

XXIX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

TEMA (PROC. CIVIL): EL ROL DEL JUEZ EN LA ACTUALIDAD.

SUB TEMA: EL ROL DEL JUEZ EN EN EL CONFLICTO ASIMÉTRICO

AUTOR: ORNELA CECILIA PICCINELLI (*)

FECHA DE NACIMIENTO: 04. XI. 1983 (**)

DIRECCIÓN POSTAL: CALLE 123 N° 757 (E/ 47 Y 48), ENSENADA (1925), PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

TELÉFONO: (221) 483-9196 / **CELULAR:** (221) 593-9741

DIRECCIÓN DE CORREO ELECTRÓNICO: PICCINELLI.ORNELA@GMAIL.COM

BREVE SÍNTESIS DE LA PROPUESTA:

Este trabajo intenta -a partir de los estándares convencionales y de la jurisprudencia de los superiores tribunales- poner de manifiesto ciertos lineamientos mínimos que han de perfilar el rol del juez en todos aquellos procesos que involucren la protección de derechos de sujetos de tutela preferente.

(*) Abogada (UNLP). Escribana (UNLP). Cursó la Especialización en Derecho Procesal Profundizado (UNA) y la Maestría en Derecho Procesal (UNLP). Docente de la Cátedra III de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Coordinadora de la Maestría en Derecho Procesal de la misma Universidad. Auxiliar letrada adscripta a la Presidencia de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata.

(**) Dejo constancia de mi intención de participar en el concurso de Jóvenes Ponentes organizado por el Dial y supervisado por la Asociación Argentina de Derecho Procesal (cfe. art. 2 del reglamento del concurso de mejores ponencias presentadas por Jóvenes Abogados).

Tutela judicial efectiva y desigualdad sustancial: *el rol del juez en el conflicto asimétrico.*

Por Ornella C. PICCINELLI ()*

I. Introducción.

Este Encuentro Nacional de Derecho Procesal ha propuesto como eje temático de discusión el “CONFLICTO JURÍDICO Y LAS SOLUCIONES DEL SIGLO XXI”. La elección concentra la atención en la problemática que el derecho procesal está llamado a remediar: la conflictividad humana, entendida como situación preexistente a la disciplina.

Entonces, en ella nos concentraremos con el objeto de analizar cuál ha de ser el mejor modo de abordaje de una de sus especies: aquella que involucra vinculaciones que, por su propia manera de existir, generan situaciones que se caracterizan por presentar una disparidad difícil de remediar.

De entre ellas, resultan especialmente preocupantes las que involucran derechos relativos a personas en condición de vulnerabilidad. Tan es ello así, que la propia Constitución advierte a los poderes del Estado que deberán legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esa Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (cfe. art. 75 inc. 23 CN)¹.

Frente a ellas, el proceso civil –tradicionalmente concebido– opera como reflejo de esa disparidad, y se convierte muchas veces en agente multiplicador de esa disimilitud con seria afectación de los derechos de los más desaventajados².

En ese marco, la comisión dedicada a la discusión del rol que ha de asumir el juez en el proceso civil plantea un debate interesante que involucra diversas y contrapuestas respuestas que traslucen idiosincrasias y perspectivas encontradas en torno al alcance, contorno y perfiles del ejercicio de la jurisdicción.

Con el objetivo de anotar algunos puntos para la discusión, intentaremos delinear los contornos del rol de la magistratura desde una lectura convencional del problema, a propósito del sistema que puso -nuevamente- de manifiesto la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación.

II. La constitucionalización del derecho privado como marco referencial y la necesaria redefinición del papel del juez en la sociedad actual.

No es una novedad que la juridización de la Constitución Nacional, merced a la incorporación del denominado bloque de convencionalidad ha importado –particularmente en el campo que nos convoca– el redimensionamiento de las garantías más primarias.

En efecto, el contorno del debido proceso legal ha experimentado una saludable redefinición³: se ha tomado comprensivo de otros aspectos, que intensificaron sus alcances y delinearon gradualmente el derecho fundamental a la *tutela judicial efectiva*, derecho humano de los más trascendentes, por cuanto constituye nada menos que el derecho a hacer valer los propios derechos.

Explica BERIZONCE que ese derecho comprende varias cosas, entre ellas: el debido proceso, como oportunidad de ser oído y probar en contradictorio en cualquier proceso, para la determinación de los derechos y obligaciones de cualquier carácter, en cuyo marco rigen en todas sus facetas e instancias las garantías de igualdad y bilateralidad⁴.

La igualdad (real) de las partes en el proceso –que resulta un presupuesto de existencia del *proceso justo*– se ha transformado en un imperativo constitucional que, a la par que vincula a los poderes del estado a través del mandato de aseguramiento positivo (art. 75 inc. 23 CN), compromete su responsabilidad frente a la comunidad internacional⁵.

Esa línea tendencial a la que venimos aludiendo (y que como dijimos, no es ya novedosa) a ha tenido –empero– reciente revitalización, habida cuenta la puesta en funcionamiento del Código Civil y Comercial de la Nación.

El nuevo Código explicitó dos decisiones en materia de política pública judicial que impactan en el derecho procesal: la constitucionalización del derecho privado y la recepción del principio de igualdad material, como vectores de esa regulación⁶.

Lo primero, en tanto la puesta en vigencia de la ley 26.994 ha importado un cambio de paradigma en el modo de pensar el ordenamiento jurídico. Uno de sus rasgos definitorios es, sin lugar a dudas, el de concebir al ordenamiento jurídico como un sistema y al derecho privado como un engranaje que debe insertarse en aquél⁷.

En ese entendimiento, el legislador se ocupó especialmente de poner de manifiesto el abandono de la división absoluta entre el derecho público y el privado. De allí que, en los fundamentos de elevación del anteproyecto al Congreso de la Nación se explicara que los redactores tuvieron muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad... [innovando] profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece[r] una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina... Puede afirmarse que

existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado⁸.

En lo que concierne al segundo de los aspectos apuntados, ha dicho Ricardo Lorenzetti en la introducción de los Fundamentos del Anteproyecto, que el Código Civil y Comercial considera a la persona concreta por sobre la idea de un sujeto abstracto y desvinculado de su posición vital. Busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables⁹. Volveremos sobre esto más adelante.

Se trata, en suma, de la propuesta de pensar (y hacer funcionar al derecho) como una (verdadera) herramienta de cambio social, de la que los operadores *deben* echar mano. Se ha abandonado la fantasía proveniente de la tradición de los siglos XVII y XVIII sobre el legislador racional que ha concebido un sistema jurídico pleno y cerrado y a su vez coherente por sí solo [...], a pesar de que nuestra cultura jurídica y nuestras escuelas de derecho demoren en anunciar su muerte. Lo cerrado ha dejado paso a lo abierto del sistema, lo coherente a la pretensión de coherencia [...]. La idea de sistema no surge estrictamente de un conjunto exclusivo de normas jurídicas como un todo completo y por tanto cerrado, sino a un concepto de sistema abierto y dinámico en el que normas de diferentes tipos interactúan todas ellas bajo otros elementos (los principios) que les dan sentido y nos ayudan a entenderlas como un conjunto que pretende ser sistemático¹⁰.

En ese escenario, el juez aparece como una pieza fundamental: lejos de aquel paradigma que lo definía como un ser inanimado que no puede más que pronunciar las palabras de la ley¹¹ reduciendo su magisterio a la mecánica aplicación del texto legal con el solo auxilio de elementales principios de lógica (absolutamente neutro a valores).

Se pondera la existencia de un juez que sabe interpretar la realidad de su época y le confiere a sus decisiones un sentido constructivo, orientándolas a la consagración de aquellos valores esenciales en vigor¹², que –a no dudarlo– integran el ordenamiento jurídico en el que está llamado a operar.

El título preliminar juega aquí una función primordial, dotándolo de ciertas reglas que permiten delinear el modo en que ha de hacerse funcionar el sistema y el perfil de operador que requiere. Es que el sistema exige que la interpretación de la ley sea hecha teniendo en cuenta no sólo sus finalidades sino también, los principios entendidos como mandatos de optimización, que requieren que algo sea cumplido en la mayor medida posible¹³.

El juez, como operador activo, guardián de la justicia de la decisión en el marco de un proceso transversalmente cruzado por los estándares que surgen de los tratados de derechos humanos, debe resolver el caso a la luz de la influencia decisiva de los arts. 1º y

2º del CCyCN porque, tal como lo ha puesto de manifiesto DE LÁZZARI de esa primera parte del nuevo Código Civil y Comercial (de sus primeros tres artículos), los sujetos destinatarios [son], ni más ni menos [que] los jueces, y sería desconocer sus prescripciones el hacer prevalecer lo ritual por encima de la realidad concreta que se presenta ante nosotros¹⁴.

En definitiva, el código ha explicitado un quiebre de paradigma cuya gesta se inició ya varios años atrás. Su mérito ha sido, sin embargo, el hacer ostensible la instalación de un modelo diverso cuya efectiva vigencia requiere de un juez que, como protagonista principal, actúe en función protectora, preventiva, asumiendo misiones múltiples de gestor, tutelador y garante del interés público comprometido¹⁵.

III.- El conflicto asimétrico. Parámetros convencionales para su juzgamiento.

Señalamos antes que uno de los rasgos salientes de la codificación actual es el relativo a la previsión de ciertos subsistemas tendientes a lograr la igualación de quienes, por diversas causas se hallan en una asimetría tal que toma ilusoria una discusión en términos de igualdad real.

Como enseña BERIZONCE "... ha delineado un típico sistema de tutela procesal diferenciada. Se trata genéricamente de técnicas procesales diversas, propias de la tutela de ciertos derechos fundamentales de rango preferente [...] verdaderas instituciones "equilibradoras" de las situaciones concretas de las partes, se conjugan para configurar una verdadera y típica "justicia de acompañamiento" o "protectora", a tono con el deber de aseguramiento positivo que corresponde al Estado en todas sus ramas, y particularmente a la judicial (art. 75 inc. 23, Const. Nac)"¹⁶.

Se trata del reflejo de la igualdad constitucional expresamente tutelada por el artículo 16 de la CN, e implícitamente recogida en la CADH¹⁷. Al respecto ha dicho el profesor HITTERS que, modernamente tanto los constitucionalistas como los procesalistas se han encargado de remarcar que para que esas garantías operen a cabalidad y sin retaceos debe existir una igualdad efectiva de las partes en el pleito y ello es una consecuencia del principio de igualdad ante la ley, que no surge expresamente de la norma comentada sino en forma genérica del art. 24 de la Convención.

La Corte Interamericana, por su parte, ha señalado reiteradamente que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*, advirtiendo que sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico¹⁸.

Esto significa que si los Estados no implementan en su andamiaje doméstico el postulado de igualdad efectiva de las partes en el proceso –y no formal–, incurren –por lo menos– en violación de los artículos 8 y 24 del Pacto de San José de Costa Rica, de conformidad con los artículos 1.1 y 2 del mismo¹⁹.

Hemos dicho ya, que el proceso no puede ser un mero carril formal que se desentienda de la justicia del resultado que se obtiene merced a su tránsito. Con ello queremos indicar, que un sistema respetuoso de los estándares convencionales no puede apartarse del postulado de igualdad procesal que propone al juez hacerse cargo de la desigualdad de las partes en el campo sustancial, nivelando la discusión en el campo procesal.

Es que de otra manera –como advertimos– el proceso resultaría multiplicador de aquella falta de isonomía, convirtiéndose en un instrumento de sometimiento de la parte más fuerte –consentida por los jueces del Estado– en perjuicio de quienes carecen de recursos, de información, de acceso o de tiempo para ver satisfechos sus derechos²⁰.

Las afirmaciones precedentes han de analizarse desde una doble perspectiva, para no ofrecer una visión sesgada del problema. En efecto, de un lado, el Estado debe ocuparse de compensar desigualdades e intervenir para que en el marco del proceso la inequivalencia de situaciones no se traduzca en injusticia.

Del otro lado, –no por evidente menos relevante– importa advertir que no ha de dispensarse idéntico trato a quienes no se hallan en similares situaciones.

En otras palabras, la realización de la igualdad procesal no sólo se logra en la faz positiva del problema –nivelando situaciones dispares– sino asimismo desde la faz negativa del mismo –evitando tratar igual a quienes no se encuentran en la misma condición.

Podría decirse entonces que: i) *al inicio* del proceso los Estados deben poner en marcha mecanismos tendientes a corregir la desigualdad original entre los litigantes²¹; ii) que *durante el curso del mismo* deben velar por la existencia de una real igualdad de armas²²; iii) y que *sobre el final del trámite*, frente a la sentencia, ha de asumir la existencia de dos situaciones diversas que ya no pueden tratarse idénticamente.

IV. El juez frente a la vulnerabilidad: propuesta para definir los contornos de su actuación en clave convencional.

La satisfacción de los parámetros que dimanen del bloque convencional importa la redefinición del ejercicio de la jurisdicción, con prescindencia de la materia que resulte objeto de discusión.

Es que, en el marco de la sociedad actual es imperioso que el juez conozca el conflicto tempranamente, lo comprenda –en sus dimensiones reales– y ofrezca una solución de

calidad en un plazo razonable que, analizada en términos consecuenciales, sortee el tamiz de la razonabilidad (cfr. art. 3 del CCyCN)

Si ello es así en general, tanto más lo es en el conflicto asimétrico.

Por esa razón, los mecanismos o subsistemas de tutela diferencial que ha perfilado el CCyCN -echando mano de un gran número de previsiones procesales- resultan herramientas de innegable valía.

Es que no sólo están destinadas a aplicarse a lo largo y a lo ancho del territorio nacional²³. Ellas -además- delinean en muchos casos un perfil específico de operador²⁴.

No obstante, creemos que la mayor dificultad para lograr un *proceso nivelador* radica en la cuestión cultural. En perfilar y asumir -los jueces (para ser) y la comunidad (para demandar)- los contornos de un rol diverso, más comprometido con el diseño de una justicia con rostro más humano.

En esa tarea, hay ciertos parámetros que los Superiores Tribunales vienen evidenciando con un claro propósito docente. En efecto, las Cortes -como cabeza de los poderes judiciales que integran- insinúan o explicitan directivas que resultan de gran valor para reflexionar a propósito del rol del juez en el contexto a que venimos refiriéndonos.

En lo que sigue -antes que para terminar el trabajo, para plantear la discusión a su respecto- dejaremos anotadas a modo de ponencia algunas notas que creemos imprescindibles para contornear el rol que ha de asumir el juez frente a los conflictos asimétricos:

1. Juez presente y visible. (La intermediación y la oralidad para el mejor conocimiento del problema)

Si en líneas generales se han afirmado incansablemente las ventajas que depara la oralidad y la intermediación en la toma de decisiones, cuánto más relevancia revisten los rasgos apuntados en el conocimiento de la realidad de quienes requieren una tutela diferenciada por su condición de vulnerabilidad.

Por esa razón, el codificador lo ha visibilizado en diversas normas. Eso es lo que intenta poner de manifiesto, por ejemplo (y entre muchas otras normas) el art. 35 CCyCN cuando alude a que el juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes del dictado de toda resolución; o lo que motiva el contenido del art. 716 del CCyCN, que en los procesos referidos a responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos, adopción y otros que deciden en forma principal o que modifican lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional sobre

derechos de niños, niñas y adolescentes, determina la competencia del juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida.

Interpretando este imperativo, a la par que destacando su relevancia en la efectiva tutela de los derechos de los colectivos vulnerables se ha dicho que los principios de inmediación, celeridad y economía procesal deben primar por sobre cualquier otro en situaciones como las de autos donde se trata del contralor de una persona en situación de vulnerabilidad. Pues, el tema a resolver excede de una mera resolución de competencia para involucrar los derechos del presunto insano y en ese sentido el referido principio de inmediación es el que permitirá al tribunal tener un conocimiento cabal del causante²⁵.

En el mismo sentido, la CSJN ha recordado en un caso vinculado con la tutela de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que las leyes atributivas de la competencia son de aplicación inmediata, procurando resguardar la efectivización de la inmediación en el proceso²⁶.

2. Juez solucionador de problemas. (La rigurosidad de las formas vs. la necesidad de una solución).

Los contornos y carriles procesales (tradicionalmente rígidos) han de flexibilizarse para nivelar las asimetrías, cuando la forma resulta el óbice exclusivo para arribar a una solución. Éste es -acaso- uno de los aspectos más resistidos por los operadores judiciales, tentados muchas veces de simplificar la decisión en términos de inadmisibilidad formal.

Por ello resulta acertado que el codificador haya previsto algunos dispositivos tendientes a suavizar ciertos contornos formales. Tal, por caso, lo relativo a las normas que rigen el procedimiento de familia, que deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables (cfe. art. 706, CCyCN).

Al abrigo de esa idiosincracia, por ejemplo, el máximo tribunal de la provincia de Buenos Aires aceptó resolver en instancia originaria una pretensión cautelar vinculada al derecho de habitación de dos niños, interín se resolviera el recurso extraordinario interpuesto por sus padres respecto de la decisión de la instancia anterior sobre el régimen de responsabilidad parental y cuidado personal de los menores²⁷.

3. El juez y la congruencia como límite de su decisión.

Otro de los puntos esenciales en este tipo de conflictos, que por lo general involucran complejas aristas no siempre exhaustivamente expuestas por las partes es el vinculado a los poderes del juez para resolver ciertas cuestiones no propuestas.

Se trata, por lo general, de situaciones de extrema delicadeza, que importan tener en cuenta superpuestas y variadas dimensiones que muchas veces exceden el marco del dispositivo tradicional.

Bajo ese paradigma, atendiendo a la protección que cabe dispensar a las personas con discapacidad se ha resuelto otorgar algo diverso de lo pedido en la demanda, evitando de ese modo su rechazo (que hubiera correspondido en términos de estricto dispositivo)²⁸; o se ha incluido en la plataforma fáctica a juzgar otros hechos no invocados, en atención a la condición de altísima vulnerabilidad de las personas involucradas²⁹.

4. El juez como agente de cambio (justicia y consecuencialismo)

Es muy importante también que el juez, como agente de cambio a través de sus sentencias, evalúe el impacto de sus decisiones de acuerdo a parámetros consecuenciales³⁰.

Se ha señalado, bajo esa lógica, que a través del mandato constitucional nivelador, el juez advertido de una situación contextual determinada, ha de ser agente de cambio en el diseño y en la ejecución del proyecto de vida de la persona en situación de vulnerabilidad.³¹

5. Conocimiento del conflicto “con perspectiva”.

Por último, las especiales características de los conflictos que involucran los derechos de sujetos en condición de vulnerabilidad requieren un abordaje específico, que tenga en cuenta las limitaciones y desventajas propias de cada situación para diseñar ajustes razonables al proceso tradicional como salvaguarda de su funcionamiento.

En ese entendimiento, para no frustrar su cometido, el juez ha de conocer el conflicto de acuerdo a la perspectiva involucrada, atendiendo a las problemáticas propias de cada situación (vgr., el género, la infancia, la pobreza, la discapacidad, etc.)

Con esa dirección, por ejemplo, se ha redimensionado –incluso antes de la sanción del CCyCN- el rol del Ministerio Público en la defensa eficaz de los derechos de los menores, como sujetos especialmente vulnerables³².

En el mismo entendimiento se ha puntualizado que el rol que le cabe al juez como garante de la efectividad de los derechos de la infancia, le impone aplicar las normas de modo que faciliten el acceso a la justicia en condiciones de igualdad³³; destacando que un obrar contrario va a contramano de del mandato del constituyente de otorgar mayor protección a quien más lo necesita³⁴.

Lo propio se ha hecho en materia de discapacidad, destacando la importancia de la perspectiva multidisciplinar en la toma de decisiones vinculadas a la capacidad de las personas, en adecuado resguardo de su dignidad pues “el sistema judicial se debe configurar para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad”³⁵

Finalmente, también se ha remarcado la importancia de juzgar con perspectiva de género, atendiendo a los parámetros de la CEDAW. Con esa convicción se ha visibilizado el cuidado personal del progenitor conviviente como pauta mensurativa a ponderar su contribución al sostenimiento del niño, revalorizando el rol de la mujer en la familia y en la comunidad³⁶.

¹ En el mismo sentido, las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad se dirigen a establecer mecanismos de nivelación respecto de aquellas personas que se consideraran en condición de vulnerabilidad. Reputa tales a aquellas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Precisa el documento elaborado por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana que podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

² Es que, como señala Mosmann, contamos con reglas que regulan la situación extraprocésal de los sujetos, pero carecemos de regulación a la vulnerabilidad procesal. (Cfr. Mosmann Victoria "Proceso y sujetos en situación de vulnerabilidad. Instrumentalidad subjetiva del proceso". Disponible en <https://independent.academia.edu/VictoriaMosmann>).

³ Apunta PEYRANO que lo cierto es que primero tímida y luego francamente, los estrados judiciales comenzaron a utilizar la locución "tutela judicial efectiva" en reemplazo del tradicional "debido proceso"; tendencia hoy completamente afianzada (Ver Peyrano, "Importancia de la consolidación del concepto de la tutela judicial efectiva en el ámbito del juicio civil y análisis de su contenido", disponible digitalmente en http://faeproc.org/wp-content/uploads/2012/09/Ros_5.pdf

⁴ BERIZONCE, ROBERTO O.; *Tutelas procesales diferenciadas*, Rubinzal-Culzoni, 2009 p. 21.

⁵ Cfr. art. 2 CADH

⁶ Cfr. PICCINELLI, O.; "Excepción a la irretroactividad del beneficio de litigar sin gastos. Una lectura en clave convencional a partir del título preliminar del CCyCN". *La Ley*, suplemento del 2/XII/2016. Cita on line: AR/JUR/60071/2016.

⁷ Cfr. PICCINELLI, O y VERBIC, F., "Los procesos de determinación de la capacidad de las personas en el nuevo código civil y comercial" en *RDP, 2016-1 Capacidad, representación y legitimación*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe. Pp. 111 y ss,

⁸ Ver al respecto los Fundamentos de la nota de elevación del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Especialmente, punto I: Aspectos valorativos.

⁹ Ver al respecto los Fundamentos de la nota de elevación del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, cit.

¹⁰ Cfr. GRAJALES, Amós A; "Argumento sedes materiae. Un antiguo argumento para una nueva visión del derecho". ABELEDO PERROT Nº: AP/DOC/4766/2012 en su versión on line.

¹¹ *Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.* (MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*).

¹² BERIZONCE, R.; "El activismo de los jueces", Trabajo presentado en el IX th International Congress on Procedural Law, Portugal, 1991. Relatores Generales, Profesores M. Storme y D. Coester-Waltjen. Publicado en *La Ley*, 1990 - E, p. 920.

¹³ Cfr. PICCINELLI, O. "Irretroactividad del beneficio..." cit.

¹⁴ Del voto del ministro de Lázari en la causa C. 117.068, "Galarza, Noelia Gisele y otros c. Almirón, Pablo Esteban y otros. Daños y perjuicios", del 07/X/16.

¹⁵ BERIZONCE, Roberto O. "Normas procesales del Código Civil y Comercial de la Nación. Personas con capacidades restringidas", *La Ley* 12/N/2015.

¹⁶ BERIZONCE, Roberto O, "Normas procesales en el Código Civil y Comercial. Personas con capacidades restringidas", *La Ley*, suplemento del 12/N/2015.

¹⁷ HITTERS, JUAN CARLOS; *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ediar, 1993 Bs. As. TI p. 146.

¹⁸ Cfr. Corte IDH.; Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 268; y Caso Atala Rífo vs. Chile. Fondo Reparaciones y costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239 párr. 79.

¹⁹ Cfr. HITTERS, JUAN CARLOS; "Las garantías judiciales en el Pacto de San José de Costa Rica. (Interpretación evolutiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", *Revista de la Facultad de Derecho Sul de Minas, Pouso Alegre*, v. 26, n. 2: 63-122, jul./dic. 2010. Versión digital en <http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volume262/03.pdf>

²⁰ La relación entre la idea de igualdad de armas en el proceso, y la implementación de mecanismos que permitan corregir la falta de isonomía entre las partes de ciertas relaciones jurídicas sustanciales en el ámbito del juicio, motivaron que en las últimas Jomadas Interamericanas de Derecho Procesal propusiéramos algunas alternativas posibles. Al respecto puede verse PICCINELLI, Omela C.; "Proceso Monitorio. Reflexiones a propósito de una utilización diferente", disponible digitalmente en mi perfil de Academia.edu

²¹ En palabras de la Corte IDH la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a los Estados a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Esto es así pues, de no existir esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en igualdad con quienes no afrontan esas desventajas. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99 del 01-10-99, Serie A, n°:16.

²² Es que, como ha señalado esa Corte Regional, para que exista debido proceso legal, es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. El proceso es un medio para asegurar en la mayor medida posible la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas categorías generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal (...) y para alcanzar sus objetivos el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Corte IDH., Opinión Consultiva 18/03 del 17-09-2003.

²³ Es reiterada la posición de la CSJN –seguida en numerosas ocasiones por los tribunales superiores de las provincias en torno a que, sin perjuicio de lo que dispone el reparto competencial a nivel constitucional, el Congreso Nacional se encuentra habilitado para sancionar normas de naturaleza ritual cuando ellas tengan por finalidad asegurar la vigencia de la legislación sustancial (v. Fallos 27:524). También los autores han advertido sobre la razonabilidad de estas competencias. En ese sentido Alsina señalaba que "existiendo instituciones legisladas en el

código civil ... cuya eficiencia depende de la forma de su aplicación, el legislador no ha podido dejar de establecer reglas de procedimiento para tales casos ... y no es dado pensar que esto sea atribución de los gobiernos de provincia, porque peligraría la institución misma" (ALSINA, Hugo, Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, Ediar, 2ª ed., Bs. As., 1957, t. II, p. 46).

24 Piénsese, vgr., en las normas que regulan el proceso de familia –de neto tenor adjetivo– que requieren la existencia de un juez especializado, respetuoso de los principios de oralidad, intermediación y oficiosidad.

25 SCBA, causa 109.819 (sent. 17/8/2011)

26 Ver "Recurso de hecho deducido por C.D.F. y J.V. en la causa D., L. A. Y otro s/ guarda".

27 Incidencia promovida por la Sra. Titular de la Asesoría de Incapaces N°2 de La Plata en favor de los menores F.S Y A.S, en el marco en el marco de la causa "D., M. N. c/S., D. E. s/ Régimen de visitas" que tramitaba ante esa sede habida cuenta el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley planteado por la misma funcionaria -en interés de los mismos menores- contra la sentencia de Cámara Departamental que atribuyó la tenencia de los niños a su madre. Especialmente señalaron los ministros que "la urgencia del caso y la naturaleza de los derechos en juego toman aplicables las pautas y directivas procesales que imponen a todos los Jueces brindar debida protección, en forma adecuada a las circunstancias y en tiempo útil. La eficacia del proceso de familia es un mandato que se amplía cuando se ponen en juego, además y como en el caso, derechos de menores. Sostienen la validez de estas formas de actuación no solamente el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 1, 2, 650, 652, 653, 658, 659, 705, 706, 709 y ccs.) sino la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (art. 15), su par de la República Argentina (arts. 18 y 75, inc. 22), los tratados internacionales de derechos humanos específicamente aplicables (arts. 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica y arts. 3, 4, 9, 12, 18, 27 y ccs. de la Convención de los Derechos del Niño) así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (ver casos "Fomerón", sent. del 27-IV-2012 y "Furtán y familiares", sent. del 31-VIII-2012).

28 SCBA, B-58760, Sent. del 8/3/2007.

29 SCBA, C. 118.472, sent. 4/11/2015, en relación a un complejo de violencia sexual intrafamiliar, discapacidad y minoridad.

30 La interpretación previsor o consecuencialista, como mecanismo de hermenéutica jurisdiccional se inscribe en un marco general de activismo que el máximo tribunal nacional ha asumido en el ejercicio de su jurisdicción más eminente. A ello se ha referido en los considerandos de la ya citada Acordada 36/09, en la que expresamente alude a que el test de razonabilidad de sus decisiones no puede prescindir de las consecuencias que potencialmente puedan derivar de sus pronunciamientos (ver nota 6). De acuerdo a la hermenéutica previsor, se «proponen dos momentos en la gesta interpretativa. En el primero, el intérprete-operador detecta [...] la norma constitucional con la que decide el caso. En el segundo, confronta su 'producto interpretativo' con la dimensión existencial o fáctica del derecho, a fin de «verificar las consecuencias» o «medir los resultados». Si el test es

exitoso, continúa el proceso de funcionamiento de la norma constitucional, y aplica el producto interpretativo descubierto o elaborado. Pero si el test es negativo por la disvaliosidad del producto, el juez del caso deberá recomenzar su tarea exegética hasta encontrar un producto interpretativo adecuado» (SAGÜÉS, Néstor Pedro 2006: 83 y ss) La Corte Nacional se ha valido de esta herramienta en algunos precedentes. En ese sentido, ha dicho que "... si bien es cierto que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador, también lo es que uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la inteligencia de una norma su congruencia con el resto del sistema a que está engarzada, es la "consideración de sus consecuencias", y que tales reglas tienen como presupuesto una adecuada ponderación de las "circunstancias tomadas en cuenta para sancionar la ley" y, además, la "verificación de los resultados a que su exégesis conduzca en el caso concreto..." (v. Fallos 303:917 "Baliarda")

31 SCBA, C. 118.472, sent. 4/11/2015, cit.

32 Haciendo lugar al incidente de nulidad planteado en el marco de un proceso de desalojo por la asesora de menores, derivado de su falta de intervención en defensa de los derechos de los niños (SCBA, C. 117.577, sent. del 18/11/2015); revocando la deserción del recurso fundado por la asesora de menores en un proceso de daños con posterioridad a que su representante legal lo hiciera de modo tardío (v. SCBA, 117.505, sent. del 22/4/2015).

33 C. 117.577 cit.

34 V. voto del doctor de Lázzari en la causa 117.505, cit. En el mismo sentido CSJN in re "Pedraza".

35 Revocando la decisión que decretó la incapacidad en bloque de un joven, sin atender a sus particularidades, y con prescindencia de un abordaje multidisciplinar, respetuoso de su autonomía (cfe. SCBA, C. 119.274, sent. del 29/12/2014).

36 SCBA, C. 120884, sent. del 7/6/2017.