

# Activismo judicial y derechos sociales

*Gustavo D. Caramelo Díaz\**

## **Resumen**

El autor aborda el tema del “activismo judicial”, distinguiendo el rol profesional de los jueces, según la rama del derecho en la cual desarrollan sus tareas y especificando los aspectos relativos a las garantías de los derechos humanos de naturaleza social.

Palabras clave: juez, activismo judicial, derechos humanos.

## **Judicial activism and social rights**

### **Abstract**

The author addresses the issue of the “judicial activism”, distinguishing the professional roles of judges, according to the branch of law in which they develop their tasks and specifying the aspects related to the guarantee of social human rights.

Keywords: judge, judicial activism, human rights.

## **I. ¿Qué es el activismo judicial?**

Es difícil determinar qué se entiende por “activismo judicial”. La expresión es a menudo utilizada en forma peyorativa, para señalar una supuesta desubicación institucional de algún magistrado que desconocería los límites que quien lo interpela asigna a su función. La noción suele asociarse con cierta idea de “progresismo” judicial, actitud frente a las cosas que suele causar escozor en un amplio sector del ámbito forense, y sería la desplega-

da por magistrados que desarrollan una actividad fuera de lo habitual para ejercer una suerte de rol de promoción de derechos o de desarrollo de políticas arquitectónicas desde la función judicial.

En el excelente blog “Saber leyes no es saber derecho”, Gustavo Arballo se preguntaba, hace tiempo, “¿Qué es el activismo judicial?”<sup>1</sup> y enunciaba como posibles respuestas que podría ser el del juez que: 1) “cambia la jurisprudencia”; 2) genera interpretaciones “vanguardistas”; 3) “crea” derecho; 4) resuelve con decisivos abarcativos; 5) en versión procesal, expresa desinterés por los “ápices procesales frustratorios”; 6) en versión política, interpela al poder con sus fallos y 7) en versión SÉRPICO, se compromete con el esclarecimiento de delitos o hechos complejos; y también se preguntaba si la Constitución quiere jueces activistas, a lo que respondía que no quiere jueces acomodaticios o con apego patológico al rito procesal, pero tampoco jueces que manipulen el derecho *ad libitum*.

Comparto con Gustavo Arballo la exclusión de la posibilidad de admisión de la manipulación del derecho existente según el arbitrio del juez,<sup>2</sup> porque constituye una violación de las reglas de distribución de poder institucional de nuestro sistema constitucional, pues por esa vía el juez se erige en legislador, apropiándose de funciones que en una democracia están reservadas a un conjunto de voluntades institucionalizadas y coadyuvantes que participan del complejo mecanismo de formación de la voluntad política por vía del debate participativo entre una pluralidad de sujetos y en diversos estamentos. Pero sí considero que un juez debe tener un rol activo en la adopción de las medidas que resultan necesarias para maximizar las garantías constitucionales en todos los casos en los que le toca intervenir y, en especial, en aquellos en los que la violación de derechos proviene de los obligados a darles tutela; lo que a menudo exige que deba ocuparse, por ejemplo, de cuestiones funcionales o de gestión, porque hacen a la posibilidad de que el órgano jurisdiccional a su cargo esté en aptitud de

1. <http://www.saberderecho.com/2006/04/qu-es-el-activismo-judicial.html>, del viernes 28 de abril de 2006.

2. Entendiendo por tal la que se deriva de una decisión arbitraria, o de la creación de la propia regla por desacuerdo personal o político con la norma vigente, y no de una razonable interpretación de las normas vigentes o aun de su fundada declaración de inconstitucionalidad, potestades inherentes a la función de todo juez en un sistema de control difuso como el nuestro.

proporcionar tutela judicial efectiva a quien la demanda con fundamento en derecho.

Desde tal punto de vista, es claro que los jueces tienen roles políticos. Existe una dimensión política de la juridicidad. La función judicial es la función propia de un poder de Estado y tiene a su cargo la realización de los principios fundamentales sobre los que se asienta la organización del sistema republicano y democrático adoptado por la Constitución Nacional. La circunstancia de que sea una tarea especializada, estilizada, basada en un complejo conjunto de conocimientos, técnicas y procedimientos que son parte de una muy larga tradición cultural, no le resta aquel carácter. Un paradigma jurídico definitivamente en crisis, de orientación formalista e instrumental, ha contribuido a mostrar sólo las dimensiones “tecnológicas” del derecho y a escamotear, correlativamente, esas otras en las que este discurso social se despliega en su función de legitimación y organización del poder, en su función política.<sup>3</sup>

## II. Activismo y roles judiciales

Como ocurre con tantas otras actividades o conductas, el denominado “activismo judicial” no es bueno ni malo en sí, sino que sus defectos o virtudes se determinan por la forma en la que es ejercida la función judicial.<sup>4</sup> Es claro que la sociedad no quiere un modelo de juez burócrata o indolente, pero sí uno que tenga un rol activo en las tareas a su cargo y, centralmente, en la protección de las garantías de los justiciables. ¿Acaso no fueron producto de un claro buen “activismo judicial” las decisiones dictadas por el máximo tribunal en casos como “Siri”,<sup>5</sup> “Kot”,<sup>6</sup> “Sejean”<sup>7</sup> y “Halabi”?,<sup>8</sup> por mencionar algunos

3. Cárcova, Carlos María, *Derecho, Política y Magistratura*, Buenos Aires, Biblos, 1996, p. 106.

4. Pablo Manili realizó una clasificación de casos relevantes de la Corte, según lo que clasificó como “activismo bueno” y “activismo malo”, la que puede encontrarse en Manili, Pablo Luis, “El activismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, *La Ley* 2006-D, 1285.

5. Fallos 239:459 (1957).

6. Fallos 241:291 (1958).

7. Fallos 308:2268 (1986).

8. Fallos 332:111 (2009).

de tantos. O, ¿no lo hay también en las medidas implementadas por la Corte en el caso “Mendoza”?<sup>9</sup>

Pero en los últimos tiempos vemos que mientras en el ámbito penal se exige cierta retracción en el rol activo de los jueces en la investigación de las circunstancias del proceso; en el civil se impulsa, tanto desde la legislación como de la doctrina mayoritaria y de la jurisprudencia, una actitud proactiva de ellos. Tal circunstancia, en apariencia paradójica, obedece a razones sistémicas que intentaré exponer.

Para ello, es necesario tener en claro que el grado de actividad que deba o no desplegar razonablemente un juez se encuentra determinado por factores diversos, entre los que cabe señalar: 1) el ámbito del derecho en el que desarrolla su función y 2) la organización del sistema de justicia en él. Para plantear la idea me valdré de la comparación entre los roles pasados y presentes de los jueces penales y de los jueces civiles, sin desconocer que esos estereotipos no agotan la diversidad de matices que se presentan en la práctica judicial. Tras ello, centraré la mirada en la compleja situación que enfrenta el sistema de justicia para avanzar en tutela judicial efectiva en materia de derechos económicos y sociales.

### **III. Una cuestión de roles**

#### *III. A. El rol del juez penal*

Por tiempo los jueces penales han ejercido férreamente facultades instructorias, admitidas, consentidas o propiciadas por la finalidad primaria con la que se operaba en ese ámbito que era la de determinación de la existencia de un ilícito y la determinación de su autor, ello a los fines de la concreción de una sanción que no dejara un delito impune, lo que, se entendía, era factor necesario para mantener la paz social. En ese esquema, el rol del fiscal era secundario a esa tarea principal a cargo del juez, y el de la defensa del imputado, primariamente de control, con la mirada focalizada en el resguardo de las garantías constitucionales del acusado y de la prueba de su inocencia, de ser ella posible. El impulso procesal se encontraba a cargo del propio juez,

9. Fallos 330:2746 (2007).

con un rol secundario de los otros sujetos del proceso. Se trataba de un juez sumamente “activo”, pero a menudo en el peor de los sentidos, tanto que no han faltado denuncias respecto de magistrados que asistieron a interrogatorios de imputados bajo tortura.

Ese esquema funcional cambió conceptualmente tras la última dictadura, cuyas atrocidades actuaron como catalizador para el proceso de incorporación de normas protectorias de los derechos humanos a nuestro sistema jurídico y la actuación cuasi-discrecional de los instructores penales fue encontrando las limitaciones planteadas por un sistema “garantista”, que desde hace años –y en especial desde la incorporación de la CADH a nuestro ordenamiento jurídico, por vía de la sanción de la Ley 23.054 (1984)– procura construir y robustecer un sistema de enjuiciamiento criminal basado en el respeto de los derechos humanos. Como parte de ese esquema, se avanza hacia modelos acusatorios en los que la investigación y el impulso de las causas queda en manos del Ministerio Público Fiscal y los jueces pasan a tener el rol de garantes de los derechos de los imputados y del respeto del debido proceso, que hace a una construcción axiológicamente valiosa para la sociedad toda.

En dicho esquema, no corresponde que el juez despliegue activismo judicial alguno, como no sea el vinculado con la labor de determinación y sanción de las violaciones a las garantías del proceso y de la defensa de los imputados y derechos de las víctimas, que el sistema requiere en forma inexcusable para su adecuado funcionamiento. Es que los derechos humanos de primera generación, principalmente involucrados en ese ámbito, se satisfacen primariamente disponiendo las medidas para que no sean violados.<sup>10</sup>

Pero el que en un sistema acusatorio no sea el juez quien desarrolle determinadas funciones de avance de los procesos es posible porque ese cometido es asignado por el sistema a otro magistrado: el fiscal. Es que pueden cambiar los actores, pero hay determinados roles inexcusables según el tipo de proceso del que se trate, sin los cuales, la obra no puede ser desarrollada y las funciones a cargo del Estado, cumplidas.

10. Me refiero a su protección primaria, pues es claro que un sistema de enjuiciamiento criminal debe integrarse con medidas destinadas a proteger aspectos que pueden vincularse con otros derechos y garantías distintas de las de libertad y debido proceso.

Esta es una diferencia importante con el esquema funcional del proceso civil, en el que los fiscales han tenido una actividad limitada básicamente al control de legalidad en cuestiones atinentes al orden público, circunstancia que ha comenzado a variar gradualmente a partir de la asignación de funciones efectuada por la ley de Defensa del Consumidor, modificada por la Ley 23.661; norma que, lamentablemente, es interpretada por muchos fiscales con criterio restrictivo.

## 2. *El rol del juez civil*

El rol de los jueces civiles ha sido, por tiempo, dirimir conflictos planteados entre partes que se presumen iguales desde una posición de nula o prácticamente nula intervención en los contenidos del debate desarrollado en el proceso o en la dirección, una suerte de “umpire” de tenis, que mira las jugadas que proponen y desarrollan otros, desde un sitio del que no baja a ensuciar su calzado con el polvo de la cancha. El sistema operó por tiempo con la idea de igualdad formal, que tan fuertemente impregnó nuestro derecho decimonónico, que era una herramienta fraguada por la Revolución Francesa para deconstruir el sistema de distribución de derechos del “ancien régime”,<sup>11</sup> pero los cambios operados en la sociedad y en los derechos en el transcurso del siglo XX, en especial los derivados de la tragedia de la Segunda Guerra Mundial,<sup>12</sup> determinaron que hoy nos encontremos con categorías de sujetos que gozan de una protección jurídica especial, no ya vinculada con su poder sino con su vulnerabilidad social, jurídica y económica<sup>13</sup> y que ello proyecte sus efectos en el ámbito del

11. Tedeschi, Sebastián, “El Waterloo del Código Civil Napoleónico”, en Christian Curtis (comp.), *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, pp. 159-181.

12. Entre otros, la Convención sobre Derechos del Niño fue impulsada por Polonia, con la finalidad expresa de evitar que volvieran a producirse atrocidades como las padecidas por los chicos polacos en los campos de concentración y exterminio nazis.

13. El artículo 75, inc. 23 de la CN establece como mandato para el Congreso el adoptar medidas de acción positiva destinadas a generar condiciones de igualdad estructural, no meramente formal, con relación a las categorías de mujeres, niños, ancianos y discapacitados; se trata de una norma que, sin perjuicio de su destinatario inmediato, tiene proyección sistémica. Y en el artículo 42 de la Constitución Nacional se establece el derecho de los consumidores y usuarios de bienes y servicios a que se respeten sus intereses, su derecho a la salud y su seguridad.

derecho privado, provocando una suerte de licuación de los límites entre los ámbitos del derecho público y del privado, que parecían tan claros para los autores, hasta las últimas décadas.

Pero el derecho privado no fue fácilmente permeable a esa evolución, que vivió como ajena, recluso en su territorio, alimentado por un proceso de retroalimentación conceptual endogámica, usualmente propiciado por los intereses en juego. Las primeras variaciones en el modelo de actuación anteriormente descrito se produjeron por vía de la modificación de normas procesales que inicialmente otorgaron a los jueces facultades ordenatorias e instructorias, luego transformadas en deberes;<sup>14</sup> y con el tiempo, ya desde el plano sustantivo, se fueron identificando situaciones de vulnerabilidad que merecían una tutela especial, porque ella estaba prevista en las normas que integran nuestro bloque de constitucionalidad federal. Pero el sistema inmunológico de la matriz privatista se encargó por tiempo de resistir los cambios desde una concepción del proceso en la que la retracción de funciones de los jueces era presentada como prudencia y autorrestricción republicana, confundiendo la cuestión de la limitación constitucional de las áreas de actuación establecidas para cada uno de los poderes de gobierno con el soslayo de los deberes constitucionales de quien debe garantizar tutela judicial efectiva, en los términos de los artículos 18 de la Constitución Nacional, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Ocurre también que no es inusual que algunos abogados consideren, y planteen, que el juez que dicta medidas de oficio o interviene activamente en la incorporación de información a las causas, quiebra las normas del debido proceso, por lo que formulan contra él recusaciones o denuncias que, sin perjuicio de su rechazo, generan al magistrado alteraciones en el trabajo y demoras en el trámite de la causa en la que se formulan, por lo que actuó como un factor natural para que muchos jueces eviten avanzar en el ejercicio de un rol más activo, que los expone inevitablemente a tales situaciones.

Pero, hoy un juez civil tiene ante sí un delicado balance de derechos de naturaleza constitucional, algo evidente en casos como los que involucran

14. En el ámbito nacional, la Ley 22.434, de 1981, preveía en su artículo 36 diversas facultades ordenatorias e instructorias que con la sanción de la Ley 25.488, que entró en vigencia en 2002, se transformaron en deberes.

cuestiones de salud, educación o vivienda; en los que suele plantearse un conflicto entre el derecho de propiedad y derechos humanos de naturaleza social, con un problema de asimetría constitutivo, como es que el primero tiene una matriz protectoria muy fuerte en nuestro sistema jurídico,<sup>15</sup> que ha desarrollado todo un sistema logístico para su control y resguardo, mientras que la satisfacción de los derechos sociales requiere de políticas concretas e inversión del Estado, que no siempre da respuestas efectivas a esas necesidades, generando tensión para la resolución de los casos.

Los derechos económicos, sociales y culturales no requieren solamente obligaciones de garantizar o promover, sino que en determinados casos exigen un deber de respeto o de protección del Estado, que tiene a su cargo cuatro obligaciones básicas en la materia: respetar, proteger, garantizar y promover el derecho humano de naturaleza social del que se trate.<sup>16</sup>

Se inició hace tiempo, y continúa su evolución, un proceso de “constitucionalización del derecho privado”, que enriquece profundamente a este ámbito de lo jurídico y exige una respuesta jurisdiccional acorde. Ya las normas de derecho privado incorporan institutos como los de la función preventiva en materia de daños o la aplicación de las cargas dinámicas de la prueba que pone en evidencia que se ha atravesado hace tiempo el punto de no retorno en la materia.

#### **IV. La compleja dimensión de los derechos sociales en el proceso judicial y el rol de los jueces; el “activismo imprescindible”**

La realidad social supera periódicamente los límites preestablecidos por el mundo ficcional de lo jurídico, que no siempre está en condiciones de dar respuestas adecuadas a los problemas que se presentan, a menudo derivados

15. Tan fuerte que cuando en el artículo 15 de nuestra Constitución Nacional se previó la libertad de los esclavos que pudiera haber en el territorio nacional al tiempo de su sanción, se previó también un mecanismo resarcitorio para sus propietarios, como si la libertad de las personas requiriera de una suerte de expropiación o rescate, concepto de cuño medieval.

16. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 29-30.



de crisis internacionales, avances tecnológicos, catástrofes ambientales, etc., que por su magnitud o gravedad pueden no encontrar regulación preestablecida por lo que son llevados a las mesas de entradas de los juzgados, a los escritorios de los “pequeños jueces” de los que habla Garapón.<sup>17</sup>

Siempre han existido factores que han determinado que la tarea de los jueces no pueda ser considerada una labor simple, pero en las últimas décadas se ha incrementado notoriamente la complejidad de las circunstancias propias del contexto en el que deben emitir sus decisiones y en el marco de una crisis global de la razón jurídica,<sup>18</sup> que no facilita ciertamente la tarea. Tal complejidad se traslada en ocasiones a los procesos y nutre la decisión.

Debe tenerse en cuenta que por más “activista” que sea un juez, no va a buscar los casos, sino que ellos llegan a él por mecanismos de asignación preestablecidos, y una vez recibidos tiene obligación de resolverlos,<sup>19</sup> lo que debe hacer según los principios y reglas incorporados a nuestro sistema constitucional. Es lógico que si tal es el requerimiento funcional, no se ate de manos a ese servidor público; a quien corresponde exigir, como lógica derivación de su irrestricto deber de protección de las garantías constitucionales, que asegure el debido proceso para las partes, desde la básica efectividad del principio de contradicción y bilateralidad.

17. Garapón, Antoine, *Juez y Democracia*, Madrid, Flor del Viento, 1997, p. 12 y ss., señala que este fenómeno se observa en la Europa Latina (Francia, España, Italia, Bélgica) e indica que se presenta como un activismo bajo dos modalidades, bien la de una nueva cleerecía de juristas, cuando la corporación judicial es poderosa, bien la de individualidades apuntaladas por los medios de comunicación, cuando la magistratura no tiene una gran tradición de independencia. Lo cierto es que la actividad de los jueces importa, a menudo, la única respuesta efectiva del Estado frente a conflictos que eran tradicionalmente procesados por otros poderes de gobierno o sectores de la comunidad.

18. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, 7ª edición. Madrid, Trotta, 2010, p. 18.

19. El ordenamiento jurídico exige a los jueces encontrar una respuesta a los casos que se presentan a su consideración y que, a diferencia de los abogados que ejercen libremente la profesión, no han podido elegir. Así, el art. 15 del Código Civil establece que “los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes” y en el nuevo Código Civil y Comercial se impone al juez, en el artículo 3, el deber de resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

Debe tenerse en consideración que la reforma constitucional de 1994 generó un bloque de constitucionalidad federal, integrado por la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a ella incorporados por el art. 75, inc. 22, que conlleva una exigencia normativa elevada para el Estado. Ello determina que, a menudo, no se dé cumplimiento a lo que es disposición obligatoria de la máxima jerarquía normativa, situación que puede conducir a la responsabilidad internacional del Estado Nacional<sup>20</sup> y que exige de los jueces el ejercicio efectivo de su rol de custodios de las garantías constitucionales de toda la población<sup>21</sup> y la evaluación de situaciones complejas, como las inherentes a la asignación de recursos presupuestarios,<sup>22</sup> a fin de examinar los procesos desarrollados por los otros poderes del Estado, algo impensado hace décadas, cuando imperaba extensamente la doctrina de las “cuestiones políticas no justiciables”.<sup>23</sup>

Nuestra sociedad, por factores complejos de vertiente causal diversa, presenta hoy un severo grado de anomia que obsta notoriamente a su desarrollo.<sup>24</sup> Ese es, por otra parte, el terreno y las condiciones en las que se

20. El Estado Federal tiene responsabilidad internacional por el cumplimiento de las disposiciones de los tratados en el ámbito de su territorio.

21. Rol que los legitima desde el punto de vista de la teoría de la Democracia, pese a tratarse de servidores públicos que no han sido electos directamente por el voto popular y que se encuentran habilitados para declarar la inconstitucionalidad de normas generadas por representantes del Pueblo que sí han accedido a sus cargos por dicho mecanismo. Ver Gargarella, Roberto, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, *Isonomía*, N°6, abril de 1997.

22. Porque, por ejemplo, dentro del marco del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, el compromiso del Estado es el de adoptar medidas económicas y técnicas “...hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos...” reconocidos en el tratado.

23. Es claro que ello no importa convalidar el “gobierno de los jueces”, pues el diseño y la implementación de las políticas públicas es prerrogativa de los otros poderes de gobierno; pero sí establecer que, ante una denuncia de violación de una disposición constitucional, los magistrados deben evaluar si en el caso concreto se han respetado las prerrogativas establecidas en el bloque de constitucionalidad.

24. Ver Nino, Carlos, *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Ariel, 2005. Las distintas clases de “vivos” que eluden las normas, al tiempo que se quejan del estado general

establecen las relaciones jurídicas evaluadas por los jueces quienes, a su vez, integran una estructura de gobierno con notorio desprestigio en la sociedad, cuyos integrantes recelan de los motivos que subyacen en las decisiones que adoptan los magistrados judiciales. Se establece así un proceso de retroalimentación de factores negativos que afecta el buen desarrollo de la labor judicial, frente al que es importante contar con jueces que muestren con transparencia su trabajo y ejerzan diariamente la inmediatez, con activa participación en la incorporación de las pruebas al proceso, en especial por vía del interrogatorio personal y directo de las partes en las audiencias preliminares y de los testigos y peritos, luego.<sup>25</sup>

Existen grandes sectores de la población que viven en situación de exclusión, la que alcanza la esfera jurídica, pues sus integrantes operan cotidianamente fuera de la normativa común:<sup>26</sup> “grandes contingentes sociales padecen una situación de postergación, de pobreza o de atraso que produce marginalidad y anomia. Ello implica, entre otras cosas, que el mensaje del orden jurídico estatal no llega –materialmente– a la periferia de la estructura social”.<sup>27</sup> Dada tal situación, las intervenciones judiciales efectivas pueden permitir generar condiciones de inclusión y confianza en el sistema de derecho, al tiempo que solucionar un conflicto y prevenir la generación de otros,<sup>28</sup> demostrando que desde el Poder Judicial es posible generar alter-

de las cosas, y, en el terreno procesal, los “chicaneros”, son expresiones de esa patología.

25. Explicaba hace ya tiempo Cueto Rúa que la tarea principal del juez consiste en formular un juicio normativo individual sobre los concretos comportamientos humanos constitutivos del litigio traído a su conocimiento para su resolución y que poco lo ayuda el permanecer en la abstracción de la doctrina general, porque su tarea no es la de formular juicios teóricos abstractos, sino la de pronunciarse sobre casos individuales de comportamiento humano, lo que requiere la aprehensión intelectual de las fuentes y la comprensión del sentido de los actos relevantes del conflicto traído a su conocimiento (Cueto Rúa, Julio, “El buen juez de primera instancia”, *La Ley* 1990-D, 766).

26. Por ejemplo, las modalidades y formas de transmisión de las casillas en la mayoría de las villas de emergencia del país se efectúa según pautas absolutamente ajenas a las establecidas en nuestro Código Civil.

27. Cárcova, Carlos María, *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 1998, p. 19.

28. En el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil 1, a mi cargo, un proceso en el que se solicitaba un desalojo de varias familias que habitaban desde décadas atrás un inmueble del barrio porteño de La Boca concluyó con la compra del edificio por ellas, que formaron una cooperativa de vivienda; ello sin que el gobierno local tuviera que po-

nativas al ejercicio del monopolio de la fuerza, orientado por el “imperium” judicial, que respondan de mejor modo al desarrollo del proyecto de vida del respeto de los derechos humanos, función primaria del derecho civil.

Las normas evolucionan ampliando el rol de los jueces de derecho privado, quienes hoy deben garantizar el derecho de los chicos a ser oídos y a que se tomen en consideración sus opiniones en la toma de decisión sobre sus intereses (art. 24 de la Ley 26.061 y art. 26 del inminente CCCN), aun cuando nadie lo requiera en el proceso. Es un deber constitucional y los jueces deben cumplir primordialmente las normas constitucionales, que tienen fuerza operativa y no meramente programática.<sup>29</sup>

## V. Reflexiones finales

Tradicionalmente, los conceptos de “activismo judicial” fueron forjados en la fragua del derecho procesal;<sup>30</sup> pero con el tiempo se fue haciendo evidente el profundo entrecruzamiento con las normas sustantivas en el que se asienta actualmente el concepto y así, hace ya más de dos décadas, un reconocido procesalista señalaba: “El mayor protagonismo que la comunidad

ner más dinero que el que le habría exigido sustentar soluciones habitacionales mayoritariamente transitorias que podrían haber concluido con esas personas en situación de calle –solo dos grupos familiares calificaron para el otorgamiento de préstamos para la adquisición de vivienda, dado por el Instituto de la Vivienda de la Ciudad–. A la solución contribuyeron otros actores institucionales, como la Sra. Representante del Ministerio Público de la Defensa de Menores e Incapaces, Dra. Ana María González de Verrastro, la Secretaría de Hábitat del Gobierno Nacional y el voluntariado de la Facultad de Diseño y Arquitectura de la Universidad de Buenos Aires, a cuyo cargo estuvo la elaboración de un proyecto de mejora edilicia actualmente en curso de ejecución. La escritura por la que los vecinos obtuvieron la titularidad del inmueble fue realizada por la Escribanía General de la Nación, actuando personalmente el escribano Natalio Etchegaray, quien desde el retorno a la Democracia ha intervenido en la transmisión del mando de todos los presidentes de la Nación y, visiblemente emocionado, participó de la solución habitacional alcanzada en un proceso judicial que requirió de un enorme esfuerzo de “activismo” judicial por parte del equipo de trabajo que me toca liderar.

29. García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1994, pp. 19-31.

30. Peyrano, Jorge W., “El cambio de paradigmas en materia procesal civil”, *La Ley* 2009-E, 785.

espera de los jueces –y la correlativa responsabilidad que les reclama– se sustentan no sólo en la paralela expansión de las otras “ramas” del gobierno, a partir del encumbramiento del Estado de bienestar (Welfare State), con el consiguiente reconocimiento de nuevos derechos sociales, y como modo de lograr un renovado equilibrio en las funciones públicas (checks and balances), sino además –y no menos principalmente– en la cada vez mayor participación social, derivada de la directa injerencia de los diversos grupos en el diseño y aun en la toma de decisiones que interesan a la comunidad. Porque los resultados de la actividad jurisdiccional –su eficacia global– no le resulta indiferentes...”<sup>31</sup>

Todo juez desarrolla actividad política en sentido “arquitectónico”, no partidario, y esa dimensión política de su tarea tiene que centrarse en garantizar los derechos constitucionales de quienes sufren una violación de derechos.

Cuando se habla de “activismo judicial”, es necesario estar atento a las variaciones y matices que presentan las distintas áreas del derecho y que proyectan sus principios y reglas a la forma en la que el magistrado ejerce su función. Mientras que en el ámbito penal el diseño constitucional requiere de una restricción de funciones; en el ámbito del derecho privado, del derecho laboral y del contencioso administrativo y tributario, la satisfacción de las normas constitucionales y convencionales requiere de un despliegue de creatividad y de actividad mayores.

Siempre hay, pues, una dimensión política involucrada en la labor judicial; ella se da vívidamente cuando el juez evalúa la proyección política, económica o social que podrá tener la decisión que debe adoptar, procurando minimizar los efectos negativos en el marco general de respeto y protección de los derechos humanos. Ello requiere de un delicado balance de derechos involucrados, que el juez debe hacer constantemente para decidir.

En materia de derecho privado, la tarea de un juez, en otros tiempos casi un árbitro distante de los casos, se complejizó notoriamente y el máximo grado de dificultad para la toma de decisiones se encuentra en los casos en los que ambas partes litigantes son vulnerables. Hoy se requiere un juez “convencional”, entendiéndolo por tal a un juez que interprete las normas jurídicas y busque las soluciones desde el territorio conceptual de las convenciones y

31. Berizonce, Roberto O. “El activismo de los jueces”, *La Ley* 1990-E, 920.

tratados de derechos humanos; un juez que no sea nada convencional, en el sentido vulgar de la palabra.

Un juez que así desarrolle sus funciones no es neutral, en el sentido con el que tal neutralidad es concebida como crítica al activismo judicial y no lo es porque no lo es nuestro sistema constitucional, que reconoce vulnerabilidades que responden a una evaluación estructural del derecho a la igualdad;<sup>32</sup> está forzado a adoptar medidas concretas para la tutela judicial efectiva de las personas vulnerables<sup>33</sup> y de las víctimas y debe hacerlo sin violación de los derechos de quienes resulten sus contrapartes, quienes deben también tener conciencia de las exigencias de esta función judicial y contribuir en la medida de sus posibilidades para que ella pueda ser desplegada. No le debe dar igual cualquier solución que alcancen las partes en el proceso, porque sólo puede convalidar las que se ajusten al sistema convencional vigente. El juez debe ser así necesariamente “activista”, porque no es posible gestionar el trámite de procesos complejos, en los que se requiere ordenar que el Estado adopte medidas de cumplimiento de tratados internacionales de derechos humanos –y a menudo articular la implementación de recursos correspondientes a distintos ámbitos (municipal, provincial, federal) u organismos–, desde una actitud expectante o pasiva, sin un involucramiento activo, sin la creación de soluciones o mecanismos procesales novedosos.<sup>34</sup> Ese “buen activismo” judicial debe ir acompañado de transparencia en la actividad, lo que puede lograrse con

32. Sobre el concepto de igualdad estructural ver, Saba, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El Derecho a la igualdad, Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pp. 163-197; y, en la misma obra, Grossman, Lucas Sebastián, “La igualdad estructural de oportunidades en la Constitución Argentina”, pp. 199-226.

33. A título de ejemplo, la del niño discapacitado puede considerarse la categoría de personas acreedoras de la mayor protección que nuestro sistema normativo acuerda a los habitantes del país por razones de vulnerabilidad; para evaluar ello puede seguirse la línea argumental desplegada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social”, Fallos 323:3229 (2000).

34. Un lúcido jurista y activo juez ha expuesto la categoría del “juez poscolonial”, al que considera “...un tipo ideal de juez [...] ideal pero no imposible [...] [que] se compromete con el Derecho, [...] No con cualquier derecho sino con las normas que desde el vértice más eminente de la estructura deóntica defienden al ser...”; ver, Trionfetti, Víctor, “El juez poscolonial”, en *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, 2014-2, pp. 129-142.

mecanismos como los implementados por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando convoca a audiencias públicas en casos que involucran decisiones políticamente sensibles, como la de la Ley de Medios; cuestiones ambientales, como en materia de saneamiento de la Cuenca del Riachuelo (caso Mendoza) o derechos humanos de naturaleza social, como el de acceso a la vivienda adecuada (caso “Q”).

Debe tenerse en consideración que el sistema de justicia es eso, un sistema, y por ello, algunos de sus componentes tienden a realizar funciones necesarias que no cubren otros. Por ello, si la tutela judicial efectiva de las víctimas y de las personas en situación de vulnerabilidad se identifica como una necesidad, como un imperativo de nuestro orden jurídico, debe ser concretada en los procesos judiciales y si las partes o los representantes de los Ministerios Públicos no solicitan las medidas tendientes a articular los recursos necesarios para concretar la protección, debe el juez disponer lo necesario. Por ello, lo deseable es un cambio general en la cultura operacional del sistema judicial en sentido amplio y que los requerimientos partan de los abogados que ejercen la defensa de las partes o de los representantes de los ministerios públicos.

Debe llegar el momento en el que no hablemos, pues, de activismo de los jueces; que la puesta en acto de la Constitución y de las normas convencionales que integran nuestro bloque de constitucionalidad federal, por parte de todos los operadores del sistema de justicia, sea lo habitual cuando de tutela judicial efectiva se trata.

## **Bibliografía**

- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- Berizonce, Roberto O., “El activismo de los jueces”, *La Ley* 1990-E, 920.
- Cárcova, Carlos María, *Derecho, Política y Magistratura*, Buenos Aires, Biblos, 1996.
- *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 1998.
- Cueto Rúa, Julio, “El buen juez de primera instancia”, *La Ley* 1990-D, 766.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, 7ma. edición. Madrid, Trotta, 2010.
- Garapón, Antoine, *Juez y Democracia*, Madrid, Flor del Viento, 1997.
- García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1994.

- Gargarella, Roberto, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, *Isonomía*, N°6, abril de 1997.
- Grossman, Lucas Sebastián, “La igualdad estructural de oportunidades en la Constitución Argentina”, en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El Derecho a la igualdad, Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pp. 199-226.
- Manili, Pablo Luis, “El activismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, *La Ley* 2006-D, 1285.
- Nino, Carlos, *Un país al margen de la ley*. Buenos Aires, Ariel, 2005.
- Peyrano, Jorge W., “El cambio de paradigmas en materia procesal civil”, *La Ley* 2009-E, 785.
- Saba, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El Derecho a la igualdad, Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pp. 163/197
- Tedeschi, Sebastián, “El Waterloo del Código Civil Napoleónico”, en Christian Courtis (comp.), *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.