

**“XXIX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO  
PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL, SANTIAGO DEL  
ESTERO- TERMAS DE RIO HONDO 2017”**

**COMISIÓN 3: La función decisoria del juez en la actualidad.**

**TEMA:**

**PONENCIA: Jorge A. Rojas y María del Valle Quintana**

**DIRECCIÓN POSTAL: Roca 1543, Trenque Lauquen, Provincia de Buenos Aires.**

**TELÉFONO: 02396-15620435**

**CORREO ELECTRÓNICO: mariadelvalleq@hotmail.com**

**SUMARIO:**

**1- Introducción; 2- Una mirada retrospectiva; 3- Conflicto y Jurisdicción; 4- Una propuesta de trabajo**

## **SÍNTESIS DE LA PROPUESTA:**

Observamos que uno de los problemas que se plantea en la actualidad es la necesidad de una preparación adecuada de los operadores jurídicos; sobre todo en el ámbito del derecho privado por encontrarnos frente a un nuevo ordenamiento, que no implica un simple cambio de normas, sino que es evidente que se ha diseñado un nuevo modelo o paradigma. En el ámbito de la jurisdicción oficial, el rol preponderante queda en manos de la Escuela Judicial, tal como está previsto en el artículo 116 de la Constitución Nacional, el Consejo de la Magistratura tiene un deber fundamental de llevar a cabo dicha capacitación.

Esto implica no solo que el abogado esté preparado para formular sus planteos a la luz de esta nueva realidad que propone el CCCN, sino también que la jurisdicción esté habilitada a su operatividad dirimiendo conflictos, tal como fue plasmado en el art. 3 del mismo ordenamiento, que resulta el espíritu tenido en cuenta por la comisión redactora del nuevo ordenamiento, al poner especial énfasis en que la decisión que resuelva los conflictos deba ser razonablemente fundada. Y aquí radica el primer inconveniente que se nos presenta respecto del alcance y de cómo debemos interpretarla. Esa es una de las propuestas cuyo objetivo pretendemos abordar ya sea a través de un dialogo de fuentes y de la forma en que debería abordarse.

Afianzar la justicia, como demanda el Preámbulo de nuestra Constitución, requiere de jueces probos y esa probidad no puede esperarse sino a través de una preparación adecuada de todos los operadores jurídicos a través del tiempo y con los medios adecuados y con avances que no retrograden al derecho.

## 1- INTRODUCCION

En este Congreso uno de los temas centrales sobre los que se ha propuesto trabajar es el nuevo rol que debe desempeñar la jurisdicción a la luz de la nueva realidad que está influenciada no solo por los hechos que tienen una velocidad que no existía en otros tiempos. El raudo avance de la ciencia y la tecnología, torna imprescindible la mejor preparación de los jueces para poder abordar esa realidad cuando se suscite un conflicto.

Si partimos de la base que la jurisdicción constituye una función, más allá de la mirada política que puede atribuírsele, conviene distinguir básicamente dentro suyo dos aspectos esenciales que permiten completar esa función. Uno de los aspectos tiene que ver con la gestión. Esa tarea desarrollada por la jurisdicción desde luego contempla distintos aspectos como negociación, administración, organización, entre otras.

El otro aspecto central es el decisorio, que constituye al decir de los clásicos, el momento más trascendente de la jurisdicción, o el más importante de su función, esto es -decir el derecho- la "iuris- dictio".

Por lo tanto, la tarea que nos ocupa corresponderá restringirla, no sólo por razones de espacio y reglamentarias, a un aspecto muy puntual y específico. Atento a ello, concentraremos nuestra tarea en la faceta decisoria que le cabe a la jurisdicción que se concentra en un aspecto iusfilosófico que ahora se positiviza, por lo menos en el derecho privado, a través de su llamada constitucionalización, que se revincula y hace más estrecho el ámbito del derecho público con el del derecho privado.

En el Congreso Nacional que se desarrolló en Buenos Aires en el año 2009, ya se percibía un nuevo rol de la jurisdicción que se destacó en la comisión que trabajó sobre la etapa preliminar del proceso civil.

Allí no solo se aludió a distintos métodos alternativos de solución de conflictos, que hoy podemos considerar como tradicionales, como la mediación, o la conciliación, o el arbitraje, sino que además se apuntó a distintos aspectos que tienen que ver con la combinación de esos sistemas con otros que proponían soluciones intermedias con la influencia directa de la jurisdicción<sup>1</sup>.

A eso se deben sumar los estudios comparativos con el sistema del common law, en donde el juez dejó de ser un mero espectador en una contienda entre particulares para convertirse en un verdadero director del proceso, con un rol mucho más activo y trascendente, y así instruir y marcar a las partes las tareas que incumbían a cada una de ellas a partir de la estructuración de diversos sistemas los cuales en todos los casos permitían a la jurisdicción, no solo una tarea meramente ordenadora del debate, sino inclusive la imposición de determinadas cargas procesales, cuya inobservancia trae aparejada diverso tipo de consecuencias.

Por eso, si bien no es posible transpolar sistemas entre países de diversas culturas, y con una idiosincrasia totalmente diversa, si resulta importante hacer una evaluación sobre el rol que cabe hoy en día a la jurisdicción por el avance que ha generado el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en más CCCN), que si bien los aspectos mencionados hacen a la faceta de gestión, la concentraremos en la de resolución

De eso se tratará esta ponencia en donde se compararán las facultades y deberes que en la actualidad tiene la jurisdicción con estos nuevos modelos que se han gestado en el CCCN.

## **2- UNA MIRADA RETROSPECTIVA**

---

<sup>1</sup> Ver Rojas, Jorge A., "Etapa preliminar al proceso Civil" (ponencia general), publicada en el Libro de Ponencias del "XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal" del año 2009 celebrado en la Ciudad de Buenos Aires, pág. 362. Allí se aborada la "pericia técnica preventiva" que en la doctrina italiana se la identifica como "consulenza técnica".

La jurisdicción, si nos remontamos a la antigüedad, podemos comprobar que ha sido un desprendimiento del poder del rey o del emperador, que concentraba en sí todos los poderes de lo que hoy conocemos como Estado.

La noción de debido proceso legal, que data del año 1215, conviene recordar que ha sido prácticamente una conquista de la nobleza sobre la corona, cuando la primera veía crecer cada vez más el descontento en la población por la presión que ejercía a través de la recaudación de impuestos, en virtud de los poderes cada vez más amplios que tenía el rey cuando veía crecer sus dominios.

Cuando la nobleza comenzó a sentir sobre sus espaldas esa presión, tanto por el lado del pueblo como de la propia corona, fue como se gestó – como un claro movimiento político- la Carta Magna del Rey Juan I ó Juan Sin Tierra en el año 1215.

De estos antecedentes transcurrieron ocho siglos. Pero lo importante a destacar aquí es que con esa conquista lo que se obtuvo fue que nadie podía ser privado de su vida, de su libertad, o de su propiedad, si no era a través de un juicio previo ante sus pares.

Aparece aquí una noción distinta de lo que es la jurisdicción, que se conocía como un desprendimiento del poder central, sea ejercido por un rey, o una figura central que concentraba sobre sí todo el poder.

El traspaso de las colonias inglesas a tierras americanas, el fuerte influjo del iusnaturalismo, y la sanción de la constitución americana, sumada a la Revolución Francesa en el año 1789, dieron marco al nacimiento del nuevo estado moderno, que no fue otra cosa más que el advenimiento del nuevo constitucionalismo, que aparecía en la realidad de entonces con un sentido diverso al tradicional.

Se gestó así, a través de esos movimientos políticos, un nuevo orden mundial que se propagó de un modo casi fulminante a todo el mundo

occidental. Producto de ello fueron las constituciones americanas, entre las cuales se destaca la nuestra de 1853/60.

La importancia de estos antecedentes tiene que ver con el desarrollo que tuvo el rol de la jurisdicción, pues de un mero desprendimiento de la corona, pasó a ser uno de los tres poderes que consagró el estado moderno. El principio de división de poderes, se consagró así como un principio básico de todo sistema republicano y democrático.

Por entonces, nos encontrábamos frente a un sistema de corte liberal que persiguió la libertad como prius fundamental para el desarrollo de una vida armónica en sociedad, y esa libertad no era otra que romper con el yugo que implicaba el sometimiento a los regímenes monárquicos, que sobrevivieron en muchos países como monarquías atemperadas con respaldo constitucional en sistemas de índole parlamentaria.

Sin embargo, aquel estado liberal que no era otra cosa más que el estado de derecho, que se identificó principalmente con el iuspositivismo, desde el punto de vista legislativo, no permitía a la jurisdicción, más que ser “la boca de la ley”.

El juez veía así restringida su actuación exclusivamente a pronunciar la letra de la ley. Ese era el rol de la jurisdicción. Totalmente pasivo, distante, ajeno prácticamente al debate de las partes, y como un participante externo que se limitaba a señalar lo que la ley disponía.

El desarrollo de las instituciones, y hechos de trascendencia mundial, como pueden ser las guerras mundiales que enfrentó la humanidad, cambiaron la línea de razonamiento no solo de la jurisdicción sino del Estado mismo, porque dejó de cumplir el rol de ser un estado de corte meramente liberal, como estado de derecho, para pasar a asumir un rol diverso.

El nuevo rol del Estado consideramos que comienza a gestarse luego de la segunda conflagración mundial, que generó no solo la creación de la Organización de las Naciones Unidas, y la gestación de los nuevos

tratados internacionales de derechos humanos a los cuales adhirieron la gran mayoría de los países.

Esos tratados marcaron una impronta fundamental desde mediados del siglo pasado en el desarrollo del concierto de las naciones, precisamente porque el advenimiento de esos tratados internacionales en materia de derechos humanos no solo vinieron a poner un límite a los crímenes de lesa humanidad, sino que además permitieron el desarrollo de un estado constitucional que se gestó con la preponderancia de esa normativa de carácter internacional.

Por esa razón, hoy es sencillo aludir al traspaso del estado liberal de derecho al estado constitucional, que nos permite advertir que el derecho es mucho más que la ley, por lo que no puede restringirse la interpretación de un caso meramente a la ley escrita, ya que comenzaron a jugar otro tipo de valores, como los principios que surgen de tratados internacionales que desde luego comprometen a nuestro país a su fiel observancia a la luz del art. 27 de la Convención de Viena.

### **3- CONFLICTO Y JURISDICCION**

Esa nueva realidad que fuera descripta sucintamente por las restricciones que se imponen para este trabajo, permiten inferir la necesidad de un aggiornamiento en la función jurisdiccional.

Esto es así porque se dejó de lado el viejo iuspositivismo jurídico, extremadamente legalista, que fue característico del estado liberal de derecho, para pasar con el influjo de una corriente –que alguna línea denomina neopositivista otra neoconstitucional- y otra principiología apoyada en la razón crítica<sup>2</sup>, a una tarea diversa a la que tradicionalmente se le reconoció a la jurisdicción.

Era característica de la función jurisdiccional, la tarea de subsunción jurídica como la llamaba Couture, por medio de la cual los hechos fijados

---

<sup>2</sup> Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” Rivera, Julio César- Medina, Graciela -Directores- Ed. Thomson Reuters La Ley, pág. 55 y ss.

para el proceso se elevan para sumergirlos en el plexo jurídico abstracto, que permite desde allí la creación de la norma individual para dirimir un conflicto. Esa tarea como tal ya resulta insuficiente por sí misma, lo que no quiere decir que deba ser relegada.

Hoy el conflicto, como materia prima de elaboración del derecho procesal, requiere de determinados aditamentos para su abordaje y administración que no es otra cosa que su ponderación a la luz de los principios que llevan a la razonabilidad<sup>3</sup> de las soluciones inmediatas que puedan concebirse para atender situaciones urgentes que no admiten demora en su tratamiento, como asimismo que se deje de lado esa postura prescindente de la jurisdicción, para asumir que es el Estado quien a través de uno de sus poderes colaborará en forma directa y eficaz en el abordaje del conflicto que se trate, poniendo especial énfasis en cómo lograr que la tutela sea efectiva e inmediata.

Esta faceta de la jurisdicción que implica que el juez actúe abordando y administrando el conflicto desde su presentación, y no al final de su desarrollo con el pronunciamiento de mérito, tiene que ver con una preparación diversa y adecuada de todos los operadores jurídicos para hacer efectiva la tutela que consagran los tratados internacionales de derechos humanos, que excede al ámbito jurisdiccional, pues incumbe a todos los poderes del Estado su concreción.

#### **4- UNA PROPUESTA DE TRABAJO**

Conforme lo expuesto hasta aquí es necesario advertir que uno de los problemas que se plantea en la actualidad es la necesidad de la preparación de los operadores jurídicos, toda vez que en el ámbito del derecho privado estamos frente a un nuevo ordenamiento, que no implica un simple cambio de normas sino que es evidente que se ha diseñado un nuevo modelo o paradigma como suele denominarlo la doctrina.

---

<sup>3</sup> Alexy, Robert; "Teoría de los Derechos Fundamentales", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, segunda edición, 2007, p. 523 y ss.



Esto significa no solo que el abogado esté preparado para formular sus planteos a la luz de esta nueva realidad que propone el nuevo código civil, sino además a que la jurisdicción esté habilitada a su operatividad dirimiendo los conflictos, como indica el art. 3 de ese ordenamiento, mediante una decisión razonablemente fundada.

Y en este punto la razonabilidad de la decisión, ¿qué alcance tiene? ¿Cómo debe ser interpretada?

Aquí radica el principal aspecto que hace al desarrollo de este nuevo modelo o paradigma. El título preliminar del nuevo código en sus tres primeros artículos diseña el nuevo rol que le cabe a la jurisdicción desde el punto de vista de aquél que se consideró como el momento máximo o el momento más importante de su función, esto es la decisión.

El primer artículo alude a las fuentes que debe tener en cuenta la jurisdicción, el segundo artículo alude a la forma en que se debe llevar a cabo ese diálogo de fuentes porque precisamente el art. 3 del CCCN establece lo que antes señalamos que el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una resolución razonablemente fundada.

Y ese diálogo de fuentes se da a la luz de las directivas que surgen de los otros dos artículos anteriores, pues mientras el primero señala que los “casos” que deben ser resueltos, esto es que toma al conflicto como punto de partida primordial, no solo deben ser dirimidos a través de las leyes que resulten aplicables, sino que éstas deben conformarse con la letra de la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos, para lo cual además deberá tenerse en cuenta la finalidad de la ley y los usos, prácticas y costumbres cuando resulten vinculantes, sea por invocación de las partes o porque las leyes las hayan tenido en cuenta, siempre que no sean contrarias a derecho.

Es decir no se agota la tarea de la jurisdicción en una función meramente subsuntiva, sino que por el contrario, ahora se requiere una labor que se ha denominado por la iusfilosofía como “ponderativa”, para llegar a la

correspondencia de la norma no solo con la realidad del caso, sino con el resultado que esa correlación arroje a la luz de la llamada “constitucionalización del derecho privado”, que no es más que la compatibilización de la norma con la letra de las leyes fundamentales (Constitución Nacional y Tratados de Derechos Humanos).

En esa línea se inscribe el art. 2 del CCCN, pues alude a otro aspecto de la función jurisdiccional, que consiste en la interpretación de la ley, que lleva como presupuesto la tarea que antes mencionamos, pues de esa norma se desprenden distintos sistemas interpretativos que permiten a la jurisdicción la operación antes descrita.

Esa norma señala que la ley debe ser interpretada en forma literal (primero por su propia letra), luego con un sentido teleológico (esto es, teniendo en cuenta la finalidad de la norma), luego con un sentido comparatista (teniendo en cuenta normas análogas), luego con un sentido jerárquico teniendo en cuenta las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos, y agrega ese precepto además a los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

Quiere decir entonces que la función de la jurisdicción no se puede agotar ya en la simple aplicación de la letra de la ley, sino que la razón crítica o principiología en la que se encuentra enrolado el nuevo CCCN hace que esa tarea sea mucho más amplia.

Esto no puede entenderse como una simple facultad discrecional de la jurisdicción sino que por el contrario hace al desarrollo de una tarea mucho más abarcativa porque inscribió a nuestro país, ya desde el derecho privado ahora, al concierto de naciones generando una transnacionalización del derecho privado.

Como se puede apreciar de la normativa invocada, surge la necesidad de tomar en cuenta la ley, su finalidad, su correlación con los tratados de derechos humanos y los principios y valores que estén en concordancia – desde luego en ese caso en concreto- con todo el ordenamiento jurídico.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ya había interpretado – desde antes de la sanción de la Constitución del '94- que “los derechos y garantías contemplados en la primera parte de la Constitución Nacional no constituyen la regulación exclusiva del sistema de derechos fundamentales vigentes en la República. Su regulación se integra además, con los principios y disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica que, al ser aprobado por la ley 23.054 y ratificado el 5 de septiembre de 1984, tiene el carácter de ley suprema de la Nación de acuerdo a lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional”<sup>4</sup>.

Y agregó reiterando su postura que hasta ahora sigue la misma línea que “el solo irrespeto de los derechos humanos fundamentales reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y la sola denegación de su amparo, gubernativo o jurisdiccional, constituirán violaciones directas de los mismos, en función del deber de respetarlos y garantizarlos establecidos en el art. 1.1. del tratado”<sup>5</sup>.

No puede desconocerse entonces, que nuestro país, con el advenimiento de la democracia en 1983, no solo dejó atrás una página oprobiosa de su historia, sino que además desde el punto de vista tanto jurisprudencial como legislativo se enroló en una apertura que es el camino que se sigue profundizando con su tránsito, siendo muestra elocuente de ello el nuevo CCCN.

Por lo tanto, para estar a la altura de estas circunstancias se requiere una mejor preparación de los operadores jurídicos requiriéndose que puedan estar a la altura de las circunstancias, aspecto en el cual el rol que le cabe a la Escuela Judicial es preponderante.

De ahí que a la luz del art. 116 de la Constitución Nacional, el Consejo de la Magistratura tiene un deber fundamental a través del desarrollo de dicha escuela para mantener a la jurisdicción en condiciones de marcar un avance en su desarrollo desde el punto de vista interpretativo y decisorio.

---

<sup>4</sup> Fallos 315:1943

<sup>5</sup> Fallos 317:247

Los tiempos que corren cada vez aceleran más las necesidades del justiciable, y desde luego las tareas de gestión de la jurisdicción requieren de un nuevo sistema que se adapte a esa nueva realidad, pero es fundamental que también la calidad de sus pronunciamientos no se divorció de esas necesidades, por lo cual sería saludable el mantenimiento de cursos de actualización obligatorios para el cumplimiento de una tarea esencial para las instituciones.

Afianzar la justicia, como demanda el Preámbulo de nuestra Ley Fundamental, requiere de jueces probos y esa probidad no puede esperarse sino a través de una preparación adecuada, que se puede escalar en el tiempo, por ejemplo en un período de tiempo razonable en años –como el que tienen los profesores universitarios para renovar sus cargos- para de ese modo aunar criterios y unificar niveles, que permitan estar al corriente de este tipo de avances que no retrograden al derecho al contrario del avance que tienen la ciencia y la tecnología.