

# DEL ABUSO DE PODER AL ABUSO DE PROCESO

Por Jorge A. Rojas

## 1.- INTRODUCCION

El abuso del proceso es uno de los tantos temas que en el mundo del derecho han ocupado la mirada no solo de la doctrina procesal, sino inclusive de otras ramas del derecho, bajo esa temática u otras de índole similar, porque se trata de un instituto que pertenece a la teoría general del derecho ya que se inserta dentro de la figura del abuso del derecho.

Sin embargo, como destaca Peyrano, ha sido difícil su conceptualización, rememorando que desde el Congreso Nacional de Derecho Procesal de 1981 celebrado en La Plata, en donde fue el tema central del evento, hasta el presente, no se llegó a plasmar un criterio uniforme sobre la identificación de lo que él llamó abuso de los derechos procesales<sup>1</sup>.

En general, los análisis se centran en aspectos subjetivos y tienen en cuenta las conductas que se observan para el desarrollo del proceso, que no son solo desplegadas por las partes, sino inclusive por la jurisdicción, de modo tal que ha permitido que existan diversas líneas para su abordaje<sup>2</sup>, todas desde luego persiguiendo su identificación, aunque lo cierto es que se ha concluido en todos los casos en la elaboración de normas de carácter represivo para contrarrestarlo<sup>3</sup>.

En el ámbito procesal, una parte de la doctrina sostiene que existe un remedio concreto para el abuso del proceso a través de las medidas que puede adoptar la jurisdicción para sancionar esas conductas que resultan antijurídicas, por ejemplo, cuando resultan obstruccionistas, o dilatorias, o eventualmente temerarias.

---

<sup>1</sup> Peyrano, Jorge W.: Abuso de los derechos procesales, en la obra del Ateneo de Estudios del Proceso Civil, que dirigió él mismo y coordinó Juan Alberto Rambaldo, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 75.

<sup>2</sup> En algunos casos se suele distinguir entre el abuso del proceso y el abuso en el proceso (ver Reflexiones sobre el abuso en materia procesal por Juliana Bilesio y Marisa G. Gasparini, en la obra dirigida por Peyrano citada en el punto anterior, p. 18).

<sup>3</sup> Sirva como ejemplo extraído del Código Procesal el clásico art. 45 que sanciona la temeridad y malicia, el art. 551 o 594 que con idéntico sentido reprimen inconductas en los procesos de ejecución, o el exceso que reprime el art. 208 del Código en materia cautelar, entre otros.

En otra línea, hay autores que sostienen que esas conductas que importan un desarrollo abusivo del proceso, resultan inmersas en muchos casos en zonas grises, que resultan de difícil recepción y tipificación por el legislador, y por ende arrojan un resultado disvalioso, que se puede apreciar recién en otros tiempos del proceso a aquel en que se originaron, pero que desde luego también merecen reproche.

La caracterización que ha hecho Quevedo Mendoza –en esa línea- consideramos que resulta apropiada para describir esta variante, pues ha diferenciado el abuso del proceso, como aquella antifuncionalidad en el ejercicio de los derechos (-y agregamos- de ahí las sanciones previstas), del exceso en el que se puede incurrir en el proceso, pues en tal caso se produce un daño a terceros que se sigue del regular ejercicio de un derecho<sup>4</sup>, y también agregamos que puede nacer de conductas tanto positivas como omisivas, como tratarse de exponerlo seguidamente.

Esta distinción que compartimos, y hoy consideramos más que evidente en el desarrollo cotidiano de la actividad forense, nos preguntamos si puede ser extendida a otros ámbitos que exceden el marco concreto de actuación del poder jurisdiccional, en aras precisamente a la mayor precisión del diagnóstico que permita una prognosis adecuada, de modo de enfocar soluciones para aventar ese tipo de deformaciones.

En otros términos, podrían plantearse los siguientes interrogantes: ¿existen otras fuentes generadoras de abusos en el proceso? Y en su caso, estas otras fuentes ¿son de incumbencia del proceso en sí mismo, generadas por sus operadores o por el contrario resultan ajenas? Y a su vez, en línea con la fina distinción que hace Quevedo Mendoza ¿constituye un abuso del proceso o constituyen excesos en el ejercicio regular de los derechos, que se transforman en perjudiciales desde un punto de vista sistémico?

Advertir la existencia de otras fuentes generadoras de lo que se conoce como abuso de proceso, en la inteligencia de superar la postura con apoyo en la tesis

---

<sup>4</sup> Quevedo Mendoza, Efraín; Abuso del proceso y exceso en el ejercicio del poder jurisdiccional; Ponencia presentada por el autor en el XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Juan, 2001, publicada en el Tomo I del Libro de Ponencias de ese evento, Ed. Universidad Católica de Cuyo, p. 401 y ss.

desarrollada por Josserand, que desde el abuso del derecho, delineaba aquello que en el ámbito del derecho procesal se conoce como abuso del proceso, para contener dentro suyo la distinción apuntada hacia esos excesos, que se disimulan dentro del ejercicio regular de los derechos, en aras a delinear adecuadamente un diagnóstico, permitirá concluir que resultaría entonces evidente que se requerirá otro tratamiento del instituto, que tal vez exceda el marco del derecho procesal.

Desde ese punto de vista, podrán adicionarse a las posiciones que delimitan el abuso del proceso a una desvirtuación –por cierto abusiva en el ejercicio de los derechos que pueden importar una determinada sanción- otros aspectos, para perseguir así un análisis diverso al tradicional, que permita establecer un límite, brindado no solamente por la jurisdicción, sino por la labor que le corresponde desplegar a los otros poderes del Estado, precisamente para cumplir con la finalidad de afianzar la justicia como reza el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional, pues en definitiva también resulta fundamental saber si ¿existen soluciones para superar este tipo de obstáculos? Y así cuestionarnos si ¿es suficiente la regulación de normas de carácter represivo que impongan sanciones a conductas que resultan antijurídicas o se requiere algo más?

Se podría presumir que este desarrollo podría exceder el ámbito natural del derecho procesal e incursionar en temas vinculados a la ciencia política, pero no se puede pasar por alto que debe existir una política procesal que también atañe al derecho procesal, pues su carácter científico no puede deslindarse de las regulaciones que provengan de otras esferas del Estado que permitan advertir el exceso que se produciría –también por omisión- al circunscribir el análisis solo al reflejo de la actuación de las partes y de la jurisdicción en el proceso.

## **2.- LA IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS Y SUS LÍMITES**

El control de constitucionalidad y -con la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos- el de convencionalidad, no resulta de la incumbencia exclusiva del poder jurisdiccional, sino que también cae dentro de la órbita tanto del Ejecutivo como del Legislativo.

La potestad que tiene el Ejecutivo, a partir de su poder de veto, no solamente debe advertirse desde un punto de vista estrictamente político, sino también desde un punto de vista funcional o si se quiere técnico-jurídico, cuando eventualmente el legislador pretende la sanción de una norma que no tolera ni el test de constitucionalidad ni el de convencionalidad.

Lo mismo sucede con el Poder Legislativo, que tiene una tarea muchísimo más específica en este sentido, y además resulta el idóneo en la elaboración de la norma, para contrastarla con la letra de la Ley Fundamental y los tratados que conforman el bloque de constitucionalidad que ha desarrollado el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Pero además puede concentrarse en advertir la conveniencia o inconveniencia de un determinado sistema, no solo a la luz de la letra de la Ley Fundamental, sino inclusive de la propia realidad para hacer las observaciones o adaptaciones que fueran menester.

Por lo tanto, resulta absolutamente claro que es de la incumbencia de cada uno de los tres departamentos de Estado que ejercen el poder en la República, llevar a cabo el control de constitucionalidad y convencionalidad referido<sup>5</sup>.

Por lo tanto, existe una meta clara a tener en cuenta a esos fines, que son los principios que ha positivizado el constituyente en la Ley Fundamental, y ha admitido la apertura que ha tenido el país al incorporarse al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de los cuales no es posible su inobservancia.

Pero además existe otra línea de principios que constituyen parámetros interpretativos de sobrada importancia a esos fines, unos tradicionales, por cierto reconocidos a nivel mundial<sup>6</sup>, y otros que son los que ha delineado la

---

<sup>5</sup> Un ejemplo de lo que no se hace en esta materia sería la sanción de la ley 26.854 a cuyo respecto hemos señalado algunas de las anomalías que presenta que rayan la inconstitucionalidad lo que no quiere decir que toda la ley sea inconstitucional o que no sea adecuado crear un régimen especial para ese tipo de cautelares (Véase Rojas, Jorge A. y Moreno, Romina S.; “La democratización de la justicia y la potestad cautelar”, E.D. 253-824.

<sup>6</sup> Vgr. el principio pro homine, el principio de inocencia, el principio de buena fe, el principio pro actione, entre otros.

jurisprudencia, sobre todo del más Alto Tribunal, en relación a esas pautas de carácter hermenéutico, que permiten acceder a una determinada interpretación, de una norma local o internacional, o de una situación determinada, a la luz de la aplicación de una Convención.

En el mismo rango se encuentran los derechos que han sido positivizados tanto por el constituyente como por el legislador, con una especial particularidad, que siempre y en todos los casos, tanto unos como otros han dejado abierta la interpretación que sea necesaria a la incorporación de “nuevos derechos”, que tal vez en tiempos pretéritos no fueron reconocidos.

Por lo tanto, existe un marco referencial que viene puesto no solo por la letra de la Ley Fundamental y las Convenciones Internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, sino además por la doctrina que se ha desarrollado sobre la base de esos cuerpos a partir de un valioso desenvolvimiento pretoriano del más Alto Tribunal<sup>7</sup> y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

No solo la Constitución Nacional contempla aquellos que denomina como derechos y garantías implícitos, sino que la labor pretoriana apunta a una finalidad similar, para alcanzar interpretaciones armónicas con una realidad -que es de toda evidencia- que no tiene los tiempos del derecho, de ahí la dificultosa tarea de compatibilizar un cuerpo dinámico como la realidad, con un sistema que es de toda evidencia que no puede ser rígido, como el derecho.

Esto permite advertir que si bien la Ley Fundamental distingue principios, derechos y garantías, las últimas -de consuno- se han interpretado como la consagración específica de los mecanismos a través de los cuales tanto los derechos, como los principios, pueden ser respetados en la realidad, esto es, la

---

<sup>7</sup> Ha señalado en esa línea la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que “sólo un entendimiento superficial del art. 14 bis llevaría a que la protección contra el despido arbitrario implicara una suerte de prohibición absoluta a toda medida de reinstalación, ya que a la *interpretación evolutiva y el principio pro homine*, conviene agregar que las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción y esta conclusión se impone con mayor fundamento respecto de la Constitución Nacional que tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempos de su sanción” (Fallos 333:2306).

alusión a los sistemas diseñados por el legislador para permitir el efectivo reconocimiento y efectivización de los principios y los derechos.

Por ende, es importante tener en cuenta que el abordaje de esta temática requiere una posible revisión en el diagnóstico para su tratamiento, y para ello es necesario advertir que las fuentes a partir de las cuales se puede generar el tema central abordado en este número de la Revista, requiere distinguir entre aquellos “abusos” que se dan en el proceso en sí mismo, de los otros que se generan fuera del proceso aunque tengan repercusión dentro suyo, y tal vez sin constituir un abuso, constituyan excesos que resulten inconvenientes o impropios para el proceso.

Ello se debe a que las fronteras que van delineando tanto los derechos como los principios, aparecen con mayor nitidez de aquellas que surgen de modo mucho más lábil con la creación de normas de carácter infraconstitucional, que aparentan tener apoyo en aquellos derechos o respaldo en principios de carácter constitucional o convencional, aunque luego operativamente se advierte en forma palmaria su desvirtuación.

Cuál sería la importancia de esta temática sino la de afianzar la justicia como reza el Preámbulo de la Constitución Nacional, vigorizando el principio de defensa en juicio y con ello el debido proceso, combatiendo un flagelo que llegó a colocar a la República Argentina ante los estrados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la violación de los parámetros liminares del debido proceso legal.

### **3.- EL REFLEJO DE LA REALIDAD**

La importancia de los principios que el legislador materializa en la normativa infraconstitucional, contempla para estos casos, normas de carácter genérico, como el caso del art. 1071 del Código Civil, que reprime el ejercicio abusivo de los derechos, y que mutatis mutandi se mantiene en el Proyecto de Código Civil unificado<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> El art. 10 de ese cuerpo legal dispone respecto al abuso del derecho que: “el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe

Resulta conveniente la cita efectuada con relación al proyecto de nuevo Código Civil, toda vez que se sigue poniendo el énfasis en el ejercicio abusivo de los derechos sin distinguir otros aspectos, pese a que el art. 9 señala que los derechos deben ser ejercidos de buena fe, y que el siguiente sanciona a aquel que abusa de su posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las leyes especiales que regulen la materia.

Es decir, no se concibe por parte del legislador una conducta perjudicial para los intereses de la sociedad, desarrollada desde el propio Estado, que permita advertir un exceso delineado detrás del ejercicio regular de un derecho, sino puntualmente desde un punto de vista individual, como contracara de una actuación contraria a derecho, ya que esas normas se complementan con las que surgen del Código Procesal que sancionan ese tipo de conductas<sup>9</sup>.

La realidad impone la necesidad de otra mirada, mucho más amplia y comprensiva de estas zonas grises que siguiendo a Quevedo Mendoza he denominado como “excesos” generados fuera del proceso que desde luego repercuten dentro suyo.

Entiendo oportuno no perder de vista la realidad para poder interpretarla, y qué es lo que puede considerarse como abuso de proceso, sea por vía de una conducta antijurídica, o bien a través del ejercicio “excesivo” de un derecho que, sin llegar a constituir una conducta que aparezca reprimible, si pueden advertirse sus efectos perjudiciales como efectos o consecuencias a través del tiempo.

Y en este aspecto, lo importante a señalar es que esas irregularidades –por denominarlas eufemísticamente de alguna manera- pueden surgir de conductas tanto positivas como omisivas, toda vez que la relación que le cabe al Estado con el justiciable, requiere advertir que constituye un derecho prestacional hacia el Estado el que debe demandar el justiciable al requerir los sistemas apropiados

---

ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

<sup>9</sup> Sirvan como ejemplo sobre los mencionados anteriormente, las sanciones previstas en el ordenamiento adjetivo para las conductas temerarias o maliciosas (art. 45); o los abusos en la solicitud de cautelares (art. 208); o las sanciones previstas en las ejecuciones (art. 551), por citar algunos ejemplos.

para el reconocimiento y efectividad de sus derechos, extremos éstos que así conciben los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Un ejemplo por demás elocuente de lo expuesto, resulta el caso Fornerón, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 27 de abril de 2012.

Se trató de una niña que fue “vendida” por su madre a un matrimonio, que si bien había hecho los trámites correspondientes para adoptar un bebé, llegaron a la niña de un modo absolutamente irregular, con el agravante de que el padre de la menor al tomar conocimiento de lo sucedido, reclamó por su custodia.

Solamente señalaremos algunas pinceladas de este caso tan peculiar –por cierto- a los efectos de demostrar el ejercicio abusivo de algunas de las partes y sobre todo de la jurisdicción, a lo largo del proceso (o de los procesos), que fue totalmente distorsionado.

Conviene tener presente que el caso fue resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la fecha antes indicada del año 2012<sup>10</sup>, pero once años antes, es decir en el año 2001, precisamente en el mes de mayo, la niña fue entregada en guarda a ese matrimonio que se había hecho de la niña del modo irregular señalado.

En el año 2003 fue revocada la guarda por la Cámara y contra esa decisión se interpuso un recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, que fue considerado procedente por el Superior Tribunal de la Provincia de Entre Ríos, lugar en donde se suscitó la cuestión, lo que provocó que la niña fuera dada en adopción a ese matrimonio en el año 2005.

Sin embargo, el padre de la niña había hecho la denuncia penal por el ilícito que se había cometido en el año 2001, pero la causa penal finalmente se archivó porque los jueces que intervinieron consideraron que no había existido ningún delito.

---

<sup>10</sup> Se puede consultar en [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)



También el padre de la menor en forma paralela solicitó un régimen de visitas en el año 2001, pero lo llamativo de este proceso es que el juez interviniente, se declaró competente para intervenir recién dos años y medio después.

Como se puede advertir de algunos de los datos salientes del caso, ha existido una clara actitud antifuncional de parte de la jurisdicción en la atención y resolución de esta causa, que no puede quedar inmersa solo en el análisis de la irrazonabilidad de los plazos y la afeción al debido proceso legal, que son algunos de los aspectos en los cuales se ha hecho hincapié, como hizo énfasis la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino que sus connotaciones evidencian otra realidad mucho más profunda que excede el ámbito del proceso en sí mismo, siendo aquéllas solo muestras de las deficiencias que presentan los sistemas que se conciben desde el poder para la atención de estos problemas.

No obstante ello, conviene detenerse en algunos de los aspectos que señaló la Corte Interamericana, pues se decidió por unanimidad, que el Estado argentino es internacionalmente responsable por la violación de los derechos a la protección y a las garantías judiciales, a la protección a la familia, y por el incumplimiento de su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, en perjuicio de Leonardo Aníbal Javier Fornerón y de su hija M, así como de los derechos del niño en perjuicio de esta última.

Adviértase la repercusión del caso en el ámbito del poder administrador. El entonces Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación sostuvo que “se trata de un caso paradigmáticamente grave, con una reprochable conducta de funcionarios judiciales quien [es] en vez de proteger y reparar la violación de los derechos de una niña y su progenitor, optaron por dilatar el proceso y fabricar un contexto fáctico irreversible que luego les sirvió de fundamento para su decisión”.

Esto desde un punto de vista omisivo, como antes fuera anticipado, permite advertir la falencia en la que se incurrió por la carencia de sistemas apropiados para la efectiva protección y efectivización de los derechos involucrados en este tipo de conflictos familiares.

Pero desde un punto de vista estrictamente tradicional, se puede advertir que de acuerdo con lo alegado por la Comisión Interamericana y por las representantes, corresponde analizar si los procedimientos internos de guarda judicial y de régimen de visitas cumplieron con el requisito de plazo razonable de conformidad con el art. 8.1 de la Convención. El derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable, y la falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales. Corresponde analizar los siguientes elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. Diversas autoridades internas, como la Secretaría de la Niñez, Adolescencia y Familia y dos Ministros de Justicia y Derechos Humanos de la Nación se refirieron, entre otros aspectos, a la dilación en que incurrieron las autoridades judiciales de la Provincia de Entre Ríos. Incluso, dos jueces del Superior Tribunal de Entre Ríos que intervinieron en el proceso de guarda se pronunciaron sobre la dilación del proceso. Por lo tanto, esta Corte llega a la conclusión de que la duración total de los procedimientos de guarda judicial y de régimen de visitas, de más de tres y diez años, respectivamente, sobrepasaron excesivamente un plazo que pudiera considerarse razonable en los procedimientos analizados relativos a la guarda de la niña y al régimen de visitas con su padre.

Asimismo, debe examinarse si en el proceso de guarda que antecedió a la decisión de otorgar la adopción simple de la niña al matrimonio adoptante, las autoridades judiciales internas actuaron con la debida diligencia que correspondía, teniendo en cuenta la situación particular del caso, así como la obligación de proceder con especial diligencia y celeridad en los procedimientos que involucran menores de edad. A este respecto, se llega a la conclusión de que el proceso de guarda no fue llevado adelante con la debida diligencia debido a: a) la inobservancia de requisitos legales; b) omisiones probatorias; c) utilización de estereotipos, y d) uso del retraso judicial como fundamento de la decisión. Entre otras consideraciones, corresponde destacar que la observancia de las disposiciones legales y la diligencia en los procedimientos judiciales son elementos fundamentales para proteger el

interés superior del niño. Por otra parte, no puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales.

De tal forma la Corte Interamericana consideró que el Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los arts 8.1 y 25.1 de la Convención.

En consecuencia, la Corte dispuso que su sentencia constituía una forma de reparación y, adicionalmente ordenó como medidas de reparación que el Estado:

- a) establezca de manera inmediata un procedimiento orientado a la efectiva vinculación entre Fornerón y su hija M;
- b) verifique la conformidad a derecho de la conducta de determinados funcionarios que intervinieron en los distintos procesos internos y, en su caso, establezca las responsabilidades que correspondan;
- c) adopte las medidas que sean necesarias para tipificar la venta de niños y niñas;
- d) implemente un programa o curso obligatorio dirigido a operadores judiciales de la Provincia de Entre Ríos vinculados a la administración de justicia respecto de niños y niñas que contemple, entre otros, los estándares internacionales en derechos humanos, particularmente, en materia de los derechos de los niños y niñas y su interés superior y el principio de no discriminación;**
- e) publique, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de este fallo, el resumen oficial de la presente sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, tanto en el Boletín Oficial del Estado como en el Boletín Oficial de la Provincia de Entre Ríos, y
- f) pague determinadas cantidades por concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos, así como por el reintegro al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas.

Además señaló que la Corte Interamericana de Derechos Humanos supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

#### **4.- LAS INCUMBENCIAS DE LOS “PODERES” DEL ESTADO**

Estos aspectos que destacamos de un fallo tan trascendente para la República Argentina, desnuda una clara falencia del sistema social en Argentina, que no es otro que la escasa importancia que se le atribuye al sistema judicial, que precisamente es el que permite el desarrollo armónico de una sociedad.

El sistema judicial es inherente al sistema social de cualquier país que se precie de ser una república democrática, no solo porque hace al juego normal de las instituciones, sino porque además desnuda la necesidad del intercambio permanente en los distintos estamentos del Estado para atender adecuadamente las necesidades de la sociedad.

Por supuesto que en cada país el sistema judicial refleja una parte sustancial de la cultura del pueblo, de tal modo en la actualidad la Constitución de Bolivia admite los sistemas judiciales de los pueblos originarios, según las distintas regiones y pueblos que existen en ese país que en nada se compadecen, pese a tratarse de un país latinoamericano, por ejemplo con el sistema judicial colombiano, o con el chileno, ni menos aún con el argentino.

Pero también existe en la actualidad –como lo refiere Oscar Chase<sup>11</sup>- la tribu de los Azande en África que sigue –a partir de sus creencias- bajo el influjo de la divinidad y por medio de rituales ancestrales que requieren la inoculación de veneno en un pollito, conforme el resultado que arroje, aún los dioses indican la culpabilidad o inocencia de una persona.

Por lo tanto, se puede advertir que existen distintos sistemas en el mundo para hacer justicia, unos requieren la intervención de jurados, otros tienen el sistema de escabinado, otros otorgan poderes amplios de dirección y administración del proceso al juez (sistema del case management), otros como el nuestro siguiendo un estilo tradicional de raíz romanista, siguen con un desarrollo que –para la atención de casos como el que antes se refiriera- conviene revisar profundamente.

Esto es así, pues no puede sostenerse en la actualidad un procedimiento judicial, que se arrastra desde el siglo XIX, y menos aún en el ámbito del proceso de

---

<sup>11</sup> Chase, Oscar G.; Derecho, cultura y ritual; Ed. Marcial Pons, 2011, p. 37 y ss.

familia, ni dentro de las distintas aristas que comúnmente presenta, pues se continúa en el molde tradicional de un proceso de conocimiento clásico, obviando no solo las necesidades puntuales del justiciable, sino además las demandas sociales.

Estas anomalías reflejan una palmaria desvirtuación del proceso judicial, que ya a comienzos del siglo pasado denunciaba la doctrina, señalando que no se puede pensar en que quien tiene razón se vea expuesto a un sistema que –por omisión– convalide por vías de hecho el accionar de aquel que no la tiene.

Aquí se advierte con claridad que esas omisiones en las que incurre cada uno de los departamentos que ejercen el poder del Estado, constituyen un claro abuso del proceso –sea por acción o por omisión– que hace incomprensible un sistema judicial que pretenda el mantenimiento de la paz social.

Bajo el amparo de este tipo de situaciones se han creado paliativos, unos por vía de sistemas alternativos que pretenden el acercamiento de la comunicación fracasada entre las partes para que encuentren una solución a su conflictiva, otros por medio de la sustracción de los interesados a la jurisdicción natural para someterse a la de jueces privados.

Sin embargo, obsérvese como también por esta vía se desvirtúa el proceso, ya que contrariamente a lo que naturalmente es el arbitraje, que se encuentra regulado en el Código Procesal tanto nacional como en los de cada una de las provincias, ahora se pretende su regulación como un contrato en el proyecto de Código Civil unificado<sup>12</sup>.

Con lo cual lejos de favorecer el desarrollo del instituto, se apunta lisa y llanamente a su destrucción, la cual va a venir enancada en la inutilización del sistema por la superposición normativa que genera y los conflictos de constitucionalidad que ello plantea.

---

<sup>12</sup> Véase arts. 1649 y ss. del proyecto de referido código unificado.

La pregunta, que se genera en una cuestión netamente de índole privada como es el arbitraje –más allá que la ley lo impone para algunos casos en forma obligatoria<sup>13</sup>- es ¿dónde cree el ejecutivo y el legislativo que se va a ver reflejada semejante anomalía?

La respuesta es sencilla: en el seno del proceso judicial.

Esto que podría ser aventado con la regulación adecuada –que nuevamente omite el ejecutivo y el legislativo- para lo cual solo se requiere el respeto a la letra de la Constitución Nacional (art. 75 inc. 13), está siendo lisa y llanamente destruido con el agravante de proponer esa destrucción en manos del judicial al que se le someterían –según la reforma que ha tomado estado público que pretende introducirse sobre lo que ya está mal regulado- todos los arbitrajes porque se pretende que todos los laudos puedan ser impugnados en sede judicial.

Y encima aquellos que propenden a esa reforma absolutamente inconveniente -por irreal e inadecuada- “atacan” al derecho procesal, como causante de esa situación que se viene gestando en el seno del Congreso Nacional, como responsable de algo en lo cual no tuvo ningún tipo de participación<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Véase la ley 26.831 de mercado de capitales que lo instaura en forma obligatoria para aquellas sociedades abiertas.

<sup>14</sup> Sirva como ejemplo de lo expuesto el trabajo de Rivera, Julio César; “El arbitraje en el proyecto de Código sancionado por el Senado – Prejuicios y errores”, publicado en L.L. del 17/12/13, en donde sostiene que “no es posible saber bien a quien le ganaron los del derecho procesal publicístico, pero lo cierto es que la definitividad del supuesto triunfo aparece francamente cuestionable” (sic) y agrega más adelante que no son los códigos procesales donde se trata de la forma... y culmina con cita doctrinaria incluida que aludiendo a que las partes están en condiciones de diseñar su propio proceso, para lo cual no hace falta que “los procesalistas publicísticos les digan absolutamente nada ni les pongan plazos perentorios absurdos, ni límites, cortapisas y trampas como las que contiene a cada paso el código procesal” (sic). Si éste es el criterio para entender qué es el derecho procesal, considero que flaco favor se le hace a la ciencia del derecho, más aún cuando se omite tener en cuenta el cúmulo de actuaciones de índole absolutamente privadas –como el propio arbitraje- que contempla cualquier ordenamiento procesal como los que se denostan, para advertir que el derecho procesal no pertenece exclusivamente a la órbita juspublicista, sino que también gira como sistema de resolución de conflictos en la órbita privada, pero es evidente que si las explicaciones o críticas que se brindan a las objeciones hechas por una diputada que no sabemos qué influencia procesalística pudo tener, son mal resueltas porque no se pueden explicar cómo corresponden (sirva como ejemplo la confusión que existe entre la impugnación y la invalidación, aspecto largamente superado en la órbita procesal, si no se distingue la especialidad que importa la nulidad en el arbitraje, o no se distingue el mantenimiento del reenvío, como clave de la índole privada del sistema al que las partes deciden someterse, o por ejemplo las colisiones que ahora se advierten sobre determinados artículos para lo cual se obvió la letra de la Constitución Nacional, o sostener que con esta regulación Argentina desaparecerá como sedes de arbitrajes -tal vez faltó agregarle por culpa del derecho procesal- cuando no se advierte que es la regulación que se propone la que la va a hacer desaparecer (por la confusión de sistemas que genera), caemos en el vacío que señalamos que no es otro que generar un producto inconveniente a los fines que se persiguen, y ello

Ello no solo distorsiona la mirada, sino que además deja en manos inadecuadas el manejo de sistemas que deben transitar carriles que –a fuer de ser iterativo- son diversos a los que se tienen en cuenta, sea por comisión o por omisión, pero lo cierto es que las proyecciones de esos errores de concepción, vienen “protegidos” detrás de una norma infraconstitucional, ora el proceso de familia, ora los procesos en el ámbito de la seguridad social, o bien en el ámbito privado.

Contrariamente a lo que corresponde, desde el poder –que no lo circunscribo exclusivamente al político, aunque su respaldo es insoslayable- se advierte que la forma en que se legisla, o bien que se proponen leyes para incidir en el funcionamiento del sistema judicial, lejos de atender a las necesidades de la población, se dirigen a atender otro tipo de intereses y necesidades.

Un ejemplo elocuente es el de financiación del Estado, de ahí que hayamos señalado desde el comienzo de estas líneas la superposición que existe entre el Derecho Procesal y la Ciencia Política, pues si bien al Poder Judicial le cabe también el control de los actos estatales, analizando su constitucionalidad y la observancia de la denominada ahora “convencionalidad”, no es menos cierto que desde estos lugares se originan luego, lo que consideramos en línea con lo que llevamos expuesto, excesos en el proceso que desvirtúan su operatividad y desnaturalizan su finalidad.

Esto se refleja claramente en la decisión que adoptó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con relación al caso Fornerón. Se advierte por cierto, detrás del proceso una intencionalidad para desvirtuar la realidad obturando una vinculación paterno-filial, pero lo cierto es que todo el sistema favorece ese tipo de conductas, y mientras así se mantenga, es casi natural que los resultados vayan a ser los mismos.

Y ¿estos excesos como se originan? La respuesta es sencilla, desde el poder mismo. Luego, se reflejan dentro del proceso, afectando al sistema judicial, y repercuten directamente contra el justiciable.

---

repercutirá sin duda alguna dentro del sistema judicial, constituyéndose en un claro exceso del proceso que viene respaldado por una actuación que aparecerá como legítima pero que sustancialmente no lo será.

Señala Chase<sup>15</sup> que el poder, también es siempre un factor a tener presente cuando los procedimientos de resolución de conflictos son desarrollados, utilizados, mejorados o reformados. Es que precisamente lo que se pasan por alto son las formas que se utilizan para acceder a los fines que se persiguen. Esas formas diseñadas metódicamente y desde luego actualizándolas en el tiempo que corresponde, son las que permiten el diseño de sistemas adecuados.

Si nos apartamos del caso Fornerón y nos detenemos en una cuestión concretamente financiera, representada por la necesidad de enjugar los déficits del Estado, es sencillo advertir la influencia del poder administrador (como señalaba Chase) y cómo fue creada la ley 24.463.

Con el dictado de esa ley es como se puede apreciar como aparecen involucrados los tres estamentos del Estado, para tratar de paliar un déficit. Pero claro, ello se hizo desvirtuando al proceso judicial para no atender la deuda interna. Esta ley fue promulgada por iniciativa del Ejecutivo de turno, sancionada por el Legislativo, y aplicada por el Judicial.

Pero detrás de esa actuación existe otro poder, gestado por grupos que presionan y marcan rumbos, sean políticos, económicos, judiciales, o de otra índole, que desde luego muchas veces no coinciden con el interés público, pero que sus proyecciones se reflejan luego en una realidad que no debería existir.

A través de esa ley –recordemos que es de índole previsional- lo que antes constituía un mero trámite administrativo –absolutamente ágil y simple a la luz de la actual- con la posibilidad de acceder a sede judicial a través de un recurso que abría el conocimiento de la Cámara del Trabajo y la Seguridad Social, finalmente se transformó en un verdadero camino de obstáculos generados desde luego a través del proceso judicial.

Lo cierto es que –desde el poder- se creó un nuevo fuero en el ámbito federal. El fuero federal de la seguridad social, que no hacía otra cosa que dilatar la atención de los reclamos de los justiciables.

---

<sup>15</sup> Chase, Oscar G.; Ob.cit., p. 23



Con su creación el poder administrador utilizaba al proceso judicial para dilatar en el tiempo el cumplimiento de sus obligaciones ¿Qué provocó este “hallazgo” jurídico? Es muy sencillo, que la gente no cobre, que los reclamos se perpetúen en el tiempo, que el nuevo fuero quede colapsado<sup>16</sup>, y todo ello reflejado en una desvirtuación del proceso provoca que no se pueda hacer justicia, porque los justiciables no pueden percibir sus haberes, pues deben pedir una especie de “venia” al poder legislativo a fin de que sean incluidos sus créditos en el presupuesto del año siguiente para que sean liquidados, en bonos a 16 años<sup>17</sup>.

Ni la Constitución Nacional, ni los Tratados Internacionales de Derechos Humanos legitiman una actuación como la expuesta, cuando se analiza particularmente el tránsito que deben llevar a cabo los justiciables para el reconocimiento de sus derechos.

Pero el denominador común de todo este entramado es uno solo “el proceso judicial”, y nosotros analizamos cómo se abusa de él, o cómo se producen excesos dentro de él, para interpretar una situación que aparece como legítima pero que encubre una ilegalidad, lo que da lugar a un diagnóstico que debe ser distinto al tradicional.

Ese denominador común es claro que como objeto de estudio merece un mejor abordaje y tratamiento en los tiempos que corren, por la sencilla razón que ya no estamos en el siglo XIX. Y acá es donde aparece manifiesta la desvirtuación que tiene que ver con nuestra cultura: ¿cómo le interesa a esta sociedad lo que acontece?

---

<sup>16</sup> En el artículo periodístico aparecido en La Nación del 28/2/14 (pag. 14) se señala precisamente esta situación de colapso que sufre este nuevo fuero –que en verdad no debería existir- y el reclamo de los jueces que integran esa cámara a la Corte Suprema pues más de 120.000 causas esperan resolución y se destaca que quedaron 53.000 expedientes sin poder ingresar a la Cámara por falta de espacio físico, de los cuales a su vez 25.000 ni siquiera pudieron ser sorteados y asignada la sala a la que deben ser derivados.

<sup>17</sup> Es útil tener en cuenta que el gobierno de turno en la década de los noventa, fue tildado de neoliberal, en su tiempo se creó esa ley. Pero lo cierto es que el actual gobierno, de una ideología opuesta, que por lo menos en la realidad se presenta absolutamente crítico y contrario a aquél período, pese a que pertenecen ambos al mismo signo político, no solo la mantiene, sino que sigue el mismo derrotero creado por el primero.

Evidentemente la respuesta es sencilla: esta es una República que tiene un sistema representativo para que *“el pueblo sea oído”*, por lo tanto, cabe a sus mandatarios a quienes se delegó esta responsabilidad.

Sin embargo, una particularidad que distingue a esta sociedad es que resulta altamente probable que existan marchas multitudinarias cuando los bancos restringen su derecho de propiedad, pero no decida ningún tipo de manifestación a través de la cual el pueblo reclame por un sistema judicial acorde con la realidad.

Si han existido planteos o reclamos puntuales, en casos gravísimos, que movilizan a la población por la indignación que generan, lo que demuestra que la capacidad de reacción de la población sigue intacto, pero es evidente que no existe inserto en la sociedad el tema que hace al mejoramiento de la justicia porque se planifique su funcionamiento de un modo distinto al corriente.

Por el contrario existe una marcada tendencia a interpretar al Estado como una especie de botín de guerra de la facción que gobierna, por lo que el Estado se lo *“maneja”* en defensa de sus intereses, esto es para cubrir las mezquindades de la clase política, en lugar de propender al afianzamiento de la justicia a través de las vías que resulten más aptas para ello.

Parecería que lo expuesto se aleja de carácter científico de la Revista y se acerca más a una descripción de tono político. Sin embargo, si bien derecho y política son ámbitos diversos, la influencia que ejerce uno sobre el otro es innegable.

De todo ello la cuestión que surge sería ¿los abusos producidos en el proceso, son de incumbencia del propio proceso o vienen puestos por fuera de él?

La respuesta pasaría por advertir el abuso del poder para desvirtuar el proceso y ello se refleja en la realidad cotidiana, cuando se dispone la separación de un fiscal que lleva a cabo una investigación, cuando se recusa a un juez provocando el obturamiento del funcionamiento de una cámara de apelaciones<sup>18</sup>, cuando se legisla para mantener una situación de emergencia absolutamente irreal a través

---

<sup>18</sup> Véase en esta Revista el comentario a fallo de Vega que da cuenta de lo que sucede con el abuso de la recusación en el ámbito de la seguridad social.

de largos once años, solo para seguir concentrando poder, o cuando se legisla proyectando la inserción de la casación –desvirtuando no solo al recurso en sí mismo por la amplitud con la que se lo crea- sino además pasando por alto la verdadera mejora del sistema para encubrir una finalidad absolutamente deleznable.

Son muchos los ejemplos que se podrían traer a cuento, pero lo cierto es que el poder utilizado discrecionalmente, sin los límites que imponen los propios principios que surgen de la Ley Fundamental, va a seguir generando este tipo de irregularidades que se manifiestan luego en el proceso, pues lo que se persigue es el mantenimiento, afianzamiento y ensanchamiento de las estructuras de poder a costa del debilitamiento del poder jurisdiccional.

Por eso, si bien corresponde asumir que el proceso judicial en sí mismo no puede ser concebido y desarrollado dentro de los parámetros en los que actualmente está regulado, tan solo porque es palpable su inconsistencia frente a la realidad de estos tiempos, la inserción de nuevos remiendos persiguiendo fines diversos a los que corresponderían tener en miras, va a seguir provocando una mayor complejidad en el desarrollo del sistema porque en sí mismo ya ha dado muestras de agotamiento, y en lugar de reemplazarlo por un sistema eficiente, se lo utiliza con fines diversos que muestran claramente la desviación de ese poder.

## **5.- A MODO DE CONCLUSIONES**

Es evidente que tanto por el abuso que se comete por los operadores jurídicos sobre el proceso, es decir dentro suyo, que se puede advertir la comisión de una conducta antifuncional y por ende antijurídica, sino que además por la vía del exceso que importa crear sistemas totalmente distorsivos, es como se puede desarrollar una actuación también antifuncional y antijurídica, más allá que resulte disimulada dentro de una presunta actuación legítima, por la sencilla razón que se ampara en la letra de una norma infraconstitucional.

Ha sido Berizonce, con profusas citas de la doctrina administrativista quien señaló que la “desviación de poder” es la denominación genérica de la utilización del

poder en forma abusiva y arbitraria... se configura toda vez que en el ejercicio de potestades discrecionales se distorsiona intencionalmente el cometido o finalidad pública de la norma, desviándola en beneficio de terceros o de la misma administración. Es un vicio de orden moral, cuyo origen se encubre en la causa aun cuando la deformación de la razonabilidad no aparezca patente porque mora en el móvil psicológico del agente<sup>19</sup>.

Por lo tanto, no existe una vía, ni tampoco un mecanismo que permita “sancionar” una conducta temeraria o eventualmente maliciosa, como clásicamente se puede inferir del ejercicio abusivo de los derechos dentro del proceso.

Tampoco se puede advertir un exceso que surja dentro del proceso a partir del despliegue de una conducta que en apariencia resulta legítima pero que encubre una finalidad distorsiva y provoca una afección al sistema.

Está visto que desde el ejercicio abusivo del poder, dejando de lado la intencionalidad desde una mirada tradicional, pues en muchos casos corresponde circunscribirla a intereses particulares, que no son exclusivamente de los justiciables, sino del propio Estado, puede arrojar resultados disvaliosos como los ejemplos mencionados.

Surge evidente la responsabilidad de Argentina en el caso Fornerón, y no es la primera vez que lo señala la Corte Interamericana. Sin embargo, la actitud omisiva sigue siendo la que prima.

Por lo tanto, se hace muy difícil y compleja la situación planteada si se pretende aventar todo riesgo que pueda subvertir el desarrollo normal de un proceso, pues eso seguramente repercutirá en el tiempo que insume su desarrollo.

No es la primera, y seguramente tampoco la última que pasan por los tribunales personajes políticos que aparecen exculpados de toda responsabilidad por el simple transcurso del tiempo, y no se nos pasa por alto el entramado que existe para que el proceso sea desvirtuado y acceder a ese objetivo, que no es otro que el

---

<sup>19</sup> Berizonce, Roberto O.; El exceso en el ejercicio del poder jurisdiccional, ponencia presentada en el XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal de San Juan, año 2001, publicada en el libro de ponencias de ese evento, p. 845 y ss.

proceso no sea proceso, es decir que no funcione como tal, para que no se haga actuar la voluntad de la ley.

El cambio de paradigma no puede pasar más que por un cambio cultural que importe el reconocimiento primero de la existencia de una república, en segundo lugar del funcionamiento de sus instituciones, y en tercer lugar de la independencia de la que debe gozar el poder judicial a los fines de resguardar precisamente a esa república.

Post y Siegel señalan que la distinción entre la política y el derecho es constitutiva de la legalidad. Es por ello que los tribunales con orgullo e insistencia se proclaman a sí mismos como “meros instrumentos del derecho”. Su autoridad consiste en expresar “qué es el derecho”, y el contenido del mismo debe estar determinado “esencialmente por el trabajo de los abogados”, el cual acontece dentro de un espacio de “principios y lógica” desde el cual todas las consideraciones políticas son excluidas rigurosamente. El deber de un juez consiste en “defender el derecho y seguir los dictados de la Constitución”, y no en “servir a un grupo de electores”. “Los jueces tienen que esforzarse por hacer lo que es legalmente correcto, más aún cuando el resultado no es el que la multitud local quiere”<sup>20</sup>.

Por ello resulta difícil encontrar respuesta a los interrogantes planteados al comienzo de este trabajo, aunque no es menos cierto que se pueden advertir las interferencias que se provocan por el abuso del poder que se genera dentro de los propios estamentos de gobierno detrás de objetivos que llegan inclusive a distorsionar el interés público.

Y todo ello requiere de un intercambio constante entre cada uno de los tres estamentos en que se divide el poder en la República, atendiendo a su vez a la necesidades de la población que deben encontrar también las vías para ser oídos, pues de ese diálogo fluido, es como puede surgir el diseño de políticas adecuadas para el desarrollo de un proceso que esté al margen de interferencias sectoriales o

---

<sup>20</sup> Post, Robert y Siegel, Reva; *Constitucionalismo democrático –por una reconciliación entre Constitución y pueblo-* Ed. SigloXXI, 2013, p. 57.

de cubrir necesidades momentáneas, pues en definitiva es la propia sociedad quien las padece tanto unas como otras.

Los paliativos -inclusive de carácter preventivo- están puestos dentro de la letra de la propia Constitución Nacional, y desde luego en el bloque de constitucionalidad al que adhirió nuestro país, solo falta poner manos a la obra para transitar ese camino, que no puede desandarse solo por partes, ni menos aún con remiendos, sino que depende de una política pública adecuada, alguno de cuyos trazos fue mostrando la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Sirva como ejemplo lo resuelto por la Corte Suprema en el caso F.A.L. desde el punto de vista de la trascendencia social que provocó su decisión; o bien, la forma en que desarrolló un “nuevo proceso” en el caso Mendoza, al resolver la cuestión ambiental allí planteada; o el intercambio que provocó tanto el caso Badaro como otros de índole similar con el poder administrador.