCN en su art. 333⁵²² se impone el ofrecimiento de pruebas con los escritos de demanda, contestación, reconvenición y su respuesta. Se debe agregar la prueba documental y ofrecerse las demás.

condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

⁵²¹C.N. Art. 31.– Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

⁵²²CPCCN. Art. 333.– (Texto según ley 25488, art. 2). Agregación de la prueba documental y ofrecimiento de la confesional. Con la demanda, reconvenición y contestación de ambas, deberá acompañarse la prueba documental y ofrecerse todas las demás pruebas de que las partes intentaren valerse.

Federico Bueno de Mata, propone una solución clara: admitir y regular que las TICs accedan al proceso a través de la aportación de cualquier medio de prueba.⁵²³

En controversias judiciales de todo tipo, pero especialmente las que tengan contenido informático sería de gran utilidad la incorporación del conocimiento de un experto informático que nos brinde su ayuda a fin de proponer la prueba pericial y conforme a las normas procesales designarlo como “Consultor Técnico” tanto para materializar una medida cautelar, como para la prueba a producirse en el proceso.

Para acceder a NIC Argentina, Dirección Nacional de Registro de dominios de Internet utilizamos su nombre.ar sin el com; debemos tener en cuenta los Trips⁵²⁴(diferente a los TICs) por su denominación en inglés, que significa Acuerdo sobre los Aspectos del Derecho de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio y que contiene una serie de prescripciones dispuestas por la Organización Mundial del Comercio para proteger los Derechos de Autor.

Nuestra tan antigua ley con sus reformas actualizadas n° 11.723 Régimen de la Propiedad Intelectual conocida como Ley Noble o Derechos de Autor con normas de procedimiento, sin perjuicio de la aplicación de las normas procesales del lugar; ley de marcas n° 22.362; ley 24.425 sobre Acuerdo Sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC); ley 24.481 de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad; El Acuerdo de Niveles de Servicio (“SLA”) que con tanta precisión nos explicara VELTANI⁵²⁵ : “...*El SLA es un contrato accesorio, que permite regular el “incumplimiento tolerado” de algunas obligaciones*

Cuando la prueba documental no estuviere a su disposición, la parte interesada deberá individualizarla, indicando su contenido, el lugar, archivo, oficina pública o persona en cuyo poder se encuentra.

Si se tratare de prueba documental oportunamente ofrecida, los letrados patrocinantes, una vez interpuesta la demanda, podrán requerir directamente a entidades privadas, sin necesidad de previa petición judicial, y mediante oficio en el que se transcribirá este artículo, el envío de la pertinente documentación o de su copia auténtica, la que deberá ser remitida directamente a la secretaría, con transcripción o copia del oficio.

Si se ofreciera prueba testimonial se indicará qué extremos quieren probarse con la declaración de cada testigo. Tratándose de prueba pericial la parte interesada propondrá los puntos de pericia.

⁵²³BUENO de MATA, Federico “Prueba electrónica y proceso 2.0” Especial referencia al proceso Civil, pág. 119, edic. Tirant lo Blanch, Valencia, España.

⁵²⁴TRIPS The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights

⁵²⁵VELTANI, Darío “El acuerdo de niveles de servicio” en La Ley Actualidad 05-08-14 año LXXVIII n° 145. Dice el autor: El SLA es un contrato accesorio, que permite regular el “incumplimiento tolerado” de algunas obligaciones asumidas por el proveedor en el contrato principal, que generalmente es un contrato de locación de servicios. En el SLA se entiende que estos incumplimientos no serán considerados “graves” a los fines del contrato principal, y por lo tanto no habilitarán la rescisión o resolución del contrato, sino sólo la aplicación de una penalidad contractual, prevista también en el SLA. Habitualmente, esta penalidad contractual consiste en una parte del precio pagado al proveedor del servicio.

En algunos casos, el SLA se presenta como un Anexo presenta como un capítulo dentro del contrato principal; y en otros como un documento independiente. No obstante, en todos los casos se trata de un contrato accesorio, cuya vigencia dependerá de la vigencia del principal.

asumidas por el proveedor en el contrato principal, que generalmente es un contrato de locación de servicios... “ ; etc.; etc.”⁵²⁶

4. EL avance de la Inteligencia Artificial

Conceptualmente la inteligencia artificial (IA) es un campo de la informática que se centra en el desarrollo de sistemas y programas informáticos que pueden realizar tareas que normalmente requieren inteligencia humana. Las mismas incluyen el aprendizaje, el razonamiento, la resolución de problemas, la percepción visual, el reconocimiento del habla y la toma de decisiones.

La IA se basa en la idea de que las máquinas pueden ser programadas para imitar la forma en que los seres humanos piensan y resuelven problemas. Para lograr esto, se utilizan diversas técnicas, incluido el aprendizaje automático, el procesamiento de lenguaje natural, la visión por computadora y la robótica.

A lo largo de las décadas, la IA ha evolucionado exponencialmente y ha dado lugar a avances notables en áreas como la asistencia virtual, la automatización industrial, la medicina, los vehículos autónomos y muchas otras investigaciones.

Podríamos suponer que las planillas de cálculos, Lotus 123; Excel, etc. fueron un anticipo de la Inteligencia Artificial (IA) en sentido estricto.

La primera se llamó Lotus Development Corporation, desarrollando hoja de cálculos específica para los IBM PC y llevó ese nombre, permitiendo que las empresas comenzaran a introducir equipos informáticos en el mundo laboral.

Excel es una aplicación de hojas de cálculo desarrollada por Microsoft que se utiliza para tareas de procesamiento de datos, análisis y cálculos matemáticos.

No hay duda que es una herramienta de software creada para ayudar a los usuarios para obtener sus resultados de manera automática, práctica y eficiente.

Podrán ser parte de una dinámica de trabajo más amplia que involucre la IA aportando datos para alimentar a algoritmos de IA para obtener información de avanzada, predicciones, con una rapidez hoy por hoy, inusitada.

Una descripción pormenorizada de fácil acceso por Internet es *“Que es la inteligencia artificial: definición, historia, aplicaciones y futuro”*.⁵²⁷

Allí podemos evaluar: a) cómo funciona la IA; b) orígenes; c) tipos de IA; d) contexto actual; e) aplicaciones de la IA, ejemplos más comunes; e.1.) motores de búsqueda; e.2.) ciberseguridad; e.3) asistentes de voz; e.4) salud; e.5) Internet de las Cosas (IoT, por sus siglas en

⁵²⁶SIRKIN, Eduardo “Acerca de la informática, las pruebas y los principios procesales” elDial.com - DC1E46.

⁵²⁷<https://www.tableau.com/es-mx/data-insights/ai/what-is>

inglés); e.6) finanzas; e.7) compras; e.8); agricultura;e.9.) transporte ; e.10) comunicación; e.11) educación;e.12) robótica; f) retos de la I.A.; g) ventajas de la IA.-

Finalmente habiéndose celebrado del 1 al 10 de noviembre de 2022 en Berlín, nos ilustró DE AMBROSIO que una certeza recorrió la Semana de la Ciencia, en que”... lejos de ser neutrales, los robots portan los sesgos de los humanos que los crean...”⁵²⁸

Comenzó diciendo que una de las primeras decisiones que tomó el magnate sudafricano Elon Musk cuando se hizo cargo de Twitter fue dismantelar al equipo de ética en Inteligencia Artificial (IA).

Concluyendo, apreciamos que a medida que la IA se convierte en una parte integral de la sociedad y afecta a una amplia gama de industrias y actividades humanas, surgen desafíos legales y éticos que requerirán la revisión y actualización de las normas existentes y por ende nueva generación de principios procesales, sin descuidar los actuales.

⁵²⁸DE AMBROSIO, Martín “en busca de una ética para la inteligencia artificial” publicado en LA NACIÓN, el Berlínés, pag. 10 del 27-NOV-2022.

EL DOCUMENTO Y SUS SOPORTES

Por Víctor R. TRIONFETTI*

1. Introducción.

Deseo tratar aquí ciertos aspectos de aquello que llamamos *documento*, sin dejar de subrayar desde el comienzo que las connotaciones de esa palabra exceden con creces el terreno del derecho procesal y del propio del universo jurídico.

Intuyo que reflexionar sobre lo que constituye un documento y su soporte nos facilita hallar interesantes relaciones sobre aspectos vinculados al lenguaje, la hermenéutica, y también permite exhibir cómo los cambios culturales derivados de la incesante innovación tecnológica provocan sustantivas modificaciones en el derecho procesal.

Asumo que explorar alternativas para considerar e incluso modificar los tópicos de una disciplina, en este caso los del derecho procesal, deberían tener como premisa una práctica que permanentemente procure evitar las categorías expuestas en los catálogos discursivos disponibles, los que muchas veces, como opciones hegemónicas, nos imponen una sola forma de lectura mientras nos ilusionamos con ser sutiles, aun cuando solo nos desplazamos inercialmente por caminos balizados y donde se paga peaje al acostumbramiento de ver solo la superficie. Esto no importa desterrar todo ni asumir la constante y caprichosa impugnación de lo que existe como dado, sino adoptar una postura reflexiva y abierta. Un escenario para esta última posibilidad nos lo propone el campo documental.

* Abogado. Maestría en Magistratura en la Universidad Nacional de La Matanza. Especialista en Administración de Justicia. Juez Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Docente de la Facultad de Derecho en la Universidad de Buenos Aires (UBA). Ex Profesor Titular de Derecho Procesal Civil I y II en la Universidad Torcuato Di Tella. Profesor de la Carrera de Especialización en Derecho Procesal de la Universidad Notarial Argentina.

Las alteraciones en materia documental producto del cambio de paradigma han dado nacimiento a nuevos comportamientos en las comunicaciones y en la gestión procesal, cambios principalmente reflejados en el denominado expediente electrónico, el uso de la firma digital y en el cisma entre el modelo “físico” y el “virtual” en materia de notificaciones procesales: un verdadero antes y después.

También se ha producido la defunción de estructuras y procedimientos como las denominadas “mesas de entradas”, “archivo”, “libro de notas o asistencia”, “reconstrucción del expediente”, etc.; actividades físicas como la “remisión del expediente” se han sustituido por la actividad virtual de “cambio de estado”, y la interacción o inserción en el expediente con registros audiovisuales, hipertextos, la producción de audiencias virtuales, etc., inauguran nuevos comportamientos en todos los operadores del sistema judicial.

A tal punto el cambio del paradigma documental es abismal que ha resignificado la densidad de personas vinculadas con la actividad forense que transitaban por los ámbitos de los llamados “tribunales”.

El uso de sistemas expertos o la aplicación de la inteligencia artificial (por ahora un eufemismo para definir programas tan sofisticados como opacos que utilizan el uso de bases de datos y la estadística a través de algoritmos) en materia gestión, deben ser mencionados, aun cuando no constituyan el centro del presente abordaje.

2. El tiempo es veloz

Para comenzar, entonces, nada mejor que cuestionar un concepto. Para tal fin voy a tratar de “detener” la palabra “documento”.

Paul Valery nos ha enseñado que una determinada palabra que parece perfectamente clara cuando se la usa en forma corriente y que no ofrece ningún obstáculo “...*cuando está enganchada en el tren rápido de una frase ordinaria, se convierte en mágicamente embarazosa, introduce una resistencia extraña, desbarata todos los esfuerzos de definición*”

tan pronto como la retiran de la circulación para examinarla aparte y le buscan un sentido después de haberla sustraído de su función momentánea".⁵²⁹

Como ejemplo Valery toma la palabra *Tiempo*, y dice que esa palabra, "absolutamente límpida, precisa, honesta y fiel a su oficio" en el medio de una conversación no representa ningún problema y hasta quiere decir algo, sin embargo, la palabra aislada se venga de nosotros, y lo que era solo un medio, hasta parece "convertida en el objeto de un horroroso deseo filosófico. Pasa a ser un enigma, abismo, tormento del pensamiento".⁵³⁰

Las reflexiones de Valery lucen sensatas: pensemos en el uso durante una conversación coloquial de términos como "yo", "futuro", "vida", etc.; también la situación sería trasladable cuando se trata de hablar de derecho, en lo que aquí interesa, particularmente cuando hablamos corrientemente sobre temas procesales, y ahora, sobre *documento*.

Demorarnos en la expresión *documento* facilita constatar cómo se ha expandido su noción, como se ha vuelto arborescente y descentrado, haciendo una tarea ardua definir su radio de influencia; por carácter transitivo estas modificaciones se traducen en un cambio en el derecho y, lógicamente, en el derecho procesal.

3. A primera vista

En el ámbito del derecho procesal lo documental, sea como fuente o como medio de prueba, ha ensanchado sus connotaciones, sus elementos configurativos, dando nacimiento a una relación novedosa con formas de probar y con nuevas clases de peritaciones. Estos cambios inauguran problemas y desafíos, por ejemplo, en materia de ofrecimiento, y control y resguardo de la prueba documental. Lo mismo ocurre en materia de gestión y organización procesal. Tal expansión obedece a un cambio tecnológico, que alteró comportamientos y vínculos humanos y, por tanto, exige reelaborar las miradas

⁵²⁹Valery, Paul; *Teoría poética y estética*; Visor, Madrid, 1990, pág. 74. El texto de Valery pertenece a una conferencia que el poeta dictara en el año 1939 en Universidad de Oxford.

⁵³⁰Ibídem, pág. 75.

normativistas sobre el tema, que por estar rezagadas ante la velocidad de las transformaciones siempre tienen una impronta de vetustez.

En definitiva, el documento agrega nuevos territorios al campo de sus ambigüedades y de sus opacos contornos. Eso es, precisamente, lo que hace interesante su estudio: sus esquivas manifestaciones.

Han surgido nuevas áreas en el derecho producto de estos cambios. El denominado derecho informático comprende extensas áreas en donde la cuestión documental resulta nodal. Cuestiones registrales, de censura y libertad de expresión, de propiedad intelectual, de protección datos personales y de la privacidad, un nutrido catálogo de tópicos -de incesante crecimiento- en materia de comercio electrónico, etc., están afianzadas hoy sobre en el nuevo paradigma documental.

Un claro ejemplo de los señalado precedentemente es lo ocurrido con la relación de registro y custodia de documentos judiciales, que ha dejado de ser una sector exclusivo de los secretarios judiciales y ahora remite más a expertos en informática que garantizan y controlan los documentos que se incorporan al proceso y las comunicaciones inherentes al expediente judicial a través de protocolos de registro de identidad y acceso y procuran neutralizar que la tarea judicial pueda ser afectada por malware, gusanos, spyware, ransomware, adware y toda la fauna maliciosa de programas y celadas virtuales que acecha a los documentos electrónicos y las comunicaciones informáticas.

En verdad, el concepto de documento tampoco ofrecía una noción cristalina y unánime antes del advenimiento del paradigma digital. Hoy solo se han multiplicado sustantivamente las narrativas posibles sobre aquel concepto.

Una de las principales causas de inestabilidad de la noción de documento como categoría procesal deriva de las tensiones y transiciones entre el paradigma analógico y el paradigma digital; ha ocurrido una resignificación relevante de categorías como las de autor, copia, original⁵³¹, transporte, registro, secuencia, lectura, permanencia, etc., cuestiones que exhiben los síntomas de un profundo cambio cultural. Y todo ocurre en ese

⁵³¹El documento electrónico ha puesto en crisis la relación entre original y copia. Un ejemplo: la ley 25.506 establece en su artículo 11 que “[l]os documentos electrónicos firmados digitalmente y los reproducidos en formato digital firmados digitalmente a partir de originales de primera generación en cualquier otro soporte, también serán considerados originales y poseen, como consecuencia de ello, valor probatorio como tales, según los procedimientos que determine la reglamentación”.

escenario que llamamos sociedad de la información -un mundo conectado digitalmente y con una nueva forma de relacionarse-, al menos en un sentido técnico-formal aunque no necesariamente más próximo desde lo humano.

Basta pensar lo que ocurre en materia de firma digital: la autoría se constata sobre soporte digital y por un “procedimiento matemático” anclado en un programa determinado y verificado en una pantalla. Esto, que consideramos la suma más excelsa de exactitud y de la genialidad tecnológica, está articulado sobre una cadena de presupuestos, opacidades y sobre entendidos. Sin embargo, toda la cuestión se resume en una pantalla y en un clic. La confianza en el cotejo de firmas se ha desplazado por nuestra fe en los píxeles.

4. Tarea fina.

Creo ineludible relevar, brevemente y ante todo, los cambios producidos en materia documental. Con tal propósito me inclino por realizar una aproximación desde el campo de la historia y de la hermenéutica -dos hermanas inseparables- sobre eso que llamamos documento.

Desde el campo histórico estimo posible enriquecer nuestra comprensión situacional y prospectiva de la noción de documento mostrando las radicales variaciones en materia de *soportey*, asimismo, subrayar la invariancia histórica de una cuestión relevante: para el ser humano existe una ineludible necesidad de contar con documentos para variados propósitos. Uno de esos propósitos resulta claramente inherente al derecho procesal.

Por su parte, la hermenéutica nos posibilita explicar cuestiones relativas al lenguaje ya los contextos sociales que se reflejan en la interpretación, traducción, verificabilidad, etc. de los documentos y qué ocurre con esas cuestiones ante el surgimiento del mundo digital.

La finalidad y tópicos de este ensayo dista de ser novedosa, existen excelentes abordajes procesales sobre el particular⁵³². Sin embargo, la forma de narrar una cuestión siempre puede agregar y enriquecer temas que están lejos de ofrecer la posibilidad de darles solución de continuidad. Por ello y en lo que sigue procuraré fundir la materia histórica y

⁵³²Por ejemplo, ver de Ramos, Vitor de Paula; *La prueba documental. Del documento a los documentos y del soporte a la información*; Marcial Pons, Madrid, 2023.

los insumos de la hermenéutica en ese crisol cambiante que han tenido y tienen los documentos: su soporte.

5. Humo sobre el agua.

Observemos algo que parece obvio pero que muchas definiciones sobre documento omiten: todo documento nos presupone a nosotros, ya que como objeto, un documento sin sujeto que así lo designe e interprete, es simplemente un ente e, incluso, esto último podría ingresar en el umbral de la aporía cuando no hay nadie que lo constate. Mentar algo así como “esto es un ente”, es un antropomorfismo, porque “lo que es” –predicado- siempre lo es para un sujeto.

En esa relación recíproca entre documento y persona, toda una complejidad hermenéutica, podemos establecer cuatro elementos: a) el soporte, b) el significante, c) lo significado y, d) el sujeto o persona humana que interactúa con y a través de los anteriores elementos.

En estas observaciones, por lo tanto, hay un sujeto que percibe-traduce (construcción de sentido y aspecto epistémico) y un objeto percibido (aspecto ontológico). Esas dimensiones no se oponen, se complementan. Porque en definitiva es una relación entre percepción, lenguaje y pensamiento lo que “constituye” al documento. También puede aparecer la voluntad de comunicar algo a través de un objeto.

Aquí debo hacer una breve digresión: de manera transversal, además de los documentos que resultan creados por el ser humano existen otros documentos que se producen sin que intervenga una voluntad humana que tenga el propósito de comunicar algo. Así, huellas, manchas, nidos, heridas, virutas, hormigueros, estrellas, granizo, etc. son documentos que pueden establecerse en principio como ajenos a la voluntad de comunicar. Ahora bien, estos últimos “documentos”, solo se constituyen en tales a partir de la existencia de un observador y la relación de éste con lo observado.

Como podemos intuir, el problema para conceptualizar qué es un documento es una tarea de desmalezamiento. Veamos muy someramente que ha dicho el campo del derecho procesal al respecto.

La noción clásica de documento se centra en su aspecto representativo, elude así toda cuestión hermenéutica como problema, termina por hipostasiar un objeto dado y no considera el punto de vista del observador, los problemas de comunicación, los errores de perspectiva o los sesgos culturales que puedan existir. Por otra parte, esta posición resulta fuertemente anclada en una clase particular de documentos: los instrumentos, es decir, los documentos escritos.

El concepto clásico de documento se refleja, entre otros, en Francesco Carnelutti quien considera que el documento no es un acto sino una cosa⁵³³. Sobre esa premisa, Carnelutti otorga al documento, al igual que al testimonio, una función representativa y asigna al documento la función de representar hechos pasados y el de ser obra del hombre y fundamentalmente, el de ser de carácter escrito.⁵³⁴

En mi opinión, el problema en la concepción de Carnelutti reside en otorgar al documento una función representativa, lo que es en cierta medida su concepción de toda fuente de prueba en sentido estricto⁵³⁵. Y ese problema deriva principalmente de confundir percepción con representación.

En efecto, Carnelutti considera a la representación como un sucedáneo de la percepción⁵³⁶: *“El objeto de la representación es, pues, el objeto mismo de la percepción: un hecho, es decir, una actitud concreta (determinada en el espacio y en el tiempo) del mundo exterior. Lo que no es un hecho, es decir, lo que no tiene existencia concreta, no se representa”*.⁵³⁷ Encuentro varios problemas en el concepto precedentemente descripto.

En primer término, entiendo que de la percepción (aspecto sensible) no se pasa sin más a la representación, término éste último muy laxo. En este punto vale la pena señalar que Simodon indica que *“...la percepción de los objetos rebasa los límites de un único sentido, es decir del empleo de un única categoría de energía física portadora de los mensajes; así, la audición para asociarse a la visión, lo cual añade a las modalidades precedentes las de la intensidad (fuerza de los sonidos), de la altura (frecuencia), del*

⁵³³Carnelutti, Francesco; *La prueba civil*; Ediciones Depalma; Buenos Aires, 1982, pág. 154.

⁵³⁴Ibidem, página 154 y sgtes.

⁵³⁵Ibidem, pág. 102.

⁵³⁶“La representación es un sucedáneo de la percepción, en el sentido en que despierta la idea de un hecho mediante la percepción de otro hecho, el cual constituye, precisamente, su equivalente sensible”. Ibidem, pág. 103.

⁵³⁷Ibidem, pág. 102.

*timbre (presencia de armónicos de diversos niveles, par o impar, con una intensidad relativa mayor o menor), incluso la vocalidad, si se la debe considerar como una dimensión sonora independiente de las intensidades y frecuencias que le dan la fuerza, la altura y el timbre. Tales percepciones heterogéneas solo pueden existir gracias a un sistema nervioso lo suficientemente centralizado para realizar la integración de los datos, ya múltiples, de diversos sentidos. Pero debemos hacer notar que esta integración a través del sistema nervioso está ya anunciada y facilitada por automatismos que asocian el funcionamiento de los sentidos; en el niño muy pequeño, un ruido conduce la orientación de los ojos y la rotación de la cabeza hacia la fuente del ruido: el funcionamiento simultáneo y sinérgico de los sentidos en la percepción de objeto se vuelve posible mediante ajustes sensorio-motores-espontáneos y complejos, tan innatos como el sistema de acción de cada organismo. El conjunto constituido por la audición y la vista funciona de manera tan orgánica como los dos ojos entre sí en la visión binocular (fijación, convergencia de los ejes ópticos)”.*⁵³⁸

Sin embargo, la percepción no actúa por sí sola ni agota las relaciones entre un ser y el mundo, además de problemas constitutivos de orden sensorial (por ejemplo, el daltonismo), hay filtros culturales que la condicionan y deben tenerse en cuenta dentro del complejo acto de conceptualizar un determinado objeto.

Por eso me animo a decir que, si bien y ante todo el documento es documento en tanto y en cuanto lo podemos percibir, no debemos restar importancia a las herramientas y destrezas necesarias que pueden requerirse para completar la percepción: el preparado histológico sin el microscopio que permita su examen, no es un documento hasta que se sitúa en ese contexto; como tampoco es “documento” lo que hay “dentro” de un celular si no logramos acceder a su contenido y lo hacemos habitualmente a través de un hardware receptivo (teclas físicas o virtuales, deslizamientos de dedos, datos biométricos, cámaras, pantallas, sacudidas, etc.) y un software específico.

Por lo tanto, junto con las formas más naturalizadas de apreciar un documento, es decir nuestros sentidos, éstos en realidad pueden ser la cadena final de distintos interfaces que nos presentan el “documento”. Nuestro interfaz primordial con el “mundo” son los

⁵³⁸Simondon, Gilbert; *Curso sobre percepción*; Editorial Cactus; Bs.As. 2012, pág. 105.

sentidos ubicados en nuestro cuerpo⁵³⁹. No son la única interfaz; la mente -donde quiere que se halle y hay muchas opiniones sobre el tema-⁵⁴⁰ también es una interfaz de carácter reflexiva, es decir, además de recibir las percepciones, nos permite percibirnos a nosotros mismos, no solo en el marco de lo físico, sino de lo psíquico (alegría, melancolía, miedo, etc.).

Podemos apreciar en este punto que tampoco es suficiente la percepción, se requieren habilidades y competencias para interpretar -“traducir”- el documento. Ver una radiografía si uno es profano a la ciencia de la radiología solo nos exhibirá manchas en una escala de grises y, tal vez acertemos a ver “algo”, pero sin las competencias específicas, la riqueza entre significante y significado se diluye. Incluso puede pasarse por alto lo que podría haber sido un significante, y esto aplica para un o una neurocirujano/a o para un somelier. Los ejemplos son innumerables, incluso para documentos -instrumentos- estrictamente jurídicos como contratos, sentencias, leyes, o, simplemente documentos en un idioma extranjero que no dominamos, etc.

Notamos por lo tanto, que junto con los problemas de percepción, la representación es una construcción. En primer lugar, si hay representación, hay ausencia, ya que lo representativo está en lugar de lo representado, de lo contrario no hablaríamos de representación sino de presencia directa. De manera tal que en la relación representado/representante, que puede ser una sombra, un diputado o una metáfora, no está directamente el objeto o sujeto representado. Como en el mapa no está el territorio y en la palabra perro no está el perro. Esa ausencia se puede “cubrir” de muchas maneras según el carácter de la representación, no obstante es necesario que nosotros interactuemos para que establezcamos cuán genuina, exacta o válida es la representación.

⁵³⁹Los sentidos del ser humano no se agotan en los clásicos tacto, gusto, olfato, audición y vista; además se pueden incluir la propiocepción o sentido cinestésico que nos informa de la ubicación relativa de las partes de nuestro cuerpo; la nocicepción, es decir, la posibilidad de sentir dolor físico interno (por ejemplo, en las meninges, tejidos nerviosos, vasos sanguíneos y músculos); etc.

⁵⁴⁰La separación cartesiana entre materia y mente, tan cara a la modernidad con sus categorías binarias tiene sus puntos ciegos. Soy consciente de que esas escisiones y grillas categoriales no son pétreas: “...*ciertos grupos de corrientes pulsantes salen del cerebro para llegar a ciertos músculos del brazo. Como consecuencia de este estímulo, el brazo acciona una mano vacilante y temblorosa que representa un emocionado adiós de despedida para una larga y dolorosa separación. Simultáneamente observamos como otras corrientes pulsantes producen cierta secreción glandular que deja al pobre ojo triste velado por las lágrimas. Pero en ningún punto de este trayecto (...) encontraremos la personalidad, ni la honda pena, ni la preocupación que inunda el alma*”. Erwin Schrödinger; citado por Pogue Harrison, Robert, en A.A.V.V., *Mente y materia ¿Qué es la vida?*; Katz, Bs.As., 2010, , págs. 43 y 44.

Desde muchos puntos de vista se ha tratado el tema de la representación. Debemos a Alfred Korzybski el ya mencionado y conocido enunciado de que “el mapa no es el territorio”⁵⁴¹.

Ahora bien, hay una forma elemental de “traducción” del “mundo”, la más común: el lenguaje. Con el lenguaje (i) nos traducimos a nosotros mismos nuestras percepciones, y (ii) traducimos o intentamos hacerlo, las emociones que esas percepciones provocan en nosotros y, (iii) luego si es del caso, intentamos comunicar a otros “eso” (iv) por medio de “etiquetas lingüísticas, quienes, (v) a su vez, perciben nuestra voz, tono y contexto de enunciación, y ellos también (vi) traducen sus percepciones, (vii) en lenguaje y sus consiguientes (viii) emociones en (viii) pensamientos. Un verdadero “teléfono descompuesto” que, increíblemente, en general y con ruidos e incertidumbres, ¡funciona!

En mi opinión Enrique Falcón formula una plausible definición de documento cuando dice: “[e]n general, y desde un punto de vista muy amplio, el documento es toda huella, dato, vestigio natural o humano- que se asienta sobre un objeto y que nos permite advertir que éste se ha constituido en registro de un hecho. Los objetos que vienen a ser los documentos a los que ahora nos referimos pueden ser impresionados, entonces, por hechos naturales o humanos”.⁵⁴²

De la definición mencionada me parece oportuno subrayar la importancia de (i) adoptar un punto de vista amplio para abordar la noción de documento: los cambios en los soportes, en la transmisión, acceso, y variedad de contenidos de los documentos, además de la necesidad de contar con saberes expertos para analizar un documento, en fin, una mirada abierta sobre el tema; (ii) el origen natural o humano de un documento, tanto en su producción como en su composición; “nos permite advertir” (iii) un elemento inescindible de la noción de documento: sin sujeto hermenéutico que se interroga sobre un objeto y predique algo sobre ese objeto no hay documento; de alguna manera el documento, fenomenológicamente, está en latencia, existe solo como ente, pero solo a partir y a través de una persona que lo somete a escrutinio, que lo menta y refiere, surge el documento; y

⁵⁴¹Bateson, Gregory; *Pasos hacia una ecología de la mente. Una aproximación revolucionaria hacia la autocomprensión del hombre*. Ediciones Lohlé – Lumen; Bs. As. 2016, pág. 479. Bateson señala que “lo que hay en el papel del mapa es una representación de lo que hubo en la representación retiniana de hombre que hizo el mapa; y en la medida que retrocedemos preguntando, nos topamos con una regresión al infinito, con una serie de mapas. El territorio no aparece nunca en absoluto”. (Bateson, ob. cit. pág. 485).

⁵⁴²Falcón, Enrique Manuel; *Tratado de la Prueba*; t. 2; Astrea, Buenos Aires, 2009, pág. 4.

Falcón habla de (iv) objeto “impresionado” que viene a ser, quizá, el tema más delicado, ya que remite a muchos aspectos como son el soporte, la forma, el contenido y la interpretación.

La definición de Falcón contrasta con la que propicia De Paula Ramos quien señala como aspectos importantes que el documento no es una persona o un animal, sino una cosa y que ésta puede ser corpórea o no, así indica que el documento no está dotado de vida; y, además, entiende que el documento debe estar dotado de signos añadidos por un ser humano o una máquina⁵⁴³.

No comparto la noción que ofrece De Paula Ramos cuando sostiene que el documento es un “objeto, corpóreo o no, al que humanos o máquinas añaden signos”. Ante todo, el documento puede consistir seres vivos, pensemos en una disputa sobre patentes donde la prueba esencial sean determinadas semillas⁵⁴⁴ o un tipo de alimento (cada envase de yogurt contiene millones de bacterias vivas), o un conflicto contractual donde la prueba documental está en definir si un perro es de pedigrí. Cada uno de esos elementos, configuran documentos, otra cuestión es si requieren, además, una prueba pericial o de otra clase para evaluarlos debidamente. Por otro lado, “cosa” es un término muy laxo, y puede predicarse de semillas o de un órgano destinado a trasplante (en este caso, una cosa fuera del comercio).

Mi segundo desacuerdo con De Paula Ramos se produce porque él considera que el documento contiene signos puestos por un ser humano o una máquina. Entiendo que un meteorito, una hoja de árbol o cabellos humanos también son documentos y no hay, por lo general, signos puestos por personas o máquinas en esas cosas. También cuesta establecer qué debe entenderse por una máquina que añada signos, ya que de momento, solo cabe pensar en un artefacto ideado por el ser humano con tal propósito, sea una vieja máquina de escribir, una impresora láser o un mensaje bot utilizado en redes sociales.

⁵⁴³De Paula Ramos, ob. cit. págs. 92 y 93.

⁵⁴⁴Como ocurrió en el caso “*Bowman vs. Monsanto*” fallado por la Corte Suprema de Justicia de EEUU en el año 2013, y donde ese tribunal dio la razón a la empresa en cuanto ésta mantenía sus derechos de patente sobre las semillas vendidas a Bowman, y luego, reproducidas por el agricultor. Indudablemente esas semillas obtenidas por el agricultor constituían un documento esencial en el proceso para establecer si existía o no daño patrimonial y violación de la ley de patentes por parte de Bowman (*Bowman v. Monsanto*, 569 U.S. - 2013-).

Al fin de cuentas, uno de los documentos más conocidos, la huella dactilar, carece de signos “insertados”, esto es de referencias o marcas puestas voluntariamente para comunicar algo.

Incluso dejamos durante la mayor parte de nuestras vidas en forma involuntaria la impresión de nuestra huella dactilar sobre cientos de objetos. Por lo tanto, la “huella” no es voluntaria, salvo casos puntuales, y en todo caso su valor documental es una construcción de la cultura que asigna a un fenómeno material -la impresión que dejan partes de nuestro cuerpo en objetos- un valor referencial y asociativo, a partir de signos diferenciados por la ciencia forense⁵⁴⁵.

La reflexión precedente nos lleva a anticipar otra reflexión: puede haber documentos de documentos, en el ejemplo de la huella digital, una foto o impresión forense de la misma; o el testimonio de una escritura pública, etc.

Ahora bien, es la noción de “objeto” la que parece haberse alterado radicalmente, pues junto con los aspectos más ortodoxos -recordar que objeto deriva del verbo latino *obicere*, que significa echarse hacia adelante, oponerse, ser contrario- precisamente los “objetos” digitales no ofrecerían resistencia alguna⁵⁴⁶. Y es esa ausencia de resistencia de tales objetos, como hace notar Han⁵⁴⁷, lo que empobrece nuestra experiencia, paradójicamente, es la resistencia espacio temporal de los objetos lo que enriquece nuestro mundo, basta pensar en un abrazo.

Un buen recurso para mejorar nuestra perspectiva sobre un tema puede ser cambiar las preguntas con que nos vinculamos a aquél. En ese andar resulta oportuno evocar a Kurlansky cuando se interroga acerca de qué hacen los humanos que no haga el resto de los animales. Luego de descartar el tema de los pulgares oponibles como una diferencia relevante, y también la habilidad del hombre de construir y cambiar el entorno, -lo que también hacen otros animales-, lo mismo que la violencia como un dato específico, Kurlansky resalta que sin embargo “*sí existe un rasgo que es realmente exclusivo de los*

⁵⁴⁵En 1892 Argentina fue el primer país en condenar a una persona tomando como prueba documental la impresión de huellas dactilares en la escena del crimen, más concretamente en un buzón. Ver: <https://www.police-scientifique.com/Fransisca-Rojas>.

⁵⁴⁶Byung-Chu Han; *No-cosas*, Taurus, Argentina, 2021, pág. 37.

⁵⁴⁷Ídem.

humanos: la necesidad de dejarlo todo registrado”⁵⁴⁸. El autor citado se refiere al impulso humano de registrar cuanto entra en su mente, y de hacerlo en piedra, barro, tablillas, cortezas y pieles y, de allí ese deseo lleva a la invención del papel.⁵⁴⁹Y esto nos lleva a un tema central en materia de documentos: el soporte.

6. El soporte. Las cinco “P”.

Entre los aspectos complejos que ofrece el documento, y entendiendo complejidad⁵⁵⁰ como referida a las numerosas interacciones que se presentan dentro de los elementos que configuran un determinado documento, está la cuestión del soporte. En particular aquí busco resaltar el elemento denominado *soporte* para exhibir a través de su historicidad los cambios y las consiguientes alteraciones que ello implicó e implica sobre el derecho procesal; en este sentido, debo aclarar que específicamente el soporte que examino es el creado a ese fin por el ser humano.

En cuanto a aquellos documentos realizados por el hombre y destinados a la comunicación, el pensamiento de Berti sobre el punto es digno de subrayar: “*la historia del pensamiento es la historia de los soportes que lo hacen transmisible. El pensamiento solo puede hacerse efectivo fuera del cuerpo, cuando se enuncia, a través de la mediación de una paradójica abstracción dotada de materialidad. Estas abstracción puede ser fónica, gráfica o voltaica, bajo la forma de sonidos, letras o bits, entre las ocurrencias más habituales*”.⁵⁵¹

Considerar la cuestión del soporte remite al momento de su uso, pero también al de su creación y de la decisión de usar determinado soporte en lugar de otro, también se refiere a qué contenido impresiona o aloja el soporte, y por qué y para qué es usado: escritura ológrafa, electrónica, máquina de escribir, pincel, representación bidimensional(incluyendo

⁵⁴⁸Kurlansky, Mark; *Papel. Páginas a través de la historia*. Ático de los Libros, Barcelona, 2021; pág. 22.

⁵⁴⁹Ibidem, pág. 23.

⁵⁵⁰En verdad, más que hablar de complejidad corresponde referirse a la expresión pensamiento complejo, método que se basa en los siguientes principios: el principio dialógico, el principio recursivo, el principio hologramático y el principio conector. El pensamiento complejo no es de carácter totalizante sino relacional, no tiene pretensiones de completitud sino de comprensión de relaciones. Puede verse, Garcandía Imaz, José Antonio; *Pensar Sistémico. Una introducción al pensamiento sistémico*; Editorial Pontificia Universidad Javeriana; Bogotá, 2011; en particular el capítulo IV.

⁵⁵¹Berti, Agustín; *Nanofundios. Crítica a de la cultura algorítmica*. Ediciones La Cebra, Universidad Nacional de Córdoba, Adrogué, 2022, pág.45.

las matrices de datos, como los códigos QR y de barras), tridimensional, holográfica, uso de alfabetos, tipo de letras, imagen, ideograma, formas de conservación, formas de transporte, formas de comunicación, formas de validación de tiempo, autoría e inalterabilidad, valor probatorio, interfaces de lectura o visualización, sistemas de protección de documentos, niveles de registro, coautoría y coedición⁵⁵², controles de cambios, sistemas expertos y peritajes sobre documentos, etc.

El soporte es una de las puertas posibles para analizar lo que connotamos de ese edificio en permanente remodelación y que denominamos documento.

¿Qué es un soporte? No es sencillo decirlo. El documento debe estar sobre o en algo que sea perceptible, es decir, volvemos al antropocentrismo y requerimos de los sentidos del ser humano. Pero Ud. dirá, y con cierta razón, que hay documentos que no son percibibles por el ser humano, por ejemplo, las variaciones de voltaje de los electrones de un dispositivo de almacenamiento electrónico (v. gr.: pendrive). Eso impone la necesidad de nuevos interfaces y mecanismos de seguridad. ¡Si esto será importante! De esos electroncillos y su carga eléctrica inalterable o segura depende que la cuenta que Ud. tiene en el banco le permita sufragar los gastos más elementales.

6.a. El soporte y su singladura.

Los cambios en el soporte pueden explicarse como el camino de las cinco “P”: piedra⁵⁵³, papiro, pergamino, papel y pantalla.

En verdad este camino no solo se puede condensar en la letra “P”, pero podemos decir que allí están los más importantes. En esa ruta aparece un salto abismal, un cambio de paradigma en materia de documentos que va de lo analógico a lo digital.

Corresponde también aclarar que, si bien la piedra fue el primer soporte conocido en materia de documentos, fue la tablilla de arcilla el soporte más común usado en razón de la facilidad de su hechura y ductilidad pero con obvias dificultades para su transporte. Las

⁵⁵²La noción de montaje o edición hoy es muy diferente a la de hace unas décadas atrás, porque tanto la intertextualidad (cita, remisión, etc.) como la hipertextualidad, rompen con el paradigma de los formatos, de la encuadernación y la referencialidad.

⁵⁵³Aun sin dejar de desconocer las pinturas rupestres como documentos, los más comunes a los que puede asignarse ese carácter comenzaron a realizarse sobre tabletas de arcilla. La tablilla de arcilla es en verdad el primer y más importante soporte documental a excepción de la memoria humana.

tablillas de arcillas llegaron a coexistir con el uso del papiro, que era usado principalmente por escribanos. Junto con la tablilla de arcilla primigeniamente se usó la tablilla de cera que era destinada a la escritura informal, y fue el primer soporte destinado a la escritura temporal.⁵⁵⁴

El soporte más difundido durante mucho tiempo fue el papiro, exportado en la antigüedad por Egipto al resto del mundo conocido. El papiro era realizado en base a juncos que crecían en las orillas del delta del Nilo, el procedimiento era arduo y concluía en la producción de un rollo con un ancho de 13 a 30 cm y un largo de alrededor de 3 metros; se cortaba del rollo solo lo que iba a utilizarse⁵⁵⁵.

El primer cambio significativo materia de soporte se produce con la globalización, no está, la contemporánea, sino con la primera y de mayor calidad: el helenismo.

Bien se ha dicho que “*el paisaje desde Europa a la India estaba salpicado de ciudades con rasgos reconocibles (calles amplias que se cruzaba en ángulo recto según el trazado hipodinámico, ágoras, teatros, gimnasios, inscripciones en griego y templos con frontones decorados). Eran los signos distintivos de aquel imperialismo cultural*⁵⁵⁶, como hoy lo son la Coca-Cola, los McDonald’s, los anuncios luminosos, los centros comerciales, el cine de Hollywood y los productos Apple, que uniformizan el mundo”⁵⁵⁷. De Antígona a Twitter (X) sospecho que hay un plano inclinado descendente.

Vallejo hace notar que antes de la imprenta, cada libro era único. Un nuevo ejemplar requería la reproducción letra por letra y palabra por palabra.⁵⁵⁸ Esto me permite introducir otro cambio derivado de los cambios en los soportes documentales: el de la copia, algo que la firma digital parece haber logrado esfumar, al menos para los documentos electrónicos, aspecto se relaciona con el cambio de paradigma del analógico a lo digital.

Ahora bien, con el soporte de piedra ocurría un claro problema de transportabilidad. No nos imaginamos poniendo en nuestra mochila o morral tabletas de arcilla o un artículo/lápida (aunque metafóricamente los hay). Hoy las piedras, lápidas, edificios, son

⁵⁵⁴Kurlansky, Mark; ob. cit., pág. 36.

⁵⁵⁵Vallejo, Irene; *El infinito en un junco. La invención de los libros en el mundo antiguo*. Siruela Grupal, Ciudad de Buenos Aires, 2020, pág. 45 y 46.

⁵⁵⁷Vallejo, ob. cit., pág. 51 y 52.

⁵⁵⁸Vallejo, ob. cit., pág. 76.

documentos de la subclase monumentos debido a la dificultad de transportabilidad. Los monumentos son objeto de pericias y reconocimientos judiciales en el lugar donde se encuentran. No hay un “agréguese” para una estatua o un mural. Mucho menos para aquellos situados en superficies inamovibles o protegidas -las pinturas rupestres, por ejemplo- o por sus dimensiones, el caso de las pirámides egipcias o aztecas-, incluso un lugar extenso puede ser en rigor un documento/monumento, por ejemplo el Convento de San Lorenzo, célebre por el *combate* homónimo, o el megalítico sitio de Stonehenge. Incluso la denominada “escena del crimen” es en sí misma un documento del cual se extraen o realizan otros documentos (muestras de sangre, saliva, ropa, ADN, sustancias tóxicas, proyectiles, fotografías, croquis, etc.).

Incluso existen, para evidencia documental de difícil transportabilidad, sistemas de depósito y custodia de evidencia específicos (oficinas policíacas, judiciales, playas para vehículos secuestrados, morgues, etc.).

Por eso el rollo de papiro constituyó un avance en la historia del documento escrito.⁵⁵⁹ No obstante este soporte poseía un inconveniente: en climas más húmedos que Egipto -su lugar de origen- se ennegrecían e, incluso, se deshacían.⁵⁶⁰

El problema tuvo solución en la ciudad griega de Pérgamo, actual Turquía. Se trató de una solución tecnológica por medio de un nuevo soporte: el pergamino. No obstante, como indica Kurlansky, el papiro continuó usándose durante otros mil años e, incluso, coexistieron varios siglos ambos soportes. En rigor, el fin del papiro lo provocó la llegada del papel⁵⁶¹.

Según Vallejo, el pergamino se fabricaba con pieles de becerro, cabra, carnero u oveja. La piel requería un tratamiento y el conocimiento del oficio; así se daba un baño de cal a la piel durante varias semanas para, luego, secarlas y estirarlas en bastidores especiales. El estiramiento producía la alineación de las fibras de la piel y generaba una superficie lisa que era raspada hasta quedar blanca y de un grosor estandarizado. Como resultado se obtenían unas láminas suaves, delgadas y aprovechables en ambas caras, que

⁵⁵⁹Vallejo, ob. cit., pág. 77.

⁵⁶⁰Vallejo, ob. cit., pág. 78.

⁵⁶¹Kurlansky, ob. cit. pág. 37.

además de transportables, incorporaban la condición de resultar duraderas⁵⁶². En la época del papiro y del pergamino la copia era artesanal y se volvía en sí misma única.

Como podemos ver, antes una biblioteca necesitaba de varios rebaños, hoy la cultura es de rebaños. ¡Qué transmutación asombrosa!

Aunque el pergamino hoy en día ha caído en desuso seguimos usando la piel para documentar sueños, expresar pertenencias, avatares, apetencias y celebrar acontecimientos: nos tatuamos. También se marca el ganado⁵⁶³ y, hasta bajo un procedimiento ominoso, el ser humano ha demostrado su brutalidad cruel al utilizar la piel humana para numerar prisioneros⁵⁶⁴. No puedo dejar de señalar que junto a los soportes hasta aquí analizados, también hubo muchas otras variedades, como ocurrió en la cultura incaica con el uso del quipu basado en soporte textil, donde los documentos se realizaban por medio de cuerdas y nudos.⁵⁶⁵

En cuanto al papel, no se sabe a ciencia cierta cuándo fue inventado.⁵⁶⁶ El papel es elaborado a partir de fibras de celulosa que luego se rompen y mezclan con agua hasta su casi completa dilución. Luego, ese líquido se ubica en un molde y se lo deja escurrir hasta quedar una fina capa de fibras tejidas al azar, eso es el papel⁵⁶⁷.

El papel tiene componentes orgánicos que pueden derivar de la madera, corcho, algodón, seda, algas, etc. Fueron los chinos quienes el siglo II d. C., mejoraron notablemente el método de producción del papel. En el siglo III d. C. se agregó el encolamiento para neutralizar la excesiva absorción de tinta. La función del papel, sobretodo en China y Japón no era solo para la escritura, también se lo utilizaba en la construcción de casas, paneles y como papel translucido en ventanas, incluso en China contribuyó al origen de la caligrafía como expresión de arte individual⁵⁶⁸.

El gran avance en el uso del soporte papel fue con la rueda de agua la que derivaba de la adaptación de la rueda para moler grano. Según Kurlansky, los andalusíes convirtieron los molinos usados por los romanos para moler aceitunas para obtener aceites

⁵⁶²Vallejos, ob. cit. 79.

⁵⁶³ Decreto ley nro. 22.939.

⁵⁶⁴Primo Levi, *Si esto es un hombre*; Muchnik Editores, Barcelona, 1987, pág.41.

⁵⁶⁵Moorhouse, *Historia del alfabeto*, Fondo de Cultura Económica, México, 2016, pág. 18.

⁵⁶⁶Kurlansky, ob. cit. pág. 53.

⁵⁶⁷ Ibidem.

⁵⁶⁸Kurlansky, ob. cit. páginas 53 a 74.

en molinos de papel. Durante la permanencia árabe en la península ibérica, ya con el papel en producción, las transacciones comerciales y bancarias comenzaron a registrarse en ese soporte a través del sistema de numeración indo-arábigo, y aparece germinalmente el concepto de factura y recibo. También la cartografía, aprendida por los árabes de los griegos, era realizada en papel⁵⁶⁹. En esta constante evolución del soporte papel, aparecen en 1276 las marcas de agua; para el siglo XIII el papel en Europa era usado en diversos ámbitos como el derecho, la contabilidad, la música y la cartografía⁵⁷⁰.

Como apunta Kurlansky, “*el mayor problema al que se enfrentaron los habitantes del Viejo Continente en los siglos XIV y XV fue el hecho de que la demanda de libros era tan alta que los escritores no podían reproducirlos con la rapidez necesaria*”; pero esto cambiaría: los europeos, que habían descubierto tres inventos chinos claves -el papel, la pólvora y la brújula-, se aprontaban a acoger el cuarto gran invento chino: la imprenta⁵⁷¹.

Según Kurlansky la impresión nace como concepto en China pero su ejecución funcional es llevada a cabo por primera vez en Japón. La historia excede el marco de este ensayo, solo digamos que el mencionado autor refiere que fue la emperatriz Shotoku quien en el año 770 y con ayuda de monjes budistas los que utilizaron primigeniamente la madera tallada para imprimir miles de oraciones⁵⁷².

Los chinos fabricaban tipos móviles de bronce aunque los más utilizados eran los de madera pues no se producían ediciones en masa, aunque ya en los siglos XII y XIII tanto en Corea como en China se usaron tipos móviles de metal. Sin embargo, el problema de la impresión china era que los caracteres chinos son numerosos: para una comunicación regular pueden requerirse sesenta mil, pero en el chino literario el número requerido ronda los doscientos mil⁵⁷³.

Por su parte, en Europa, la necesidad de editar libros era grande y como es sabido, fue un orfebre de Magnucia, quien en el siglo XIV experimentó con la impresión de tipos móviles, aunque ya había experimentos paralelos en otras ciudades del Viejo Continente

⁵⁶⁹Ibidem, pág. 101.

⁵⁷⁰Ibidem, pág. 124.

⁵⁷¹Ibidem, pág. 132. Aunque es un lugar común establecer a Gutenberg como el inventor, en rigor fueron los chinos los primeros en utilizar la imprenta. Ver también, Gruzinski, Serge; *El águila y el dragón. Desmesura europea y mundialización en el siglo XVI*; Fondo de Cultura Económica, 2018, pág. 80 a 82

⁵⁷²Ibidem, pág. 136.

⁵⁷³Ídem.

como Brujas, Aviñón y Bolonia. Lo cierto es que fue Gutenberg el que primero imprimió en Europa con tipos móviles de metal realizados por el mismo y con gran calidad: el primer libro impreso en Europa fue la Biblia⁵⁷⁴.

Para el siglo XIX la producción de papel en Europa se había industrializado. Diversos procesos utilizaban máquinas de pisón para descomponer trapos en fibras; aunque no era tanto el procedimiento como la cantidad de establecimientos los que satisfacían la amplia demanda de papel: la Francia prerrevolucionaria ya contaba con setecientos cincuenta molinos de papel a lo largo de todo su territorio, y esa industria comprometía a unos diez mil trabajadores que producían 2.500.000 resmas de papel de quinientas hojas cada una⁵⁷⁵.

El auge de la burocracia, el derecho cartular, sucesorio o contractual, como también formas de contabilidad organizadas, incidieron en la demanda de papel, pero también lo hicieron la educación y la cultura en general, las que demandaban grandes cantidades de papel: libros, periódicos y octavillas se establecerían como los soportes más comunes para los hábitos de lectura. Un soporte, el papel, que incidía en muchos ámbitos, por ejemplo, en las actividades de los tribunales con procesos escritos y donde los documentos eran la columna vertebral de lo constitutivo y lo registral en materia de juicio, ideales para el proceso denominado romano-canónico.

En este punto quiero hacer una reflexión sobre el tema del soporte papel. Gran parte de la base analítica de la doctrina procesal más importante, la doctrina fundante de nuestro derecho procesal -desde Tomás Jofré en adelante y hasta fines del siglo XX- por razones epocales habla y analiza la cuestión de la prueba documental desde el paradigma del papel, y aun cuando también estén otros aspectos presentes, por ejemplo la fotografía, es sin dudas el soporte papel como tecnología, y sobre todo la escritura en papel, los que establecieron la perspectiva probatoria documental y de los actos procesales y de gestión, incluso el código Vélez Sarsfield incorpora como matriz el papel y, en especial, los instrumentos. Mucho más la Constitución Nacional, por ejemplo, cuando el art. 18 de la ley fundamental se refiere a “papeles privados” y “correspondencia epistolar”. Hoy en día esto ha cambiado notablemente.

⁵⁷⁴Kurlansky, ob. cit. pág. 148 a 150.

⁵⁷⁵Ibídem, pág. 284.

En el nivel sónico sobre soporte papel, sin embargo, no todo documento/instrumento se sustentaba sobre el paradigma de la grafía, y así como en materia de imagen, la fotografía sucedió al daguerrotipo, también aparecieron documentos en papel elaborados desde la antropometría como el creado por el croata nacionalizado argentino, Juan Vucetich, quien inventó el primer sistema mundial de identificación de personas a través de huellas dactilares en el campo de la criminalística.

El análisis desde el soporte papel de la prueba documental, y sobre todo desde la noción de instrumento, somete la perspectiva de análisis de la prueba documental a varios condicionamientos como son la bidimensionalidad, secuencialidad lineal e insularidad del documento analizado.

6. b. Pantallas y electrones.

La irrupción de la pantalla como soporte ha cambiado nuestras vidas, desde el modo de trabajar, caminar (y tropezar), las formas del ocio, de relacionarnos socialmente, la configuración de nuestra identidad y, por supuesto, las maneras de considerar lo qué es un documento. Incluso este trabajo se hace utilizando como herramienta de lectura, control, y comunicación una pantalla.

Con el fenómeno de las pantallas ingresan o se refuerzan en materia documental términos como “resolución”, “táctil”, “ancho”, “ventana”, “ampliar/minimizar”, “compartir”, “girar”, “subir/descargar”, “firmar”, “guardar”, “editar”, “insertar”, “hipervínculo”, “captura”, “bloqueo”, “brillo”, etc.

Indudablemente se trata de la confluencia de elementos todos ellos que conforman un sistema disruptivo con el paradigma anterior, donde la pantalla es como la superficie de un océano de aguas muy profundas y de contornos indefinibles.

Por ejemplo: uno de los soportes más comunes en materia documental, el metal o el papel utilizado como dinero ha quedado profundamente rezagado por el uso de los medios digitales, que en combinación con ordenadores personales o dispositivos móviles (celulares, tabletas), permiten realizar millones de transacciones monetarias virtualmente, operaciones que son verificadas, por nosotros los humanos, a través de pantallas.

Sin las pantallas sería imposible hablar de tokenización, blockchain, criptomonedas, billeteras virtuales, etc. Sin embargo, el concepto que mejor permite exhibir lo que viene a traer el cambio de soporte a través de la pantalla es lo que conocemos bajo el término de *documento electrónico*.

No obstante, y aun cuando resulte obvio, merece aclararse que la pantalla no es el documento electrónico, ya que este, desde el punto de vista físico es una condición o situación electrónica que se puede representar en unidades informáticas (bits) almacenados/grabados en un dispositivo y con el mismo dispositivo u otro, obtenemos la “lectura” de ese documento electrónico.

Como dice Falcón, el “documento base” debe mostrarse a través de una salida -comprensible en lenguaje natural-, pero ésta no es el documento mismo, sino una representación⁵⁷⁶.

La noción de documento electrónico requiere una mínima explicación pues en el campo de la producción jurídica el tema es esquivo; principalmente aquí interesa ahondar en la vaguedad que se asienta en lo que deberíamos entender bajo la expresión “electrónico”. Habitualmente encontramos definiciones donde se nos dice que un documento electrónico es aquél creado por una aplicación electrónica, con lo que estamos en el mismo lugar desde el que pretendimos partir: ¿qué es una aplicación electrónica?, incluso, ¿qué es la electrónica?

La ley nro. 25.506 de firma digital parece hablar indistintamente de documento electrónico o digital como sinónimos. Así, el art. 2 de la dicha ley se refiere a que la firma digital consiste en aplicar un “procedimiento matemático” a un “documento digital”. Para un neófito en informática comprender esto exige altas dosis de intuición y suspender su capacidad de dudar. Por empezar nos preguntamos ¿dónde se aplica ese procedimiento matemático? ¿Cómo? ¿Cuándo? ¿En qué consiste ese procedimiento? ¿Cómo y quién lo controla? Etc.

Luego, la ley también intenta aclarar que estos procedimientos -de firma y verificación- son determinados por una autoridad de aplicación y que lo son de acuerdo a los estándares internacionales vigentes; hay mucho para decir sobre esto último pero excede el propósito del tema aquí analizado.

⁵⁷⁶Falcón, ob. cit., pág. 92.

Por su parte, para sumar más confusión, el art. 6, la ley nro. 25.506 define al documento digital como “... *la representación digital de actos o hechos con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo*” y agrega que “...*un documento digital también satisface el requerimiento de escritura*”.

Francamente aprecio que estamos ante una verdadera mezcla de conceptos y categorías. En primer lugar, el documento digital o electrónico, como veremos, es mucho más que la representación digital de hechos o actos, en verdad, lo “digital” representa la computación de variaciones de voltaje determinadas por dispositivos de entrada que son procesados y transformados en valores lógicos que, de acuerdo con un software, se expresan en otras operaciones, incluso a través de dispositivos de salida, como puede ser un led, una pantalla o un parlante, etc.

De manera tal que en el documento electrónico encontraríamos dos niveles de representación de una situación electrónica; el nivel lógico, y el nivel que puede ser percibibles por otros sistemas, por ejemplo los sistemas analógicos, como son los sentidos humanos. En cuanto al “documento digital” “escrito”, en verdad es una forma de reproducción más del documento digital y se refiere más a su forma de percepción que a su forma lógico-informática.

El art. 286 del CCyCN señala que la expresión escrita de un acto jurídico puede hacerse constar en cualquier soporte -nuestras cinco P- y, agrega: “...*siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos*”. De esta manera el CCyCN no sólo comprende a los documentos electrónicos, sino a todos los que requieran medios técnicos de lectura, por ejemplo, un microfilm. Sin embargo, entendemos que la norma se halla dirigida a los documentos electrónicos, los que para su “lectura” requieren de medios técnicos que, previamente, deben computar la información pasando desde la etapa “lectura” magnética u óptica, a la lógica, para por fin, ofrecer las condiciones de “lectura” del documento a un ser humano.

Es interesante tener al menos una noción de lo que la física aplicada a la informática señala. Rengel Estévez refiere que la práctica totalidad del procesamiento de información se realiza en la actualidad mediante circuitos basados en la electrónica digital⁵⁷⁷. El autor

⁵⁷⁷Rengel Estévez, Raúl; *Fundamentos físicos de la informática*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2020, pág. 195.

mencionado explica que *“los circuitos digitales son aquellos que funcionan con señales eléctricas a las que se le asignan únicamente dos valores, a diferencia de los analógicos, donde se trabaja con señales eléctricas que pueden tomar cualquier valor dentro de un amplio rango”*⁵⁷⁸.

Precisamente, la posibilidad de considerar aquellos dos valores a través de su computación lógica, fundamentalmente en base a lo que se conoce como álgebra de Boole donde las operaciones se realizan con variables binarias (verdadero/falso, 0 y 1, etc.). Con estas variables y sus operaciones se pueden realizar funciones lógicas. Los resultados de esas funciones se pueden implementar en circuitos que se denominan puertas lógicas gracias al estado actual del hardware.

Según Rengel Estévez, *“las variables binarias pueden tomar valor 0 o 1. Estos son, sin embargo, conceptos matemáticos. Para que un circuito digital pueda trabajar, debemos traducir esas abstracciones matemáticas a magnitudes físicas, en nuestro caso, eléctricas. Usualmente lo que se emplea son rangos de valores de voltaje (denominados niveles lógicos) a los que asignaremos 0 o 1 según corresponda”*.⁵⁷⁹

El proceso de variaciones de voltaje y computo lógico no es visible al usuario habitual de un ordenador, quien asume que si aprieta la tecla “ñ” del ordenador este la representa en la pantalla, cuando en verdad, lo que provoca ese usuario al oprimir el teclado es una variación de voltaje en un circuito electrónico que mediante un programa específico y componentes materiales como pueden ser microprocesadores, computan lógicamente la variación de voltaje asignada a la “ñ” del teclado cuando es oprimida y la traduce en un patrón de píxeles en la pantalla del ordenador. El sistema “guarda” en una memoria aleatoria todo ese proceso y usualmente, según lo haya configurado el usuario, también el sistema puede guardar todas esas rutinas y elementos representados en la pantalla en un sistema de registro que pueden ir desde una memoria flash, disco de estado sólido, un servidor en la nube, etc. Esos archivos guardados pueden ser documentos electrónicos.

⁵⁷⁸Ibídem.

⁵⁷⁹Ibídem, pág. 199.

De alguna manera una sentencia realizada en esas condiciones esta mediada simplemente por variaciones de voltaje en un dispositivo, aun cuando requiera de conocimiento, experiencia y emociones. Una extraña sinergia.

Con las prevenciones anteriores de Falcón, por razones de simplificación expositiva podemos decir que el soporte del documento electrónico es la pantalla porque a través de ella estamos en condiciones de apreciar el “documento electrónico”. También pueden existir archivos o documentos electrónicos que para apreciarlos debamos recurrir a otro dispositivo, por ejemplo un parlante o auricular.

El tema de la validación de los documentos electrónicos, aun cuando no se refiera estrictamente al soporte, también vale la pena considerarlo brevemente.

Vimos en esa definición opaca de la ley de firma digital que un documento electrónico con firma digital se realiza a través de un procedimiento matemático; agregamos que en virtud de un software o programa especial, que permite constatar por medio de una *pantalla* la validez del documento, donde el soporte presupone y expone todo los elementos anteriores y, aquéllos, asumen que todo se definirá en aquél soporte; y dicho sea de paso, la constatación por esta vía excluye la intervención de un perito, ya que es el programa y la autoridad certificante los que suministran, entre otras cosas, las claves usadas que definen la autoría e inalterabilidad del documento electrónico cuando está firmado digitalmente.

Permítaseme ahora un excursus: Sadin observa que con esta clase de procedimientos y también de los derivados de la inteligencia artificial emerge un nuevo régimen de verdad donde ésta se constata en tiempo real impulsándonos a actuar dentro del menor lapso posible y deslegitimando el tiempo específico del análisis humano⁵⁸⁰; tales dispositivos tiende a erradicar el estado de duda, estado que forma parte de derecho procesal como pauta de valoración de conductas (v.gr.: la situación de la rebeldía y la plausibilidad de los hechos invocados por el actor como sustento de su pretensión) o ante la aplicación de presunciones, etc. Los márgenes de la contradicción se estrechan subordinándose a la certeza coercitiva de los algoritmos, a la fe en la autoridad certificante, al control del autorizado en el uso del token, etc.

⁵⁸⁰Sadin, Éric; *La inteligencia artificial o el desafío del siglo. Anatomía del antihumanismo radical*; Caja Negra, Buenos Aires, 2020, pág. 96 y sgtes.

De la misma manera es el soporte por medio de pantallas lo que nos permite hablar de algo llamado expediente electrónico, ya que sin aquél medio, resultaría inviable su puesta en práctica.

De tal manera que lo que ha cambiado es la forma relacional de nosotros con los documentos pues ahora hay algo que antes no existía: lo virtual. Y de alguna manera, estos cambios profundos y en progreso -no necesariamente virtuosos- también vienen a modificar una forma de construir el estatuto de lo que denominamos, sin un claro consenso, verdad, autor y lector.

Las continuas mudanzas sobre la noción de documento, representan solo un punto emergente de un estado de cosas inabarcable y en el que el denominador común es la aceleración de las modificaciones de los puntos de referencias y una permanente incertidumbre.

Las alteraciones mencionadas ocurren en un campo más amplio: el de la comunicación humana, pues al haberse transformado de manera insospechada la forma de comunicarnos, resulta fácil comprender que el mundo de los documentos hospede necesarias y relevantes mutaciones.

Lo dicho hasta aquí nos permite avanzar y tratar una cuestión cismática entre el antes y el ayer y que se expresa en la convivencia entre lo material y lo virtual. Este es un nuevo mundo, que en lo que toca al campo de los documentos encuentra su expresión, quizá el más interesante, en eso que llamamos *hipertexto*.

7. Hipertexto.

El hipertexto es un fenómeno actual aun cuando antes pudiera existir una idea o bosquejo de ello, pero en forma muy rústica, por ejemplo, un diccionario con sus recíprocos reenvíos entre palabras. Con la informática e Internet aparece el documento electrónico y el hipertexto. A esta emergencia se suman aspectos suplementarios, como son los procesos de digitalización por los cuales un dominio analógico, por ejemplo la voz humana, a través de señales eléctricas pasa a un dominio binario, que se corresponde a un valor numérico y que se pueden reconvertir en señal analógica sin ningún tipo de distorsión; como nos dice Scolari, *“los sistema digitales permiten que las señales sean amplificadas, moduladas,*

archivadas, identificadas, reconvertidas y reproducidas manteniéndose idénticas al original, sin perder información”⁵⁸¹.

Estos procesos han dado lugar a la noción de *multimedia*-la convivencia y convergencia de sonido, imagen e información-, maridaje hoy en día aceptado como algo “natural” por cualquier usuario de un teléfono celular pero definitivamente sofisticado no hace mucho tiempo atrás.

En cuanto a la voz “hipertexto” es una expresión creada por Theodor H. Nelson en la década de 1960 y referida a una clase de texto electrónico, a una tecnología informática novedosa y, también a un modo de edición⁵⁸².

Las manifestaciones más importantes del hipertexto se dan, por un lado, en su capacidad de representar una nueva forma de lectura, lo que pone en crisis la clásica secuencialidad del expediente judicial, que aun con su aparente linealidad ya porta, además de objetos embebidos en su texto, objetos que pueden contener referencialidades a otros documentos o archivos para reproducción o descarga, o reenvíos a contenidos no secuenciales; y por otra parte, el documento/hipertexto pasa a ser directamente una construcción informática de enlaces, textos y otros contenidos.

Vandendorpe refiere que *“el hipertexto permite manipular datos de todo tipo, no solamente de lenguaje, como imágenes, sonidos y secuencias de video animadas. También permite modular la interacción del lector con el documento previendo en los “objetos” presentados en la pantalla diversos tipos de reacciones acordes a los movimientos efectuados por el lector con ayuda del mouse”*.⁵⁸³En este aspecto, es claro que hoy al consultar un hipertexto no hablamos de páginas sino de historial o secuencia de enlaces y trayectos.

No obstante lo dicho en cuanto a las posibilidades de organización y arquitectura de un expediente electrónico a través del uso de hipertextos, lo cierto es que hay un principio de derecho procesal constitucional y convencional subordinante a toda estructura basada en

⁵⁸¹Scolari, Carlos; *Hipermediaciones. Elementos para una Teoría de la Comunicación Digital Interactiva*; Gedisa, Barcelona, 2008, pág. 80 y sgtes.

⁵⁸²Ladow, George P.; *Hipertexto 3.0 Teoría crítica y nuevos medios en la era de la globalización*; Paidós, Barcelona, 2009, pág. 25.

⁵⁸³Vandendorpe, ob. cit. pág. 96.

documentos electrónicos y sus eventuales enlaces: el debido proceso y el principio de bilateralidad y contradicción. Con esto quiero señalar que por más arborescente o rizómatica que sea la arquitectura de un expediente digital, cada elemento incorporado debe serlo en las condiciones de posibilitar la genuina oportunidad de control, de alegación y de prueba de los frentes o partes. Y esa posibilidad u oportunidad no solo se refiere al conocimiento de la existencia de los elementos incorporados al documento electrónico sino a las posibilidades ciertamente sensatas, en un marco temporal determinado, de control y lectura.

La voz *texto* proviene del latín donde alude a la noción de “tejido”, el prefijo “hiper” derivado del griego alude a lo que está “más allá” o “por encima”. Hipertexto estaría entonces connotando más que un objeto concreto un abanico de itinerarios posibles.

El hipertexto redefine marcos de lecturas y jerarquía entre textos. ¿Cuál es el texto principal y cuáles las referencias? Ahora, de una simple nota o comentario puede iniciarse una nueva ruta de lectura, quizá independiente y que por su propia situación y posibilidades se emancipe de esa vicariedad inicial y termine consolidándose como el texto principal. Es un océano de frágiles orillas.

Si ofrezco como prueba un hipertexto⁵⁸⁴ ¿debo establecer las rutas posibles de navegación o ese documento, tan poroso como difuso, queda abierto a todas las secuencias de lectura posible? ¿Se impone al interesado la carga de establecer la ruta de significados posibles? O como se dice coloquialmente ¿se trata de que cada lector elija su propia aventura? ¿Cómo refutar categóricamente un hipertexto? ¿Cuáles son los niveles de discusión o controversia posible sobre un documento que, en algún punto, no tiene un centro/contenido fijo?⁵⁸⁵

Ciertamente parece difícil de concebir que un expediente electrónico pueda tener puntos de fuga en materia de lectura fuera de las coordenadas que damos por sentado como

⁵⁸⁴ Actualmente es frecuente observar en los escritos y documentos judiciales la cita de páginas web por medio de hipervínculos. La conexión entre espacios virtuales es un protagonista común de los documentos que circulan electrónicamente.

⁵⁸⁵ Ya no es inusual encontrarnos con una sentencia/hipertexto donde, además de las referencias verbales, se hallan los enlaces concretos a las partes del registro audiovisual de una audiencia, de una pericia o de otras piezas del proceso, donde cada norma o jurisprudencia citada cuenta con su vínculo directo al sitio web oficial donde se halla el texto de esa norma, o los enlaces para descarga de documentos, expedientes administrativos incorporados a la causa, etc.; incluso se pueden embeber directamente en el documento/sentencia otros documentos que se pueden deslizar/scrollar, etc.

“piezas del expediente”. Indudablemente resulta incómodo pensar la existencia de esos puntos de fuga. Pero la intertextualidad siempre ha estado, incluso en el soporte papel, a través del entrecomillado y la cita⁵⁸⁶, la referencia a la doctrina y la jurisprudencia, etc. Esas remisiones a textos fuera del “texto” eran conocidas, solo que ahora *“el hipertexto se experimenta como un sistema que se puede descentrar y recentrar hasta el infinito, en parte porque transforma cualquier documento que tenga más de un enlace en un centro pasajero, en un directorio con el que orientarse y decidir adónde ir”*.⁵⁸⁷

Este trabajo, por ejemplo, está concebido culturalmente con los patrones de la impresión en soporte papel; aun escribimos -y seguramente lo seguiremos haciendo por muchos años- con aquel patrón, pero los cambios derivados del nuevo paradigma ya exhiben el frecuente uso de la hipertextualidad y de las conductas que se derivan de ese fenómeno, porque los hipertextos vienen, como dice Landow, a transformar el territorio de la lectura-escritura en una estación de trabajo⁵⁸⁸. Ello queda de manifiesto con las nuevas formas de interacción propia de los documentos electrónicos y con los enlaces que pueda allí haber y demás artilugios o herramientas de lectura/control. Por ejemplo, aparece algo inexistente en el soporte papel: el cursor. Por medio del cursor, corregimos, traducimos, enfatizamos, abrimos otros documentos, insertamos, diseñamos, etc.

Condocumento electrónico y principalmente el hipertexto, también se alteran las jerarquías de los textos y de los órdenes de lectura⁵⁸⁹. También se altera la noción de comienzo y final de la lectura, y la linealidad sucumbe a las necesidades del lector y a la arquitectura del hipertexto.

8. Conclusiones para comenzar.

El muy somero panorama de los soportes documentales aquí revistados me alienta a sostener que se está lejos de una situación consolidada en la materia. El paso de la

⁵⁸⁶Son clásicos los trabajos de Gérard Genette en la materia.

⁵⁸⁷Landow, ob. cit. pág. 89.

⁵⁸⁸Ibidem, pág. 118.

⁵⁸⁹Ud. está leyendo ahora una nota a pie, que en el paradigma de la impresión representa un texto subordinando, referencial o que agrega una información adicional. En un enlace de un hipertexto esto no necesariamente es así pues el reenvío a otro documento puede establecer una jerarquía equivalente o mayor que el punto de reenvío y hasta consolidar un sentido que, sin esos enlaces, no sería posible.

inteligencia artificial hacia la superinteligencia⁵⁹⁰, la computación cuántica, la holografía y los desarrollos que puedan provenir de la bioelectrónica van a cambiar radicalmente nuestra manera, no solamente de resolver judicialmente los conflictos humanos, sino hasta nuestro actual concepto de humanidad.⁵⁹¹ Mientras tanto, aquí estamos.

⁵⁹⁰Bostrom, Nick; *Superinteligencia, caminos, peligros, estrategias*. Tell Editorial, España, 2016. Bostrom, refiere tres estadios vinculados con la inteligencia no humana. El primero sería la inteligencia artificial como una amplia gama de variables, algunas ya existentes; luego, seguiría el turno de la inteligencia artificial a nivel humano y, por fin, la superinteligencia. Todo este panorama se presenta bajo términos muy ambiguos; así para un determinado tipo de inteligencia instrumental, lo importante sería la habilidad para la predicción, la planificación y el razonamiento de medios-fines en general. En cuanto al tema de la superinteligencia, Bostrom la desagrega en tres aspectos: superinteligencia de velocidad; superinteligencia colectiva y superinteligencia de calidad. Todas estas categorías, como advierte el autor citado, son bastante vagas, salvo la referida a la velocidad, que puede medirse pero encuentra como obstáculo la velocidad de la luz. En cualquier caso, lo interesante es que según Bostrom, “no podemos asumir alegremente que una superinteligencia necesariamente comparta ninguno de los valores finales estereotipadamente asociados con sabiduría y desarrollo intelectual humano –la curiosidad científica, las preocupaciones benevolentes para con los demás, la iluminación espiritual y contemplativa, la renuncia a la codicia material, el gusto por la cultura refinada o por los placeres simples, la humildad y la abnegación, etc.”(Ob. cit., pág. 115). Dada la velocidad de procesamiento de una superinteligencia, una vez operativa lo que suceda en adelante dependerá de la superinteligencia, los objetivos de una superinteligencia no necesariamente pueden ser los objetivos de la especie humana. En este punto conviene recordar a uno de los padres fundadores de la cibernética, Norbert Wiener, quien en el año 1960 escribió: “Si pudiéramos usar, para lograr nuestros propósitos, una agencia mecánica cuyo funcionamiento no pudiéramos interferir de manera eficiente una vez que hubiéramos empezado, porque la acción fuera tan rápida e irrevocable que no tendríamos los datos para intervenir antes de que la acción se hubiera completado, entonces sería mejor que nos aseguráramos de que el propósito dado a la máquina es el propósito que realmente deseamos y no simplemente una imitación colorida del mismo” (citado por Bolstrom, nota 11 al capítulo 1, ob. Cit.).

⁵⁹¹Ver Braidotti, Rosi; *El conocimiento posthumano*, Gedisa, Barcelona, 2019. Harari concluye una de sus principales obras con una serie de preguntas, elijo esta: “¿Qué le ocurrirá a la sociedad, a la política y a la vida cotidiana cuando algoritmos no conscientes pero muy inteligentes nos conozcan mejor que nosotros mismos?” (Harari, Yuval Noah; *Homo Deus. Breve historia del mañana*, Debate, Bs. As., 2022, pág. 431).