

XIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL GARANTISTA

23 y 24 de octubre de 2014

AZUL – ARGENTINA

LA PRUEBA JUDICIAL EN UN PROCESO REPUBLICANO

APORTES DESDE EL GARANTISMO PROCESAL

PROCESO Y REPÚBLICA

Efraín I. Quevedo Mendoza

SUMARIO:-

I.- Dificultades para abordar el tema. **II.-** La república según la Constitución del Estado. **III.-** El Poder Judicial en un régimen republicano. **IV.-** La imparcialidad del juez como rasgo esencial de un Poder Judicial republicano. **V.-** La jurisdicción como una función técnica del Estado democrático. **VI.-** La pretendida faz “política” de la función jurisdiccional: 1°. *El gobierno del Poder Judicial*; 2°. *La función “controladora” y “creadora” de la jurisdicción*. **VII.-** Jurisdicción y Administración: 1°. *Atribución de jurisdicción a órganos de la administración pública*; 2°. *Atribución de potestades administrativas al órgano judicial*.

I.- Las dificultades para abordar el tema.

No es tarea sencilla vincular los conceptos de proceso y república y ello no tanto porque las realidades –jurídicas- que ambos suplen carezcan de puntos de contacto que los ligen estrechamente, sino porque el conocimiento científico de cada uno se ha desarrollado en ámbitos diferentes; el primero, en el de la ciencia jurídica y el segundo en el de la

ciencia política; y aquél que pudo erigirse en el vértice de unión, el de la rama constitucional de la primera, ha centrado su atención más en los aspectos institucionales y orgánicos del régimen republicano de gobierno que en sus proyecciones en el ordenamiento normativo del proceso judicial.

Por otra parte, aún desde el campo propio de cada uno de aquellos ámbitos del conocimiento científico, la labor comparativa entre los institutos que nos proponemos analizar cuenta con obstáculos adicionales nada fácil de superar.

En la ciencia procesal se percibe un desinterés por aquellos aspectos orgánicos del proceso judicial que relativos a la constitución y organización del sujeto que tiene la delicada misión de decidir el litigio y cuyo funcionamiento se inserta en el del órgano público –Poder Judicial-, del que forma parte, y del Estado en general¹. Esta omisión ha dejado al margen de la preocupación científica las inevitables repercusiones que tienen las ideas, políticas y jurídicas, que informan el diseño de toda la estructura estatal, en la organización del Poder Judicial y las que ésta refleja, a su vez, en el funcionamiento de los singulares órganos que la integran². Siendo que las bases de la organización judicial se encuentran previstas en las normas constitucionales del Estado, han sido los constitucionalistas los que han mostrado mayor preocupación por los aspectos orgánicos e institucionales del proceso judicial³, haciéndolo desde la perspectiva de su propio campo de investigación, lo que ha debido ocultarles aquellos aspectos que se vinculan con la posición y el desempeño del juez en el desenvolvimiento de la estructura procesal, manteniéndose la aparente desconexión con la

¹ Ese desinterés lo denunciamos, hace unos años, en *El poder jurisdiccional en un estado democrático*, en Derecho y Sociedad, Revista de Derecho Público, número 38, publicada por la Asociación Civil Derecho y Sociedad, Pontificia Universidad Católica del Perú, octubre de 2012.

² Sobre las relaciones entre el proceso judicial y “las cambiantes estructuras y funciones del Estado contemporáneo”, tema sobre el que se resiste a incursionar la ciencia procesal, puede verse DAMASKA, Mirjan R., LAS CARAS DE LA JUSTICIA Y EL PODER DEL ESTADO, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000. El tema se enmarca en el de las relaciones entre justicia y política, sobre el que, obviamente, no podemos ocuparnos aquí sin desbordar los propósitos nuestra investigación.

³ Véase, SAGÜES, Néstor P., EL TERCER PODER, Ed. Lexis Nexis, 2005.

situación del poder judicial y el modo en que se inserta éste en la organización estatal.

Desde la perspectiva de la ciencia política, se alza la gravosa dificultad de hallar un concepto unívoco de república, que no parece fácil de superar a juzgar por la diversidad de opiniones que se observa en ese campo especializado, en el que no hay, todavía y pese a la elevada calidad científica de las investigaciones que durante siglos se han ocupado del tema, pleno acuerdo sobre si la república es una forma de organización del Estado o un régimen de gobierno y si comprende todas o solamente algunas, de las instituciones que conforma este último.

Esta situación nos coloca en la necesidad de fijar las bases de nuestra investigación y el punto de vista desde el que analizaremos la empinada temática, como paso previo al desarrollo de nuestro pensamiento en torno a ésta.

II.- La república según la Constitución del Estado.

Obviamente, no intentaremos adentrarnos en las honduras de la ciencia política para rastrear el significado de república, no solo porque semejante labor nos desborda por completo sino, fundamentalmente, porque, con toda evidencia, excedería los propósitos con que abordamos el tema, los que están centrados en las consecuencias que acarrea la adopción de un sistema republicano de gobierno para que, la organización y el funcionamiento del órgano al que se atribuye la función nuclear de decidir los conflictos de intereses entre integrantes del grupo social, garantice la plena eficacia de aquellos derechos que emergen del ejercicio de tal función y a cuyo goce se compromete el régimen de gobierno elegido, derechos en los que se cobija la defensa de los intereses en litigio y de los

que depende la obtención de la tutela que el orden jurídico promete a tales intereses.

Nos ubicamos, entonces, para emprender nuestra investigación, en el plano constitucional que impone un régimen republicano de gobierno, y nos preguntamos qué imperativos derivan de tal decisión política, en orden a la organización del departamento judicial, como pieza constitutiva de la estructura estatal, y al desenvolvimiento de sus integrantes en el ejercicio de la función esencial que se les atribuye, para brindar a los justiciables las garantías que anuncia la adopción de ese régimen de organización del poder político estatal. En particular, esa posición nos permite seleccionar aquellas Constituciones que han adoptado el régimen republicano de gobierno, tomando como referencia, a los fines de simplificar el desarrollo del tema, la Constitución argentina, que, en su artículo primero, exhibe esa decisión política.

Con ese horizonte, prestamos atención a la tradición constitucional argentina, que viene caracterizando aquella forma de organización del poder político estatal como un conjunto de “herramientas por medio de las cuales se realiza el gobierno del país y por el país”, aspiración que se alcanza una vez que tales herramientas “han echado raíces y prendido, por así decirlo, en las costumbre y hábitos del país”⁴. Entre dichas “herramientas” se enumeran las siguientes: elección popular de los gobernantes, división de las funciones entre las que se distribuye el poder político estatal, control de los órganos encargados del ejercicio de las funciones; responsabilidad de los funcionarios; publicidad de los actos de gobierno⁵; todas ellas, constitutivas de un “concepto ético, sustancial, no

⁴ ALBERDI, Juan Bautista, ESTUDIOS POLÍTICOS, OBRAS SELECTAS, T. XVII, págs.. 201 y 202, citado por LINARES QUINTANA, Segundo V., TRATADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL, Argentino y Comparado, T. VI, Ed. Alfa, Bs. As., 1956, pág. 171.

⁵ BIDART CAMPOS, Germán J., MANUAL DE LA CONSTITUCIÓN REFORMADA, T. I, Ed. Ediar SA., Bs. As., 1996, pág. 428.

formal, de la república, como sinónimos de Estado de Derecho, Estado democrático o Estado constitucional”⁶.

De todas esas notas, tipificantes de la forma de gobierno que recibe el nombre de “república”, se ha dicho que el núcleo central del Estado Republicano debe localizarse en la división de los poderes y el control del ejercicio de las funciones⁷. En razón de que es ésta, precisamente, la característica de la forma republicana de gobierno que, según nuestra opinión, influye en mayor medida en la modalidades que debe adoptar la estructura judicial y en la situación del juez como sujeto procesal y pieza sustancial de esa estructura, será la que consideraremos principalmente para extraer las consecuencias que de ella se siguen para que el ordenamiento procesal responda a las exigencias del régimen republicano de gobierno.

III.- El poder judicial en un régimen republicano.

La desatención de la ciencia procesal por la conexión que media entre régimen de gobierno –en particular: republicano- y ordenamiento jurídico procesal, ha dejado la cuestión abandonada a los vaivenes de la política partidaria de cada país, la que, según los intereses coyunturales de cada época, ha interpretado sus consecuencias institucionales según las conveniencias de los grupos mayoritarios que logran asumir el ejercicio del poder político estatal.

La ciencia del derecho constitucional, que ha asumido el problema con mayor preocupación, ha tenido, desde su particular óptica no pocas dificultades para “entender y encuadrar” la cuestión del Poder Judicial en su

⁶ EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, TRATADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL, T. I, Ed. Depalma, Bs. As., 1993, pág. 148.

⁷ “Tradicionalmente se estudia la separación de poderes como nota distintiva de la república (históricamente así lo fue) y “su prosapia y su linaje conservan todo su esplendor no obstante dos siglos de existencia” (EKMEKDJIAN, Ob. cit., pág. 158).

papel dentro de la división y control del poder político⁸ y ello, reiteramos, a raíz del ángulo desde el que aborda la cuestión.

Nuestra intención, al responder a la generosa convocatoria recibida, es mostrar los resultados de una investigación sobre el punto, emprendida hace algún tiempo⁹ y que nos ha revelado la imperiosa necesidad de reinterpretar las vigentes normas, constitucionales y legales, que organizan las estructuras judiciales y su inserción en el gobierno y funcionamiento del Estado, con el fin de responder a los imperativos de un sistema republicano de gobierno, que la mayoría de las constituciones de los países occidentales proclaman adoptar, sin que los gobiernos de estos países muestren real interés en extraer todas las consecuencias que de aquél se siguen para el subsistema judicial, con grave perjuicio para su funcionamiento y notorio daño de las garantías procesales con las que resguarda los derechos de los justiciables.

La realidad histórica de occidente, en cuyo devenir se han perfilado dos modelos de estructuras judiciales que se insertan en regímenes republicanos de gobierno, uno francés –ley del 20 de abril de 1810- y otro anglosajón –Constitución de Filadelfia de setiembre 1787-, no ha mostrado, en la aplicación de las normas relativas al Poder Judicial, un diseño que responda fielmente a todas y cada una de las exigencias que derivan de una estructura institucional modelada bajo la idea de la democracia republicana.

Ambos modelos occidentales ubican al Poder Judicial, junto a los otros dos departamentos –ejecutivo y legislativo- entre los que se distribuye el poder político del Estado, como un órgano independiente y con la función, exclusiva y excluyente, de ejercer la jurisdicción. Sin embargo, en el modelo francés –predominante en Europa continental- la proclamada

⁸ SAGÜES, Ob. cit., pág. 4.

⁹ Op. cit. en nota n° 1.

independencia del Poder Judicial “permanece como valor ideológico, confiado a algunos signos externos y a alguna modesta especificidad del estatuto del magistrado, que no sirven para engañar a los espíritus más lúcidos”¹⁰; espíritus éstos que no han tardado en advertir que la proclamada independencia del Poder Judicial se apoya, exclusivamente, en la inamovilidad de los jueces, garantía necesaria pero no suficiente para asegurar la autonomía del órgano y la imparcialidad de los jueces¹¹. Por el lado del modelo anglosajón –predominante en América-, las cosas parecían ir mejor desde el diseño normativo de las estructuras judiciales, pero a poco andar los propios integrantes del órgano debieron reconocer “a la judicatura como un poder “sin la bolsa y sin la espada”, no tiene ni fondos económicos ni fuerza por sí mismo (en cuanto a los primeros, depende del Congreso; respecto de la segunda, del Poder Ejecutivo)”¹²; por otra parte, en nuestros días se ha presentado al Judicial como un poder “huérfano y confundido”, “débil”, “domesticado y acosado” y “dividido”¹³

Los intentos que se han realizado en los países latinoamericanos para mejorar esta situación se han manifestado en el plano de las normas constitucionales¹⁴ y consistieron, en la mayoría de los casos, en introducir

¹⁰ SENESE, Salvatore, *Democracia pluralista, pluralismo institucional del Poder Judicial*, en CORRUPCIÓN Y ESTADO DE DERECHO, El papel de la jurisdicción, Ed. Trotta, Madrid, 1996, pág. 51.

¹¹ AGUIAR DE LUQUE, Luis, *El gobierno judicial en el derecho comparado: entre la dirección política y la gestión administrativa*, en EL GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL, Una perspectiva comparada, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pág. 4.

¹² SAGÜES, Ob. cit., pág. 6, recordando los términos de la renuncia del primer presidente de la Suprema Corte de los EE.UU., citada por Jorge Reinaldo Vanossi.

¹³ SAGÜES, Ob. cit., págs. 4 a 10.

¹⁴ La Constitución colombiana de 1991 crea la Corte Constitucional –Título VIII, Capítulo IV-, como órgano de la “jurisdicción constitucional”, separado de los que ejercen la “jurisdicción ordinaria” –Capítulo II del mismo título- y la “jurisdicción contencioso administrativa” –Capítulo III del mismo título- y el Consejo Superior de la Judicatura –Capítulo VII del Título VIII-. La Constitución boliviana de 2009, prescribe que “La justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Pluripersonal” (artículo 179-III; su composición y funciones se regulan en el Capítulo Sexto) y que “El Consejo de la Magistratura es parte del Órgano Judicial” (artículo 179-IV; su composición y funciones se regulan en el Capítulo Quinto). La Constitución ecuatoriana de 2008 prevé el Consejo de la Judicatura –Título IV, Capítulo Cuarto, Sección Quinta- y la Corte Constitucional –Capítulo Segundo del Título IX-. La Constitución de Perú de 1993 organiza el Consejo Nacional de la Magistratura en su Título IV, Capítulo IX, y el Tribunal Constitucional en su Título V, ambos como “independientes” (artículos 150 y 201, respectivamente). La constitución chilena de 1980 ha previsto solo el Tribunal Constitucional –Capítulo VIII-. En Argentina, el Consejo de la Magistratura se incorporó en la reforma constitucional de 1994 (artículo 114).

institutos propios del modelo continental europeo, como el Consejo de la Magistratura –órgano de gobierno del Poder Judicial- y la Corte Constitucional, reformas éstas que “no siempre son armónicas y plácidas y muchas de ellas están retrasadas, no obstante la decisión del constituyente”¹⁵. La corta experiencia de estos intentos de mixturar dos modelos de organización del Poder Judicial no permite, todavía, formar un juicio definitivo acerca de su eficacia para ajustar la estructuras judiciales a las exigencias del régimen republicano de gobierno, sobre todo a la garantía de la independencia de los jueces, pero, a juzgar por diversos hechos que se han sucedido en los países en los que viene funcionando este modelo mixto, los resultados no parecen alcanzar los objetivos proclamados por los reformadores¹⁶.

Una profunda reflexión sobre tan delicada cuestión institucional, que arrastran todas las sociedades occidentales, desde la Revolución Francesa, nos ha conducido al convencimiento de que el punto central del análisis tiene que localizarse en la particular situación que debe reconocerse al Poder Judicial, en el contexto de un régimen republicano de gobierno, como órgano político del Estado en cuya estructura se integran a los sujetos que,

¹⁵ SAGÜES, Ob. cit., pág. 17.

¹⁶ Al- solo fin ilustrativo nos basta recordar aquí los intentos de avance del Ejecutivo sobre el Judicial que tuvieron lugar, en Argentina, con la sanción de la leyes de “democratización de la justicia”, aprobadas en el mes de abril de 2013, luego de una extensa discusión parlamentaria en la que se debatió fuertemente, entre oficialismo y oposición, acerca del propósito del Ejecutivo de someter al Poder Judicial con el envío al Congreso de ese “paquete de proyectos de ley”, y la ulterior declaración de inconstitucionalidad de algunas de las leyes sancionadas; la más trascendente, relativa a la reforma del Consejo de la Magistratura (ley N° 26855) fue declarada inconstitucional, en sus artículos 2º, 4º, 18 y 30, junto al decreto 577/13, en la causa “Rizzo, Jorge Gabriel”, que llegara a instancia del Máximo Tribunal vía *per saltum*, en sentencia del 18 de junio de 2013. Con relación al Consejo de la Magistratura, los conflictos con la Corte Suprema se han sucedido, desde la promoción de una acción declarativa entablada por aquél, a fin de que se declare la invalidez del decreto de necesidad y urgencia 557/2005 que distribuyó la asignación presupuestaria del 3,5% de los recursos del Tesoro Nacional entre ambos organismos (véase, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala 3ª, 21 de febrero de 2006, Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación v. Estado Nacional, LEXIS NEXIS – NWESLETTER REVISTA DE DERECHO ADMINISTRATIVO – martes 28 de marzo de 2006) hasta las disputas por incidir políticamente en la integración del Consejo, anteriores a la citada ley 26855 – ver leyes 24937 y 26080-. Por ello es que, acertadamente, se ha dicho, con sobrada autoridad científica y experiencia judicial, que, en Argentina, “después de dictadas las leyes reglamentarias” del organismo constitucional, “los conflictos entre el mismo y la Corte Suprema han sido intensos, en particular respecto del ejercicio de facultades disciplinarias sobre los jueces y el incremento de las remuneraciones” (SAGÜES, Ob. cit., pág. 265).

en calidad de órgano-persona¹⁷, son titulares de la función jurisdiccional, sin dependencia jerárquica en el ejercicio de ésta, que lo distingue de los otros dos poderes del Estado, organizados conforme a una relación jerárquica entre los órganos que integran la estructura estatal; singularidad que demanda un particular tratamiento en las normas, constitucionales y legales, que establecen y garantizan la autonomía e independencia del Poder Judicial.

La idea de los “frenos y contrapesos” con que ha venido entendiéndose el principio republicano de la división de poderes, aplicada tanto a los poderes políticos –ejecutivo y legislativo- como al judicial, ha jugado el papel de justificar las distintas modalidades que en el curso de la historia ha adquirido la intervención de aquellos en el accionar de éste. De allí que sea necesario rectificar aquella idea, muy arraigada en la ciencia política y constitucional, retomando, en lo que concierne al ejercicio de la jurisdicción por los órganos integrantes del Poder Judicial, “la de la “separación estricta” de poderes, defendida en los tiempos de la Revolución Francesa”, que “implicaba la delimitación de las esferas de competencia separadas, entre las distintas ramas del poder, dentro de las cuales cada una de ellas ejercía una actividad propia, libre de las interferencias de las demás”¹⁸.

Para percibir el sentido y alcance de la parcial rectificación que proponemos, es necesario advertir la necesidad institucional, impuesta por el sistema republicano, de distinguir entre el Poder Judicial, como órgano de gobierno, autónomo, es decir separado de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, aunque sometido a los controles que establece la constitución de un estado republicano, y los jueces y tribunales que integran aquél

¹⁷ Echamos mano de la distinción que “Parece pacíficamente acogida” entre “órgano-individuo” y “órgano-institución” y que BIDART CAMPOS describe así: el primero “se visualiza desde el orden de la realidad y es siempre un *hombre* o *varios*”, el segundo “se visualiza desde el orden de las *normas*”, de donde “se desprende que el órgano-institución *permanece*, aunque *cambie* el órgano-individuo que lo encarna” (DERECHO CONSTITUCIONAL DEL PODER, T. I, Ed. Ediar SA., Bs. As., 1967, págs.. 51 y 52)

¹⁸ GARGARELLA, Roberto, *La teoría democrática en la organización y el gobierno del poder judicial*, en EL GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL, cit., pág. 34.

poder. Éstos son los titulares de la función jurisdiccional y únicos órganos que pueden ejercerla; el Poder Judicial, como órgano integrante de la tríada que caracteriza el régimen republicano de gobierno, “no tiene potestad jurisdiccional, ésta se atribuye constitucionalmente a los jueces y magistrados, no al conjunto, sino individual y personalmente”; en otros términos, la función jurisdiccional se atribuye, por la Constitución del Estado, no “a un conjunto organizado de varios miles de jueces y magistrados, sino, atendidas las reglas de la competencia, a órganos concretos, o, casi mejor, a jueces y magistrados concretos”¹⁹.

Consecuencia de tal distinción es que la independencia del órgano que concentra el ejercicio del poder jurisdiccional tiene doble sentido, según que se refiera al Poder Judicial, como integrante del gobierno de un país, o a las unidades orgánicas que lo integran, como genuinos titulares del ejercicio de ese poder²⁰. En el primer sentido podría hablarse de “autonomía” del Poder Judicial y en el segundo de “independencia” de los jueces y tribunales., la primera “responde a una concepción política de no superioridad de un poder sobre otro, sino de igualdad dentro del marco de actuación de cada uno de ellos señalado constitucionalmente”²¹; la segunda refiere la posición que se asigna al juez en el ejercicio de la jurisdicción, en cada caso

¹⁹ MONTERO AROCA, Juan, INDEPENDENCIA Y RESPONSABILIDAD DEL JUEZ, Ed. Civitas SA., Madrid, 1990, pág. 117. La Constitución Española expresamente dispone que la potestad jurisdiccional “corresponde, exclusivamente, a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes” (artículo 117.3). La Constitución Argentina no se expresa con tanta exactitud, pero un principio similar puede extraerse del artículo 116, en cuanto atribuye “a la Corte Suprema y los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas...”. La doctrina procesal argentina ha captado confusamente la distinción; CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. enseñaba que el ejercicio de la función jurisdiccional “en su significación estricta” se encomienda “a un órgano público integrante del Poder Judicial” el que “en realidad comprende tanto a funcionarios judiciales con atribuciones jurisdiccionales como a los que carecen de ella”; agregando que dicha función jurisdiccional, “en cuanto emanación de la soberanía,...en el desenvolvimiento del proceso debe ser ejercida por el departamento de Estado que se denomina Poder Judicial” (DERECHO PROCESAL, T. II, Ed. Depalma, Bs. As., 1983, págs. 15 y 16); en general, se atribuye al Poder Judicial el ejercicio de la función jurisdiccional; en tal sentido se afirma que “de acuerdo a nuestro ordenamiento constitucional, la función jurisdiccional es asignada de manera exclusiva y excluyente al Poder Judicial de la Nación y en las provincias a los respectivos poderes judiciales locales” (RIVAS Adolfo A., TEORÍA GENERAL DEL DERECHO PROCESAL, Ed. Lexis Nexis, Bs. As., 2005, pág. 149).

²⁰ El artículo 117.1 de la Constitución española expresa con precisión la idea desarrollada en el texto, al prescribir que “La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial...”.

²¹ MONTERO AROCA, Ob. cit., pág. 123.

concreto, el que debe llevarse a cabo con sujeción al orden jurídico del Estado y libre de todo condicionamiento de cualquier otra especie²²; también, se ha referido la misma distinción bajo las denominaciones de “independencia orgánica” e “independencia funcional”, significándose, con la primera, “una abstención de cualquier injerencia del Gobierno en la organización y funcionamiento de los Tribunales”, y con la segunda, “una inmunidad actuarial que atañe a los cometidos sustanciales de la Magistratura, sobre la que debe proyectarse la no injerencia de los otros poderes”²³

Sin perjuicio de destacar la trascendencia institucional de la autonomía del Poder Judicial, motivo de intenso debate en la actualidad y objeto de preocupación de la ciencia política y jurídica²⁴, a los fines del presente trabajo, centraremos nuestra atención en el imperativo, que, según nuestra opinión, deriva del régimen republicano de gobierno, de la independencia del juez y en particular, en cuanto ella cumple la función esencial de garantizar la imparcialidad que debe caracterizar su actuación en el ejercicio de la función jurisdiccional en cada conflicto que se le somete a su decisión²⁵.

En lo que sigue intentaremos exponer las razones que nos mueven a sostener que el principio de la división de funciones propio del régimen republicano de gobierno, en cuanto se refiere al Poder Judicial, tiende a asegurar la imparcialidad del juez en el ejercicio de la función jurisdiccional, condición que adquiere un doble sentido institucional en una república democrática: por un lado, permite comprender el pleno sentido de la independencia del Poder Judicial, develando que su significado se extiende a garantizar la imparcialidad que debe mantener el juez en el ejercicio de la

²² MONTERO AROCA, Ob. cit., pág. 119.

²³ ALMAGRO NOSETE, José, CONSIDERACIONES DE DERECHO PROCESAL, Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1988, pág. 37.

²⁴ Véase, EL GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL, Ob. cit. y SAGÜES, Ob. cit...

²⁵ Se ha dicho, con razón, que la “independencia... cumple un función de medio a fin, pues sirve para asegurar la imparcialidad de la decisión” (ALMAGRO NOSETE, Ob. cit., pág. 31)

función jurisdiccional²⁶; por otro lado, tal extensión pone de manifiesto la inconstitucionalidad –por violación del régimen republicano- de normas que atribuyen función jurisdiccional, en sentido estricto, a órganos con funciones políticas –ejecutiva o legislativas-, o funciones administrativas o legislativas, que no sean complementarias de la función jurisdiccional, a órganos que tengan asignada ésta.

IV.- La imparcialidad del juez como rasgo esencial de un Poder Judicial republicano.

El cometido de la plena realización, en la realidad social, del orden jurídico del Estado, que, como rol principal, se asigna al Poder Judicial en un régimen republicano de gobierno, lo distingue nítidamente de los otros dos órganos en los que se confía la función política del Estado: el Legislativo y el Ejecutivo, en razón de que, aquél rol institucional, se despliega a través de una actividad eminentemente técnico–jurídica-, esencialmente diferente de la actividad práctica –política- en que se manifiesta el ejercicio de las funciones reservada a los dos últimos. Tal esencial diferencia justifica plenamente la diferente profundidad que adquiere la división de poderes, que caracteriza al régimen republicano de gobierno, en tanto se la refiera al poder judicial²⁷.

Las vacilaciones que ha mostrado la ciencia jurídica para distinguir ese carácter técnico de la actividad a través de la que se ejerce la función jurisdiccional y el cometido político que debe asumir el Poder Judicial,

²⁶ Sostiene MONTERO AROCA que “es indudable” que la autonomía del Poder Judicial “es un medio para garantizar mejor la independencia del juez individual en el momento de juzgar” (Ob. cit., pág. 123) y ello es así, por cuanto “si el juzgador queda expuesto a diversas presiones, es posible que en el momento de juzgar, las mismas acaben por desviar la objetividad del juicio” (ORTELLS RAMOS, Manuel -Dirección y Coordinación-, INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL, 2º ed., Ed. Aranzadi SA., Navarra, 2011, pág. 62)

²⁷ Interpreta ALMAGRO NOSETE que Montesquieu consideró “la separación del Poder Judicial de los demás...no como un mecanismo estético cuya finalidad sea el mejor y más práctico funcionamiento de los pesos, contrapesos y engranajes del Estado, sino en atención a “dar origen a la libertad política”. Es decir, tiene un carácter instrumental para fijar el espacio legítimo de las libertades ciudadanas” (Ob. cit., pág. 14)

dentro de un régimen republicano de gobierno, se ponen de manifiesto al intentar explicar el carácter “no político” del Poder Judicial, diciendo que, por un lado, tal calificativo “es falso, porque los órganos que administran justicia ejercen una de las tres funciones clásicas del poder del Estado, o sea, una parte del poder político”, e integran “la estructura de órgano que pone en movimiento el poder”; y por otro lado, es “verdadero”, pues “los órganos que administran justicia no son políticos en el carácter con que lo son el ejecutivo y el legislativo”²⁸. Si se separan debidamente la función de gobierno del Poder Judicial, de carácter claramente administrativo y político, de la función jurisdiccional que ejercen los órganos individuales que lo integran, típicamente técnica, no habrá necesidad de recurrir a tal contradicción.

Los referidos poderes políticos, en los modernos Estados de Derecho, cumplen, en ejercicio de la función legislativa, el cometido de identificar y evaluar los intereses que se manifiestan en las relaciones sociales, proveyendo a su tutela y diseñando los medios que garanticen la satisfacción de los que son calificados como valiosos, según los valores predominantes en la sociedad y los criterios de oportunidad y conveniencia, extraídos de las reglas generales que les impone la Constitución del Estado, interpretadas según las ideologías imperantes en el grupo político al que, democráticamente, se le delegó el ejercicio del poder político. La función se materializa en la formación de mandatos generales y abstractos que contienen imperativos coercibles (normas legales y reglamentarias). La función administrativa, asignada al órgano ejecutivo, se despliega en la forma de una actividad material dirigida a gestionar los medios con los que la estructura estatal desenvuelve aquellos intereses públicos que se confían a la acción del Estado y que se manifiesta en mandatos particulares que reciben el nombre de actos administrativos.

²⁸ BIDART CAMPOS, DERECHO..., cit., pág. 171.

El Poder Judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional atribuida a los órganos que lo integran, tiene la misión de completar y concretar, la finalidad que el Estado persigue con el ejercicio de la función legislativa, haciendo operativos en la realidad social los mandatos, generales y abstractos, productos de tal función o contenidos en la Constitución del Estado, en todos aquellos casos en que, mediando un requerimiento concreto –demanda; acusación-, se haga necesario declarar su aplicación a un caso concreto, a raíz de la inobservancia por sus destinatarios –sean sujetos individuales, grupos sociales o el propio Estado, en función legislativa o ejecutiva- o bien a causa de que el ordenamiento jurídico imponga la intervención del juez para que el precepto adquiera operatividad.

Esta diferente perspectiva con que los diversos órganos del Estado asumen la misión de controlar los intereses intersubjetivos que nacen de las relaciones sociales y administrar aquellos que son comunes al núcleo social, justifica que, a los que integran el Poder Judicial y tienen el ejercicio de la función jurisdiccional, se los caracterice como “no políticos, por la diferencia que acusan en relación con el órgano ejecutivo y con el parlamento”, caracterización que deriva en la necesidad de que, tales órganos, se mantengan ajenos a aquellos intereses que reclaman satisfacción, al amparo de la invocación de su tutela por el orden jurídico y con base en la necesidad de que esa protección, prometida por las normas generales -producto de la actividad legislativa-, sea prestada por el Estado, ante la desobediencia del obligado o la imposición del propio orden jurídico. Con acierto, se ha dicho que “el poder judicial es un poder *neutral*, si por neutralidad entendemos la imparcialidad –no solo frente a las partes del proceso, sino frente a los distintos sectores políticos e intereses de partido-”²⁹; la expresión “poder judicial” debe entenderse empleada en el sentido de órgano que tiene conferido el ejercicio de la jurisdicción.

²⁹ BIDART CAMPOS, Germán J. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL PODER, T. II, Ed. Ediar SA., Bs. As., 1967, pág. 218).

La imparcialidad del juez queda así entronizada como “la piedra basal de la estructura judicial” y la razón última de la independencia que un régimen republicano de gobierno le confiere y garantiza, en el ejercicio de la función jurisdiccional, liberándolo “de las interferencias, tanto sobre la persona...-órgano individuo- como sobre el acto” –proceso judicial- en el que se materializa dicho ejercicio³⁰, lo que se persigue no solo aislándolo de los intereses que se debaten en cada caso que debe procesar y decidir, sino, también y principalmente, ubicándolo dentro de un estructura estatal a la que se confiere autonomía frente a los órgano que titularizan los funciones políticas del Estado.

Las prácticas institucionales de las modernas democracias republicanas, informadas por intereses políticos sectoriales y por una doctrina que no acierta en profundizar la vinculación evidente que se entabla, bajo el propósito de garantizar la imparcialidad en el ejercicio de la función jurisdiccional, entre la situación –jurídica- del juez en el proceso y la – institucional- del órgano estatal que integra, al punto que aquella no queda garantizada sin asegurar ésta³¹, no han logrado perfilar una forma de organización de las estructuras judiciales que garanticen al juez su imparcialidad a la hora de procesar y decidir el litigio. Desde el plano del derecho comparado se ha señalado, fundadamente, que “Virtualmente todos los Estados comparten la noción de que todos los jueces deberían ser independientes...pero la unanimidad comienza a resquebrajarse en cuanto se consideran las implicancias de esas nociones y el significado operativo de la administración de justicia de los diversos países”³². La ciencia constitucional, a su turno, confiesa que “ha buscado y busca todavía

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Apunta ALMAGRO NOSETE que “algunos autores insisten obsesivamente en la idea de reclamar la independencia para el órgano concreto y no para el Poder Judicial, abstractamente considerado. Tras esta formulación se oculta un mal planteamiento de la cuestión que puede conducir a torcidas interpretaciones que precisamente se orientan a conseguir un fin distinto a aquel que pretenden los que tal afirman” como es el de “propiciar injerencias gubernativas” (Ob. cit., pág. 33).

³² DAMSKA, Ob. cit., pág 10.

la técnica que garantice y haga efectiva esa independencia”³³, la que “más que una realidad parece ser en muchos casos solamente una meta”³⁴.

El divorcio entre independencia del Poder Judicial e imparcialidad del juez en el proceso, ha conducido a formar la idea, nefasta para el adecuado ejercicio de la función jurisdiccional, de que puede asegurarse la imparcialidad de un juez enclavado en un órgano estatal que depende, institucionalmente, de otro, es decir, en una estructura estatal no ajustada, estrictamente, al régimen republicano de gobierno³⁵. Esa perniciosa idea fue la que imperó en las democracias europeas hasta finalizada la segunda guerra mundial, justificando el “apoderamiento del Poder Judicial por el Ejecutivo”³⁶, oportunidad en que, puesta de manifiesto su radical deficiencia, se liberó a aquél de semejante lazo mediante la creación de órganos de gobierno del Poder Judicial, independientes del Ejecutivo y en ocasiones, con el carácter de “extra-poder”³⁷. En Argentina, la reforma constitucional de 1994 siguió el mismo derrotero (artículo 114, inc. 3°) sin parar mientes en que la realidad institucional del Poder Judicial no demandaba, para garantizar su independencia y con ella, la imparcialidad del juez, semejante mutilación de poderes que tradicionalmente estuvieron en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, garantizando la autonomía del Poder estatal que ésta presidía, sin dependencia alguna, al menos en el diseño constitucional, del Ejecutivo. Ello generó justificadas críticas a este tramo de la reforma constitucional³⁸.

³³ BIDART CAMPOS, EL DERECHO CONSTITUCIONAL..., cit., pág. 218.

³⁴ SAGÜES, Ob. cit., pág. 16.

³⁵ La doctrina procesal participó de la confusión denunciada en el texto, llegando a advertir que no hay que “confundir la *independencia* del poder Jurisdiccional, como rama del gobierno del Estado, con la *independencia* de los jueces que aseguran los Estados civilizados, aun cuando los mismos sean una sección del Ejecutivo” (PODETTI, J. Ramiro, TEORÍA Y TÉCNICA DEL PROCESO CIVIL, Ed. Ediar SA., Bs. As., 1963, pág. 345).

³⁶ La expresión pertenece a MONTERO AROCA, Ob. cit., pág. 24.

³⁷ La creación de los Consejos Superiores de la Magistratura –Francia, 1946; Italia, 1947; Portugal, 1976- o Consejo General del Poder Judicial –España, 1978-, tuvo el propósito institucional de “sustraer del Poder Ejecutivo aquel conjunto de competencias de organización y gestión del estamento judicial” (AGUIAR DE LUQUE, op. cit., pág. 4).

³⁸ Véase, SAGÜES, Ob. cit., págs. 263 a 265.

El grave equívoco contribuyó en gran medida a debilitar los resortes institucionales que las constituciones prevén para garantizar la imparcialidad del juez, la que se pone en riesgo no solo a raíz del compromiso de éste con los intereses que se debaten en el proceso en que debe intervenir, sino, también y en ocasiones con mayor inminencia de daño a la objetividad del juicio, con motivo de las presiones de los poderes políticos del Estado y de los grupos, sociales y económicos, de poder.

La división de las funciones estatales entre las que se distribuye el ejercicio del poder político de un Estado organizado según el régimen republicano de gobierno, ha sido entendida como una separación relativa en la que “las ramas de gobierno debían controlarse las unas a las otras, consiente de las ambiciones y excesos que...(son) propias de cada una de ellas: “la ambición debía controlar a la ambición”³⁹. Esa concepción, aplicada al Poder Judicial, sin distinguir entre la función jurisdiccional, que se atribuye a los individuos –jueces- que la ejercen como integrantes de aquél, y la función de gobierno de la estructura puesta al servicio de dicha función⁴⁰, ha conducido a debilitar, confundir y dividir al Poder Judicial⁴¹, dejando a los jueces expuestos a las presiones políticas y de otra índole, a las que, desde una posición individual, frecuentemente, no pueden resistir⁴².

³⁹ GARGARELLA, op. cit., pág. 35, con cita de James MADISON, EL FEDERALISTA, N° 51.

⁴⁰ La concepción referida en el texto es promovida por trascendentes voces del procesalismo argentino. Lino E. PALACIO sostenía que “de acuerdo a un punto de vista técnico..., se considera a la jurisdicción, junto con la legislación y la administración, como una de las *funciones* del Estado”, concibiéndola “como la función mediante la cual los órganos judiciales del Estado administran justicia en los casos litigiosos, según la teoría de la división tripartita de los poderes del Estado”, teoría que, fundada “exclusivamente, en consideraciones de naturaleza histórica y política, entra en crisis no bien se confronta con la realidad jurídica positiva...cuyo examen más superficial demuestra...que no toda la función jurisdiccional se halla encomendada a los órganos de Poder Judicial”; razonamiento que conduce a sostener que “la jurisdicción puede dividirse en *judicial* y *administrativa*” (DERECHO PROCESAL CIVIL, T. I, 3° ed., act. Carlos E. Camps, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2011, págs.. 239 y 24, y 257). Para Roland ARAZI, “La división de poderes (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) no puede ser absoluta, ya que cada uno tiene algunas funciones que corresponden al otro”; más adelante, sostiene, sin embargo, que “cualquiera sea la forma que adopte la Administración Pública para tomar decisiones, falta ese requisito esencial que es la existencia de tercero imparcial” (DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL, T. I, 2° ed., Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As. – Santa Fe, 2004, págs.. 41 y 45).

⁴¹ Según las expresiones utilizadas por SAGÜES en Ob. cit., págs.. 4 a 8.

⁴² “De la debilidad al sometimiento hay pocos pasos. Rara vez el poderoso resistirá la tentación de darlos” (SAGÜES, Ob. cit., pág. 7); en sentido similar, se dicho que “quien tiene “poder”, para

Tanto el modelo europeo de organización judicial, de la segunda mitad del siglo XX, como el modelo anglosajón, han intentado, por distintas vías, superar el grave problema institucional que genera la necesidad de garantizar la independencia del juez al momento de juzgar, en loables esfuerzos por alcanzar ese ideal republicano⁴³, que permanece, todavía, como una plausible aspiración de los Estados democráticos.

En nuestra humilde opinión ello resultará altamente dificultoso mientras la clara distinción alcanzada entre la función –política- del Poder Judicial, como órgano político del Estado, y la función –técnica- de juzgar los casos que se sometan a los órganos integrantes de él, no se complete con una estricta definición de esta última, que permita aislarla de las demás funciones estatales y reservarla, en forma exclusiva y excluyente, a los jueces y tribunales, como el medio más eficaz de resguardar su independencia y con ella contribuir a su imparcialidad⁴⁴. Seguimos así el derrotero marcado por J. Ramiro PODETTI, cuando, a mediados del siglo XX anunciaba que “el reconocimiento del Poder Judicial como rama independiente del gobierno del Estado representa solo una etapa en el desarrollo del concepto integral de la jurisdicción”, el cual se alcanzará cuando llegue “a integrarse y delimitarse la función de los jueces, con el carácter de exclusiva y excluyente”⁴⁵.

probarse a sí mismo que lo tiene, difícilmente ahuyenta la tentación de abusar de él” (ALMAGRO NOSETE, Ob. cit., pág. 35).

⁴³ Véase, SAGÜES, Ob. cit., págs. 10 a 15.

⁴⁴ Comparto esta inquietud con ALVARADO VELLOSO, quien destaca la importancia de “delimitar correctamente en qué consiste la actividad jurisdiccional”, a efectos de tener “certeza cuándo ésta existe como tal” e impedir que se afirme “desde el propio texto de la ley, por ejemplo, la existencia de una *jurisdicción administrativa*” (Ob. cit., págs. 257 y 258).

⁴⁵ Ob. cit., págs. 346 y 347. El recordado artículo 117.3 de la Constitución Española recepta expresamente esa aspiración, de cuyo texto se infieren “Los principios de exclusividad y de integridad de la jurisdicción”, los que “se complementan mutuamente, pues, mientras el primero separa la función de aplicar las leyes y ejecutar lo juzgado a cualquier organismo que no sea jurisdiccional, el segundo afirma que sólo a éstas corresponde el desarrollo de dichas funciones” (ALMAGRO NOSETE, José; GIMENO SENDRA, Vicente; CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín; y MORENO CATENA, Victor, DERECHO PROCESAL, T. I, v. I, 4º ed., Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 1989, pág. 48).

Nos ocuparemos aquí de esclarecer el carácter técnico de la jurisdicción⁴⁶, carácter que, según nuestra opinión, permite delimitar con precisión su ámbito funcional y extraer la consecuencia, puesta de manifiesto precedentemente, relativa a la necesidad institucional de asignar su ejercicio, exclusivamente, a los jueces que integran las estructuras judiciales, resguardando su independencia y con ello, la imparcialidad en el ejercicio de tan delicada y particular función estatal.

V.- La jurisdicción como una función técnica del Estado democrático.

El carácter técnico que le atribuimos a la función jurisdiccional, que en modo alguno significa aislamiento del juez de la realidad social e indiferencia a los valores imperantes en el medio en el que se despliega la función de juzgar, imprime un sello particular al sujeto que la ejerce que lo diferencia radicalmente del resto de quienes ejercen las otras funciones en las que se distribuye el poder político del Estado.

La función de juzgar los conflictos intersubjetivos de intereses determina a tal punto la estructura del órgano, que impone su ejercicio, exclusivo, por éste, con exclusión de cualquier otro que tenga una estructura diferente, sea en su constitución individual o en el modo de inserción en las estructuras estatales.

El carácter eminentemente técnico que creemos ver en el ejercicio de la función jurisdiccional es lo que imprime al órgano que la ejerce una posición de objetividad en la elaboración y formación del juicio con el que debe decidir la contienda que se le ha sometido a decisión; esa posición solo se obtiene manteniendo al sujeto titular del órgano judicial por encima de los intereses sobre los que debe recaer su resolución, es decir, no vinculado,

⁴⁶ También, RIVAS se refiere a la necesidad “de dar al concepto de jurisdicción un sentido técnico” (Ob. cit., pág. 142), aunque, más adelante, le asigna “papel político” (pág. 154), en cuanto es “función de soberanía”, “de imperium” y “constitucionalizada”.

directa o indirectamente, a ninguno de aquéllos, y liberado de cualquier tipo de presión en su subjetividad que lo incline a favorecer uno de los intereses en litigio por razones que sean ajenas a las que, con absoluta objetividad, debe buscar y extraer del orden jurídico vigente.

Esa libertad, plena y absoluta, solo vinculada al orden jurídico del Estado, con la que el titular de la jurisdicción debe ejercer esa función, es la que el régimen republicano de gobierno ha querido garantizar estableciendo la independencia del juez como una de las “herramientas” con las que, según Alberdi, “se realiza el gobierno del país y por el país”⁴⁷, independencia que, según la exposición precedente, supone la autonomía del departamento de Estado en el que se inserta aquél –Poder Judicial-.

La jurisdicción como una función “técnica”, no “política”, ha generado no pocas dudas, en la ciencia y en la práctica del derecho, para localizar los límites entre una y otra especie de función estatal⁴⁸. Estas vacilaciones han tenido repercusión en el modo de entender la situación del Poder Judicial en el sistema republicano de separación de las funciones estatales, lo que ha sido convenientemente aprovechado por los centros del poder político para mantener a aquél con algún grado de dependencia de los órganos encargados del ejercicio de las funciones políticas del Estado –toda la que posibilita la particular realidad social y política-, y como consecuencia de ello, poner en permanente tensión la imparcialidad que debe caracterizar el ejercicio del poder jurisdiccional.

Por un lado, se redujo la “técnica jurídica”, instrumento esencial de la función de juzgar los litigios, a una reproducción mecánica de la voluntad legislativa, expresada en la “ley”, de cuyo sentido literal no podía apartarse el juez. El modelo “dogmático” en la interpretación, alentado desde las distintas escuelas del positivismo jurídico surgidas en el siglo XIX, brindó el

⁴⁷ Véase la cita en nota n° 3.

⁴⁸ Véase lo dicho en página 11 y la cita de nota n° 28.

sustento científico a la reducción de la función del juez y su sometimiento al poder legislativo, vedándole “entrar a formular preferencias o ampliaciones o restricciones a tenor de las modalidades del caso o de su sentido de justicia”, limitando su función al simple “mecanismo formal de la subsunción” que solo autoriza a “descubrir, dilucidar el sentido exacto y verdadero de la ley”, sin “cambiar, modificar, innovar”, a través de la cual solo se “declara” o “reconoce” la voluntad del legislador, según la fórmula de Demolombe⁴⁹.

Por otro lado, se amplió desmesuradamente el campo de la “técnica jurídica”, al extremo de conferirle al juez “el rol de árbitro o guardián del proceso político”⁵⁰, con lo que se lo sometía a las corrientes políticas predominantes. Semejante desmesura se vio favorecida por el surgimiento y desarrollo de la escuela del derecho libre, la que “se desembarazó de las leyes. Erlich...lanzó la expresión de “derecho libre”, de “invención espontánea del derecho” observando que “históricamente, los jueces fueron los primeros autores de las normas llamadas de decisión (*Etscheidungs Normen*) que servían para zanjar los procesos. Las creaciones espontáneas de la jurisprudencia *preceden* a la redacción de las leyes y no a la inversa”; los sucesores de Erlich “arremetieron contra la ley en nombre de la ciencia positiva (Kantorowics...)...Si es exacto que los jueces de los Estados modernos, en la redacción de sus sentencia, fingen haberlas inferido de leyes preexistentes, no deberemos dejarnos engañar por esta apariencia, sino aprovechar las lecciones de la psicología judicial”⁵¹. Las consecuencias extremas de esta perspectiva filosófica del derecho positivo se han visto en los Estados comunistas, nacional-socialistas y fascistas⁵²

⁴⁹ VIGO, Rodolfo, INTERPRETACIÓN JURÍDICA, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As. – Santa Fe, 2006, pág. 17.

⁵⁰ SAGÜES, Ob. cit., pág. 5.

⁵¹ VILLEY, Michel, COMPENDIO DE FILOSOFÍA DE DERECHO, T. II, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1981, pág. 193.

⁵² En los que “los jueces dependen de la autoridad del Estado...en cuanto a que deben seguir las políticas generales diseñadas por el partido”; llegándose, en China, a “casos relevantes –como el de la Banda de los Cuatro, que involucró a la mujer de Mao–”, en los que se puso “abiertamente a consideración de los jefes del Partido antes de la dictación (sic) de la sentencia” (DAMASKA, Ob. cit., pág. 297).

Sea por defecto, sea por exceso, la “técnica” con la que debe el juez ejercer la jurisdicción quedaba subordinada a los poderes políticos del Estado y con ello, a los grupos dominantes de la sociedad, diluyéndose la proclamada independencia del Poder Judicial y con ella la imparcialidad de los jueces.

Entendido el principio de legalidad en sus justos términos, sostenido, en las modernas democracias, en el principio de supremacía constitucional, es posible localizar con precisión la técnica judicial, dentro del conjunto de medios técnicos con que operan las numerosas y complejas actividades a través de las que despliega sus funciones el Estado contemporáneo en el mundo occidental, distinguiendo ella la que tiene por objeto el ejercicio de la función jurisdiccional, al imprimirle un carácter de absoluta individualidad.

En ese contexto, la función jurisdiccional se ubica como continuación, necesaria y forzosa, de la función de creación normativa, previa y primaria, que es producto, originariamente⁵³, del poder constituyente, y en forma derivada, de los poderes políticos del Estado, Ejecutivo y Legislativo.

Esa función primaria tiene carácter eminentemente político, en cuanto se resuelve en la formulación de normas que, por un lado, establecen “la estructura jurídico-política” del Estado⁵⁴, y por otro, desprenden de tales normas constitutivas los preceptos, generales y abstractos, destinados a organizar la estructura estatal, por una parte y por otra, a regir la conducta de los sujetos individuales, de los grupos sociales y del propio Estado, en los casos, previstos en hipótesis, de interferencias intersubjetivas de

⁵³ No queremos significar, con el adverbio utilizado, que el poder constituyente este siempre en el origen de la organización jurídica del Estado, puesto que aquél “puede ser *originario o derivado*” y tiene esta última cualidad “cuando se ejerce para *reformular la constitución*” (BIDART CAMPOS, MANUAL..., cit., pág. 373). La expresión quiere transmitir que el “origen” de las normas legales debe buscarse en las normas constitucionales.

⁵⁴ *Ibidem*.

intereses. Opera esta actividad política del Estado imponiendo, de modo general, comportamientos adecuados a la tutela de los intereses – individuales, sociales o públicos- calificados de valiosos, según la ponderación de las necesidades y los valores predominantes en el núcleo social, mediante mandatos coercibles que establecen un sistema de premios y castigos destinado a promover o inhibir, la voluntad de cumplir los preceptos o violar las prohibiciones, respectivamente⁵⁵. Esta actividad requiere de una compenetración del sujeto que la realiza con las aspiraciones, tensiones, carencias y valores del núcleo social cuyas acciones se regirán por las normas que resulten sancionadas, y de una, consecuente, toma de posición por el valor positivo de unos intereses y el valor negativo de otros, que generará un fuerte compromiso con la promoción de los primeros y el combate contra los segundos. La *parcialidad* frente a los intereses intersubjetivos se encuentra, pues, en la base de esta función política del Estado.

Esta situación de *parcialidad* puede verse claramente manifestada en la etapa de designación de los sujetos a los que se les delegará, por el pueblo como titular de la soberanía estatal, las funciones ejecutiva y legislativa, delegación que, en los Estados democráticos, depende de una elección popular. Este modo de elección coloca, a quienes se proclamen candidatos, en la situación de atraer los núcleos más numerosos de la sociedad con la promesa de promover, en caso de acceder a la función pública, los intereses que éstos aprecian como más valiosos⁵⁶. Una vez que se accede al cargo público, el candidato elegido será el centro de los reclamos de los sectores que lo votaron, para exigirle una acción gubernativa orientada a la protección de sus intereses en detrimento de otros, exigencia a la que

⁵⁵ Véase la descripción de la función de “resolver conflictos” por el derecho, que realiza RECASENS SICHES, Luís, TRATADO GENERAL DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, 6° ed., Ed. Porrúa SA., México, 1978, págs.. 226 a 231.

⁵⁶ Esta es la razón por la cual el sistema de elección popular para la designación de los jueces padece una “*crisis de legitimidad*, ya que la judicatura deja de ser imparcial y se inclina a favor de la persona o del partido que designó al magistrado” (SAGÜES, Ob. cit., pág. 42). Repárese, además, que aún fuera del sistema de partidos políticos, el candidato a acceder a la judicatura necesitará captar los votos de los grupos mayoritarios y para ello deberá mostrar sus simpatías por los intereses que son de la preferencia de aquéllos.

deberá satisfacer si quiere mantener las preferencias del grupo al que debe su cargo, aunque estará en libertad para cambiar de *parcialidad* y orientar su accionar gubernativo en favor de intereses contrarios a los que sostienen el grupo al que debe su elección. Esto es así, en palabras de CARNELUTTI, en razón de que los sujetos destinatarios de la función política “operan, desde luego, para el nombramiento de los jefes pero no para la formación de las leyes”⁵⁷.

La actividad jurisdiccional del Estado se reduce a una técnica de interpretación y aplicación de las normas constitucionales y legales, establecidas por los poderes políticos, y de elaboración de normas individuales que, recayendo sobre conductas concretas, previstas en hipótesis por aquéllas y cuya existencia en la realidad social debe declarar con base en instrumentos de comprobación autorizados por la ley, haga también concreto el mandato abstracto contenido en la norma sancionada por los poderes políticos del Estado⁵⁸, de manera que adquiera la única forma de imponerse forzosamente⁵⁹ a los sujetos, concretos, de aquellas conductas, declaradas existentes⁶⁰. La función jurisdiccional del Estado realiza ese cometido institucional, básico para el funcionamiento de los medios con que el orden jurídico, establecido por los órganos políticos, adquiere efectiva vigencia en la relaciones sociales, en todos aquellos casos en que su realización espontánea no es posible por desobediencia

⁵⁷ DERECHO Y PROCESO, Ed. EJE A., Bs. As., 1971, pág. 31.

⁵⁸ “Mediante la sentencia judicial -...- se comprueba de un modo cierto si se da concretamente la situación de hecho prevista en abstracto por la ley -como condición para el deber jurídico que ésta establece-; se determina concretamente además el contenido concreto del deber jurídico, y por fin, se le impone a un sujeto singularmente determinado” (RECASENS SICHES, Ob. cit., pág. 312).

⁵⁹ Esto no puede ser de otra manera, pues “el mandato, para ser mandato, debe ser concreto, no abstracto, no hipotético sino actual” (CARNELUTTI, Ob. cit., pág. 23); RECASENS SICHES, con mayor amplitud, explica que “Podría decirse, con estricta adhesión a la esencia de las cosas y a su auténtica realidad, que las leyes y los reglamentos son sencillamente materiales básicos *para que pueda haber* auténticas normas jurídicas perfectas, las cuales son solamente aquellas que se dan en las sentencias y en las resoluciones administrativas...Esto no significa de ninguna manera menoscabar el alto rango y el papel decisivo que...” las normas generales –leyes y reglamentos- “...tienen y deben tener. El Derecho aplicable directamente, el dotado de fuerza ejecutiva, de impositividad inexorable, es el contenido en la sentencia...” (Ob. cit., págs. 316 y 317).

⁶⁰ RIVAS, realiza una descripción de las “operaciones” que realizan los órganos estatales en el ejercicio de la jurisdicción, a través de las que puede percibirse el carácter “técnico” con el que intentamos identificar esa función del Estado (Ob. cit., pág. 153).

de los destinatarios de los mandatos generales o por imposición de la ley⁶¹; de allí su carácter de función técnica, mediadora entre el orden jurídico y la sociedad.

La actividad jurisdiccional se hace indispensable en los Estados de derecho del mundo occidental, para alcanzar, en la realidad social que el orden jurídico se propone conducir, los objetivos últimos de orden institucional, habida cuenta que “lo que la ley declara es que un deber *puede existir*, pero no que *existe*; y esto no es todavía *dicere ius*, porque *ex facto oritur ius*, el derecho nace del hecho y el hecho no es un posible sino un existente... He aquí porqué el *ius* en rigor, no es *dictum* hasta que el juez, establecida la certeza del hecho y su conformidad con la hipótesis legal, no (sic) lo declara”⁶².

Conviene dejar aclarado, una vez más, que la técnica con que se desenvuelve la función jurisdiccional del Estado, no se reduce, en absoluto, a una simple actividad mecánica de concreción de la norma jurídica general. Por el contrario, como lo viene enfatizando la filosofía y la ciencia, jurídicas, se trata del desarrollo de una técnica prudencial que requiere del manejo de elementos no solo normativos, sino, también, fácticos, axiológicos, lingüísticos y lógicos⁶³ con los que el juez emprende “una serie de funciones que no están previamente cumplidas por la norma general” y que “tiene que llevar a cabo por su propia cuenta, aunque al hacerlo deba seguir las directrices que la ley le señala”, en cuyo desenvolvimiento no solo cumple actos de conocimiento sino, también y principalmente, “valoraciones y actos de voluntad” que complementan e integran la actividad “realizada previamente por el legislador”⁶⁴.

⁶¹ Omitimos, por su obviedad, hacer referencia a la necesidad de iniciativa de parte interesada – demanda o acusación–.

⁶² CARNELUTTI, Ob. cit., pág. 23.

⁶³ Véase, VIGO, Ob. cit., págs. 19 a 25.

⁶⁴ RECASENS SICHES, Ob. cit., págs. 314 y 318.

Esta particular técnica de actuación del orden jurídico estatal es, insistimos, la que transmite a la función jurisdiccional su carácter de exclusividad e impone que ella sea ejercida por sujetos independientes de los intereses que se someten a su decisión y de todo otro vínculo, que no provenga del mismo orden jurídico que deben actuar en los casos que se les proponga, e integrados, en el marco institucional de un régimen republicano de gobierno, en un órgano estatal que goce de plena autonomía en el contexto de las relaciones que median entre los distintos órganos del Estado, los que deberán quedar excluidos del ejercicio de aquella función.

VI.- La pretendida faz “política” de la función jurisdiccional.

Debemos hacernos cargo, ahora, de aquellas aristas accesorias a la técnica judicial que hemos descrito, que la revisten de un cierto matiz político y que han servido de excusa para alentar el acercamiento de la función jurisdiccional a los poderes políticos del Estado y su sumisión a los dictados del grupo gobernante.

1°. *El gobierno del Poder Judicial.*

El conjunto de jueces, titulares de la función jurisdiccional del Estado, en su dispersión territorial y funcional, requiere de una estructura que los reúna y que cumpla la función, administrativa, necesaria para proveer, organizar, conservar y gestionar, los medios materiales y humanos, indispensables para el normal ejercicio de aquella función. Esa organización es la que, en los Estados que adoptan un régimen republicano de gobierno, se constituye como Poder Judicial y asume, además de aquellas funciones de administración, otras que podrían calificarse de “política judicial”, que

comprenden la dirección del conjunto orgánico, la relación con los otros poderes del estado y la garantía de la independencia de los jueces⁶⁵.

Ha sido en el ámbito del modelo continental europeo en donde se ha profundizado en la individualización de esta particularidad que presenta el Poder Judicial, de reunir diversas unidades orgánicas que titularizan la función jurisdiccional y representar una organización que, sin tener asignada esta función, limita su cometido institucional, en el concierto de funciones entre las que se distribuye el poder político en las democracias republicanas, a administrar los medios, materiales, humanos y logísticos, necesarios para el ejercicio de la jurisdicción, cuidar la independencia funcional de los jueces y mantener la relaciones con los otros poderes del Estado, en una situación de plena autonomía frente a éstos.

La función ha sido denominada de “gobierno del Poder Judicial” y su separación de la función jurisdiccional permitió a los países del continente europeo sustraerla del Poder Ejecutivo, en donde, tradicionalmente, se mantuvo, a favor de la naturaleza, política y administrativa, de las atribuciones que la integran, aún después de la Revolución Francesa y hasta terminada la Segunda Guerra Mundial⁶⁶. La creación de los llamados “consejos de la magistratura”, como órganos integrados a la estructura judicial, o independientes de los tres poderes del Estado, permitió aislar las funciones que integran el gobierno del Poder Judicial y asignárselas a aquellos, aun cuando se observan, todavía, claras diferencias entre las diversas legislaciones, relativas a la composición y funciones que cabe asignárseles⁶⁷.

⁶⁵ Sobre el papel de los órganos autónomos instituidos en las Constituciones europeas y latinoamericanas, de la segunda mitad del siglo XX, puede verse EL GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL, cit., obra colectiva en la que se analizan las diversas experiencias de este sistema de dirección del Poder Judicial, propio de lo que en el texto se denomina “modelo europeo”..

⁶⁶ Véase la evolución de la función en España, en MONTERO AROCA, Ob. cit., págs. 24 a 98.

⁶⁷ Véase, EL GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL, citado.

En los países que siguieron el modelo anglosajón esta función se atribuyó a los órganos superiores de la estructura, piramidal, del Poder Judicial – Cortes Supremas-, descentralizándose, en ocasiones, en los tribunales inferiores, por lo que su identificación quedó relegada a la legislación, que no siempre la separó claramente de la función jurisdiccional⁶⁸, creando la apariencia de una contaminación del carácter técnico de ésta con poderes de naturaleza política.

El carácter político de esta función, que, obviamente, se transmite al órgano que la ejerce, se avizora ya en la expresión con que se la designa – Gobierno del Poder Judicial- y se ha mostrado claramente en el funcionamiento de los órganos creados para su exclusivo ejercicio, los que “sobre la base de una naturaleza formalmente administrativa...en la práctica...tienen una función ambivalente, jurídicamente administrativa pero prácticamente impregnada en ocasiones de un alto grado de politicidad”⁶⁹.

Ese carácter político de la función de gobierno del Poder Judicial tiene, sin embargo, un doble sentido, ambos orientados a proteger la independencia e imparcialidad de los jueces. Por una parte, “parece obligado que el órgano de gobierno judicial ostente aquellas tareas de gestión del estatuto de jueces y magistrados que más puedan constituir un riesgo para la

⁶⁸ En Argentina, la Constitución Nacional difiere a una “Corte Suprema” el ejercicio del “Poder Judicial de la Nación” y agrega, a “los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere” (artículo 94 –actual 108-); los poderes de administración de la estructura judicial se encontraban previstos, en la Constitución de 1860, en el artículo 99, que facultaba a aquél tribunal a dictar “su reglamento interior y económico, y nombrar a todos sus empleados subalternos” (el actual artículo 113, conserva la redacción, eliminando el régimen “económico”). El decreto ley 1285/58, ley orgánica del Poder Judicial de la Nación, acordaba poderes de administración a la Corte Suprema (artículos 13 y 15, entre otros) y a los tribunales inferiores (artículos 18 y 19). La ley 24937, orgánica del Consejo de la Magistratura Nacional, dispuso, en su artículo 30 que “Las facultades concernientes a la superintendencia general sobre los distintos órganos judiciales continuarán siendo ejercidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y las cámaras nacionales de apelaciones, según lo dispuesto en las normas legales y reglamentarias vigentes”. La Constitución de la Provincia de Buenos Aires, luego de asignar a la Suprema Corte el poder de dictar “su reglamento y...establecer las medidas disciplinarias que considere conveniente a la mejor Administración de Justicia” y la atribución de “pasar anualmente a la Legislatura una memoria o informe sobre el estado en que se halla dicha administración...” (artículos 164 y 165), confiere a las Cámaras de Apelación las funciones de “nombramiento y remoción de los secretarios y empleados de su dependencia” (artículo 167).

⁶⁹ AGUIAR DE LUQUE, op. cit., pág. 27.

independencia judicial. Tanto frente a aquellas presiones que provengan de fuera de la Magistratura (la denominada independencia externa) como frente aquellos otros intentos de condicionamiento de la labor jurisdiccional que procedan del estamento judicial (que también existen), llamada independencia interna”⁷⁰. Por otra parte, la referida función, “preserva al funcionario judicial del control gubernativo en lo atinente a su situación profesional y, por tanto, lo subsume exclusivamente en los dictados emanados de los altos organismos que jerárquicamente ostentan la dirección y rectoría del Poder Judicial”⁷¹.

Los poderes que integran el denominado gobierno del Poder Judicial reúnen todas aquellas funciones, administrativas y políticas, con el objetivo, fundamental, de alcanzar un eficiente funcionamiento del conjunto de los órganos jurisdiccionales, que deben sustraerse a cualquier influencia de los poderes políticos del Estado, manteniendo impoluto el carácter técnico de la función, que solo se resguarda garantizando su independencia y con ella la imparcialidad de los jueces, como lo demostró la larga experiencia europea de “apoderamiento” del gobierno del Poder Judicial por el Ejecutivo. Subsiste la cuestión, sobre la que no podemos extendernos aquí, de si tales poderes deben asignarse al órgano máximo del Poder Judicial –como en el modelo estadounidense- o a un órgano especializado –como en el modelo europeo-, integrado a la estructura judicial o separado de ella y de los restantes poderes del Estado, que, en todo caso, tenga plena autonomía de los poderes políticos⁷².

2°. La función “controladora” y “creadora” de la jurisdicción.

⁷⁰ AGUIAR DE LUQUE, op. cit., pág. 18.

⁷¹ ALMAGRO NOSETE, Ob. cit., pág. 37, cita de Martínez Calcerrada.

⁷² “...el Poder Judicial es programado por la Constitución, sí como poder político, pero su “politicidad” es la de ser autónomo e imparcial frente a los demás poderes” (SAGÜES, Ob. cit., pág. 44).

El segundo aspecto de la función jurisdiccional sobre el que se funda la opinión que le asigna carácter político al juicio que emiten los jueces en los casos concretos sometidos a decisión, poniendo en duda el carácter técnico de su ejercicio, radica en el poder de controlar la legitimidad y constitucionalidad de los actos de los poderes políticos del Estado –leyes, decretos, resoluciones, etc.-, que las democracias modernas difieren a jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial. La trascendencia que dicha atribución tiene sobre el accionar de los órganos políticos de gobierno es evidente e incontrastable.

Si a ellos se agrega el margen de “creatividad” que se asigna a la función de interpretación y aplicación normativa, especialmente de los contenidos de la Constitución del Estado, a través de cuyo ejercicio el juez elabora el juicio de derecho que utiliza para la formación de sus resoluciones, a lo que se aduna la discrecionalidad que se le reconoce en la construcción del juicio de hecho y el poder de imponer coactivamente sus decisiones a los justiciables, aun cuando se trate de los órganos políticos del Estado, quedan en evidencia las innegables consecuencias que el ejercicio de la jurisdicción produce en la gestión política del gobierno y con ellas, las razones que han hecho vacilar a la doctrina acerca del carácter político de la función estatal de actuación del orden jurídico del Estado.

Con fundamento en esa realidad, en las democracias constitucionales se ha pretendido transformar la función jurisdiccional en una genuina tarea política, que debe ser ejercida en la dirección que traza los objetivos y aspiraciones del grupo político que ejerce el gobierno de la sociedad⁷³,

⁷³ GURVITCH, M. A., sostenía que “Los tribunales soviéticos en su trabajo no pueden dejar de tener en cuenta las finalidades que el partido de la Unión Soviética y el Gobierno Soviético asignan a todos los órganos del Estado soviético y deben ser los ejecutores sensibles y capaces de la política del Partido y expresada en las normas del Derecho soviético, así como en las directrices del Partido Comunista de la Unión Soviética y del Gobierno soviético” (DERECHO PROCESAL CIVIL SOVIÉTICO, trad., del ruso, de Luban, México, 1971, pág. 38; citado por ALMAGRO NOSETE, en Ob. cit., pág. 32). El artículo 3º, parágrafo 1º, de los Principios Fundamentales de Legislación y Estructura Judicial de la URSS., de 1958, disponía: “En todos los actos el tribunal inculcará en los ciudadanos de la URSS el espíritu de devoción a la patria y a la causa del comunismo...”.

comprometiéndose el juez con los objetivos del partido político mayoritario que accede al poder político del Estado, procurando favorecer todas sus acciones de gobierno; los obstáculos que pueden presentar a ese accionar los fallos judiciales, son vistos como una resistencia inapropiada a los objetivos y aspiraciones de las grandes mayorías.

Aquella proyección política de las decisiones judiciales, sobre todo de aquellas en las que se ejerce el control de legalidad de la actividad administrativa y de constitucionalidad de las normas inferiores del orden jurídico, como así, aquellas con las que se integran las lagunas que ofrece el ordenamiento legal y restringen o extienden el sentido literal de los textos normativos –constitucionales, legales y reglamentarios-, no las privan, en modo alguno, de su carácter técnico-jurídico, que tiene raíz, como venimos insistiendo, en el cometido institucional que se asigna a los jueces y que consiste en hacer actuar –aplicar- las normas que han sido sancionadas, previamente, por los órganos encargados de tal función –Convención Constituyente; Poder Legislativo; Poder Ejecutivo-.

Es cierto que, en esa función de hacer actuar normas de conducta creadas previamente, subyace, también, un margen de creatividad que se traduce en el complejo accionar que demanda la reconstrucción del caso concreto, la localización del sentido de la regla de conducta aplicable y en fin, la elaboración de la norma individual que regirá la conducta concreta; no es menos cierto, sin embargo, que tales elementos, que denotan un claro poder de creatividad en el ejercicio de la jurisdicción, son tramos de una labor que se apoya, esencialmente, en la comprensión del sentido que el conjunto del ordenamiento jurídico estatal ha impuesto a la categoría de conductas a la que pertenece la que se juzga y en la aplicación de aquellas consecuencias que el mismo tiene previstas y que el juez no crea *ex nihilo*.

En definitiva, el ejercicio de la jurisdicción puede producir consecuencias de carácter político y requerir de valoraciones de orden político para alcanzar

sus fines, pero éstos aspectos no hace desaparecer su naturaleza esencialmente técnica, que exige la independencia del juicio en la que se sustenta y repudia todo factor que haga peligrar la imparcialidad con que debe llevarse a cabo, ni imprime a la función el carácter político que caracteriza a las funciones ejecutiva y legislativa⁷⁴.

VII.- Jurisdicción y Administración.

.El empleo de una técnica similar a la utilizada en el ejercicio de la función jurisdiccional por el órgano ejecutivo, en función de administrador de los intereses públicos del Estado⁷⁵, ha llevado a un sector importante de la doctrina y de la jurisprudencia, a aceptar cierta promiscuidad en el ejercicio de las funciones jurisdiccional y administrativa y por lo tanto, el ejercicio de aquella por el Poder Ejecutivo como la atribución de parte de la actividad administrativa a los jueces integrantes del Poder Judicial⁷⁶. Por este camino, se llega a imprimir una peligrosa laxitud al principio del ejercicio,

⁷⁴ No nos parece conveniente, por las razones expuestas en el texto, calificar de “político” al Poder Judicial, afirmando, concluyentemente, que “Tal constatación es inevitable”, como lo hace SAGÜES (Ob. cit., pág. 42), precisamente, por cuanto ello da lugar a que tal expresión sea “bastardeada”, como, con agudeza, lo destaca el mismo autor. La atribución de aspectos políticos a la jurisdicción debe hacerse, para evitar la señalada tergiversación, con una oportuna y precisa aclaración relativa a que aquellos no hacen perder el carácter técnico de esa función estatal, que es lo que intentamos en el texto.

⁷⁵ Señala RECASENS SICHES que “Kelsen ha puesto en evidencia que las normas individuales de la sentencia judicial y de la resolución administrativa son tan “Derecho” como las normas generales” y que ambas especies de actos estatales “no constituyen una mera deducción lógica de la norma general sino que aportan algo no contenido en ésta, a saber: las calificaciones y determinaciones individuales que no están ni pueden estar especificadas en la norma general” (Ob. cit., págs. 313 y 314).

⁷⁶ Sostenía BIDART CAMPOS que “la función jurisdiccional es ejercitable materialmente (o sea, acogiendo la clasificación material o sustancial de las funciones por su contenido, cualquiera sea el *órgano* que la cumple, y la *forma* con que emite el acto) tanto por el poder judicial (jurisdicción *judicial*) como por la administración (jurisdicción administrativa), de donde el ámbito de la prohibición contenida en el artículo 95, Const. Nac., quedaba reducido al ejercicio de “las funciones *judiciales* que son propias del poder judicial”, sin extenderse al ejercicio de “la función jurisdiccional” que tenga por objeto “resolver controversias entre la *administración* y los *administrados* (o sea, causas regidas por el derecho administrativo)” y siempre que el poder judicial intervenga “por lo menos *una vez*, con control suficiente” (EL DERECHO..., CIT., T. II, PÁG. 292). PALACIO, precisaba que tal jurisdicción administrativa es la que “despliegan los órganos administrativos en la aplicación de sanciones a los administrados o a los funcionarios o agentes de la propia administración, como el conocimiento de las reclamaciones y los recursos que, promovidos por esas mismas personas, tiene por objeto asegurar el imperio de la legitimidad dentro de la esfera administrativa” (Ob. cit., pág. 257)

exclusivo y excluyente, de la jurisdicción por jueces independientes integrados en un Poder Judicial autónomo, poniendo en riesgo, por esta vía, la necesaria imparcialidad del juzgador, eludiendo las garantías que el régimen republicano de gobierno dispone para asegurar esa condición de los órganos a los que se atribuye el ejercicio de la jurisdicción.

La actividad administrativa se encuentra regida por el orden jurídico del Estado y en su desenvolvimiento “aplica” la ley que prescribe las reglas a la que debe ajustar la gestión de los bienes e intereses públicos. Esta comprobación es la que ha generado vacilaciones en la nada sencilla tarea de hallar una línea clara de separación entre las funciones administrativa y jurisdiccional, generando los riesgos institucionales que dejamos señalados en el párrafo anterior⁷⁷.

Es, precisamente, la necesidad de mantener la independencia de los jueces, garantizando su imparcialidad en cada caso en que se les requiere la decisión de un litigio, lo que hace ineludible la neta distinción entre la técnica empleada por la administración y por la jurisdicción, en la aplicación de la ley, que cada una debe observar como consecuencia de la estricta vigencia del principio de legalidad en los Estados de Derecho.

La doctrina del derecho administrativo ha advertido que, en el contexto de un Estado de Derecho, no es acertado “calificar la técnica de la ejecución de la legalidad por la Administración” como “una simple particularización en la actuación concreta de los mandatos abstractos de las normas”, asimilándola a la empleada por “la sentencia judicial aplicativa de la Ley”,

⁷⁷ PALACIO enumera, entre “las notas configurativas del acto jurisdiccional...también inherentes al acto administrativo”, al “hecho de que tanto el acto jurisdiccional como el acto administrativo representan la individualización y la concreción de normas generales”, siguiendo, en este punto, a KELSEN, quien, según el eminente y llorado, procesalista argentino, “demuestra así, con acierto, que no media diferencia funcional alguna entre acto jurisdiccional propiamente dicho y el acto estatal de administración indirecta, pues también, con respecto a este último concurre la circunstancia relevante de que una autoridad constata el hecho establecido por la norma general como condición del acto coactivo y aplica la consecuencia jurídica, la “coacción administrativa” (Ob. cit., págs.. 242 y 247)

no siendo posible “intentar explicarse por el mismo respecto la posición respecto de la Ley de la Administración y de los Tribunales”, y ello es así por cuanto “mientras los Tribunales tienen en la ejecución (o particularización en el caso concreto) de la Ley el objeto exclusivo de su función, la Administración, por el contrario, tiene como función propia realizar los diversos fines públicos materiales, solo que debe hacerlo dentro de los límites de la ley...el objeto de la actuación ha de hacerse, no obstante, dentro de los límites de la legalidad”⁷⁸.

La relación de la Administración Pública con la ley es idéntica a la que corre entre ésta y cualquier otro sujeto de derecho⁷⁹. La ley, a través de un mandato, constituye, a favor del sujeto, un “*poder de mandar*” y en simetría, un “*deber de obedecer*”, de modo que, para obrar según la ley, los destinatarios de una norma general, deben realizar, lo mismo que el juez, un juicio, pero de existencia, no de valor, con el objeto de verificar “*si existe aquel hecho que es valorado por la ley*”. Se trata, pues, de una comparación entre el acto que él pretende cumplir y el acto al cual la ley atribuye un cierto valor haciendo derivar de ello una sanción”; es éste un “juicio histórico, el hecho es el sujeto y la hipótesis el predicado, según que el juicio conduzca a una afirmación o una negación, el acto será o no, llevado a cabo por un hombre prudente”⁸⁰. En forma análoga, “Toda acción administrativa se nos presenta...como ejercicio de un poder atribuido por la ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución previa de potestades la Administración no puede actuar”, siendo éstas “el instrumento adecuado para efectuar la conversión del poder político en técnicas jurídicas precisas”, pero “no son diferentes técnicamente de las potestades que el ordenamiento atribuye a los particulares, aunque, naturalmente varían en su contenido material concreto”, en razón de que “deben ser

⁷⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FENÁNDEZ, Tomás-Ramón, CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, T. I, 1° ed., con notas de Agustín Gordillo, Eds. Thomson Civitas – La Ley, Bs. As., 2006, pág. 444).

⁷⁹ En sentido similar, RIVAS, Ob. cit., pág. 134.

⁸⁰ CARNELUTTI, Ob. cit., págs. 18 y 19.

ejercitadas en función del interés público, que no es el interés propio del aparato administrativo, sino el interés de la comunidad”⁸¹.

En lo que aquí nos interesa, la consecuencia que extraemos de la distinción formulada, es que, mientras el Estado, como administración pública, actúa gestionando intereses que la ley protege, frente a los que se presentan en oposición o contradicción, a su satisfacción, revistiéndose de la calidad de *parte* interesada; cuando lo hace como jurisdicción, necesariamente debe elevarse por encima tanto del interés que la ley protege como del que subordina a la satisfacción de éste, posición desde la cual podrá formar un juicio, objetivo y equilibrado, sobre la situación real de aquellos intereses - de los que, por la esencia de la función que desempeña, debe permanecer ajeno por completo- en la concreta relación social, comprobada por los carriles legales, y hacer actual la consecuencia que la norma legal que seleccione, entre todas las que componen el ordenamiento jurídico estatal, tiene previsto, en hipótesis. El compromiso del juez, en ejercicio de la jurisdicción, con alguno de aquellos intereses y aún su anticipada valoración jurídica, elaborada o simplemente admitida por él, o su espontánea actuación en favor de alguno de ellos, inhibe por completo la función de someterlos a un juicio confiable de legalidad⁸².

La ajenidad del juzgador respecto de los intereses sometidos a juicio es una condición esencial de la función de juzgar, propia de la jurisdicción, que la distingue del resto de las funciones en las que se distribuye el ejercicio del poder político estatal y brinda suficiente fundamento a la utilización de

⁸¹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNANDEZ, Ob. cit., págs. 449, 452 y 453.

⁸² Esa posición del juez, con respecto a los intereses regulados por la norma que debe aplicar, es una consecuencia de la particular función que se le asigna en un Estado de Derecho y no a la inversa, como sostiene gran parte de la doctrina procesal, al definir la función por el carácter de “tercero imparcial” del órgano que la ejerce, lo que conduce a admitir la distinción entre administración y jurisdicción por la simple posición de aquél, en cuanto “en los primeros falta el carácter de tercero imparcial que revisten los segundos” (ARAZI, Ob. cit., págs. 30 y 45). Obviamente, el juez debe posicionarse como “tercero imparcial” frente a los intereses sobre los que debe recaer el juicio que se le requiere, pero ello es la consecuencia, no la causa, del carácter eminentemente técnico de la función que se le atribuye. La admisión del ejercicio de la jurisdicción por órganos “imparciales” dependientes de la administración pública, responde, en parte, a ese equívoco.

diversos resortes institucionales por los regímenes republicanos de gobierno para garantizar la *imparcialidad* de los que tienen el ejercicio de aquella.

Por lo contrario, el fuerte compromiso con la satisfacción del interés que la norma protege es una condición esencial de la función administrativa del Estado, puesto que, siendo las potestades administrativas “poderes fiduciarios, esto es poderes en los que se disocia la titularidad formal del ejercicio y el beneficiario último del mismo”, la administración “está obligada al ejercicio de sus poderes cuando...(el) interés comunitario lo exija, obligación que marca, incluso, las potestades discrecionales más amplias” y genera “responsabilidad patrimonial por el funcionamiento lesivo de los servicios públicos”⁸³, extensiva al funcionario que omite su ejercicio o incurre en un ejercicio irregular (artículo 1112, Código Civil).

Las prevenciones que adoptan las leyes de procedimiento administrativo para garantizar la “imparcialidad” de la autoridad que debe producir un acto administrativo que afecte derechos de los administrados, apunta, básicamente, a la objetividad del juicio –de existencia- que debe realizar aquella para ajustar su conducta al orden jurídico y con ello, individualizar con precisión el interés público que la norma protege y ajustar la actividad de la Administración a la conducta que impone el precepto contenido en aquella como medio de lograr la satisfacción de dicho interés⁸⁴.

⁸³ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNANDEZ, Ob. cit., págs. 453 y 454.

⁸⁴ En el campo del derecho administrativo, se ha señalado que “...la Administración reúne en el procedimiento administrativo la doble condición de juez y parte, razón por la cual el principio de la imparcialidad, característico del proceso, resulta relativizado en cierta medida” y la ley “no hace otra cosa que garantizar un *mínimum* de imparcialidad exigible, en todo caso, a los agentes que actúan en su nombre, a través de las técnicas de abstención y recusación” (en este sentido, véase artículo 6º, ley nacional 19549); ese mínimo de imparcialidad, como se dice en el texto, apunta a asegurar la objetividad y razonabilidad del juicio del funcionario para determinar la adecuación de la actividad administrativa al orden jurídico; tan es ello así que “...la intervención en el procedimiento de personas obligadas por la Ley a la abstención puede ser un indicio de desviación de poder, pero solo en el caso de que se haya producido ésta realmente, apartando la decisión final del objetivo marcado por la Ley, habrá lugar a declarar la nulidad que, por lo tanto, no será el resultado de la intervención del funcionario incompatible, sino la consecuencia de la ilegalidad objetiva que dicha intervención ha provocado” (GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNANDEZ, Ob. cit., págs..

Insistimos en que, esta sustancial separación entre actividad técnico-jurídica jurisdiccional y actividad técnico-jurídica administrativa, y la diferente posición que los titulares de su ejercicio tienen frente al ordenamiento jurídico del Estado, es lo que brinda un fundamento fuerte a la independencia de quienes tienen asignado el ejercicio de la primera – jueces- e impone su inserción en una estructura estatal que goce de plena autonomía -Poder Judicial-, esencial garantía que el régimen republicano de gobierno brinda a la necesaria imparcialidad del juez en el desempeño de su labor de enjuiciamiento de los litigios que amenazan la operatividad del orden jurídico y perturban la paz social.

La importancia institucional que encierra la distinción apuntada, dentro de una organización republicana del gobierno de un Estado, no ha sido percibida por sectores importantes de la ciencia jurídica y por la jurisprudencia, que han interpretado los textos constitucionales de las modernas democracias republicanas, admitiendo, con base en dudosas razones de orden práctico, el ejercicio de función jurisdiccional por órganos de la administración pública y de función administrativa por órganos jurisdiccionales⁸⁵.

1°. *Atribución de jurisdicción a órganos de la administración pública*

La jurisprudencia argentina ha declarado válida, no obstante la prohibición contenida en el artículo 109 de Constitución Nacional –artículo 95 de la

483 y 485) –véanse, artículos 14 y 15, ley cit., relativos a la nulidad y anulabilidad del acto administrativo).

⁸⁵ La Constitución Española ha querido clausurar interpretaciones como las criticadas en el texto, enfatizando que la “potestad jurisdiccional...corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes” (artículo 117.3) y que tales Juzgado y Tribunales “no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior” (artículo 117.4), aunque la delegación que contiene esta última cláusula constitucional en el poder legislativo (“...y las demás que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”) ha dado pie para que el legislador les atribuya funciones “de Registro Civil” (artículo 2.2, Ley Orgánica del Poder Judicial).

Constitución de 1860-, la asignación, por el Congreso de la Nación, de funciones jurisdiccionales a órganos de la Administración Pública Nacional, siguiendo la doctrina de la Suprema Corte de los EE.UU. y obteniendo la aprobación de la más caracterizada doctrina constitucional⁸⁶ y procesal⁸⁷, con destacadas excepciones⁸⁸.

La argumentación en la que se sostuvo tal apertura de la función atribuida a los órganos integrantes del Poder Judicial, partía de reconocer una “fisonomía relativamente nueva...(del) principio de división de poderes”, a la que se calificaba de “típica modalidad del derecho público actual”, y se sustentaba, fundamentalmente, en una visión pragmática de la organización republicana de gobierno impuesta por las normas constitucionales. Hacía hincapié la Corte Suprema de la Nación en que aquella nueva concepción del principio de la división de poderes “no ha surgido como consecuencia de especulaciones de orden teórico. Tampoco expresa ni encubre una determinada concepción del Estado”, para expresar, sin reservas, su intención de “responder, pragmáticamente, al premioso reclamo de los hechos que componen la realidad de este tiempo”, respuesta que “se asienta en la idea de que una administración ágil, eficaz y dotada de competencia amplia es instrumento apto para resguardar, en determinados aspectos, fundamentales intereses colectivos de contenido económico y social (...), los que de otra manera sólo podrán ser tardía o insuficientemente satisfechos”. La prohibición, absoluta, contenida en el artículo 95 de la Constitución Nacional –hoy 109-, se relativizaba argumentando que “el ámbito razonable del art. 95 de la Constitución Nacional, se apoya, implícitamente, en la idea de que ésta, lejos de significar un conjunto de dogmas, rígidos, susceptibles de convertirse en obstáculos opuestos a las transformaciones sociales, es una creación viva,

⁸⁶ BIDART CAMPOS, afirma que “...la prohibición del art 95 *impide* al *presidente* de la república o poder ejecutivo ejercer las funciones *judiciales* que son propias del poder judicial. Pero no le veda la función jurisdiccional (ni al presidente ni a los órganos administrativos dependientes de él), siempre que la decisión que recaiga sea susceptible de revisión judicial suficiente” (EL DERECHO CONSTITUCIONAL..., cit., T. II, pág. 292).

⁸⁷ PALACIO, Lino E., págs. 251 y 258.

⁸⁸ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, sostiene, aunque lacónicamente, que la función jurisdiccional “no puede ni debe ser ejercida por el Poder Ejecutivo (CN 109)” (Ob. cit., pág. 257).

impregnada de realidad argentina y capaz de regular previsoramente los intereses de la comunidad en las progresivas etapas de su desarrollo”⁸⁹.

Ciertamente, esta potestad legislativa no podía reconocerse con amplitud y el límite, a la creación legislativa de órganos administrativos con facultades jurisdiccionales, se encontró en la necesidad de garantizar un “*control judicial suficiente*” de la decisión recaída en sede administrativa, el que, dependiendo “de un conjunto de factores y circunstancias variables y contingentes”, se resume en el “derecho a interponer recurso ante los jueces ordinarios” y en la, consecuente, “negación a los tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertidos, con excepción de los supuestos en que, existiendo opción legal los interesados hubiesen elegido la vía administrativa, privándose, voluntariamente, de la judicial”⁹⁰

En el mismo Alto Tribunal debía repercutir la inevitable polémica que desataría la relativización del fundamental principio, propio del régimen republicano de gobierno adoptado por la Constitución Argentina (artículo 1º), de división de poderes, justamente en aquél poder cuya autonomía resguarda especialmente la Constitución Nacional (artículo 109). La motivación minoritaria –“Disidencia en los fundamentos”-, integrada por los Dres. Luís María Boffi Boggero y Pedro Aberastury, se encargó de dejar sentado, luego de recordar que el artículo 95 de la Constitución de 1860 tenía raíz histórica en el devenir institucional del país, “sin correspondencia en la de los Estados Unidos”, que “aún en la hipótesis no demostrada de que el interés nacional aconsejara la existencia de organismos paritarios en las condiciones y con las facultades exclusivas establecidas por las leyes

⁸⁹ CSJN, sentencia del 19 de setiembre de 1960, recaída en autos *Recurso de hecho...en la causa FERANADEZ ARIAS, Elena y otros c/ POGGIO, José (Sucesión)*, publicada en la colección de FALLOS 247:646; los párrafos transcritos en el texto corresponden al voto en mayoría, Considerandos 3º) y 10º). Adviértase que el Alto Tribunal de la Nación admitía la renuncia, por los interesados, del derecho fundamental de acceso a la justicia, como si su protección respondiera a un simple interés privado o la plena satisfacción del mismo puede dejarse en manos de órganos administrativos por la sola voluntad del titular del derecho.

⁹⁰ *Ibidem*, Considerandos 13º, 14º) y 19º).

citadas, una cosa es interpretar normativamente de acuerdo al sentido de la evolución, traduciendo las nuevas y cambiantes necesidades sociales, y una muy otra el apartarse de las normas so color de adaptarlas a esas necesidades, desde que nada contraría más los intereses nacionales que apartarse de la Constitución. Si la norma fuese inconveniente, si el precepto no respondiera a los imperativos de la evolución económica y social, ha de ser el Poder Constituyente –y no otro- el órgano adecuado para traducir en nuevas normas las mejores soluciones”⁹¹.

No obstante la contundencia de la concisa argumentación de aquella disidencia argumental, la doctrina jurisprudencial de nuestro más Alto Tribunal se ha mantenido hasta nuestros días, aunque con precisiones que han venido a limitar extremadamente la potestad reconocida al Congreso de la Nación y poniendo especial cuidado en destacar el principio constitucional según el cual “el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos de la administración desconoce lo dispuesto en los arts. 18, que garantiza la defensa en juicio de la persona y sus derechos, y 109, de la Constitución Nacional que, basado en el texto del art. 108 de la Constitución de Chile de 1833 (v. Jorge Tristán Bosch: “¿Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos Para Juzgar a La Administración Pública?”. Víctor Zavalía Editor, 1951; págs. 55 a 64, y 160) prohíbe en todos los casos al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales”⁹². Pese al énfasis que se pone en la posición del principio constitucional básico, inmediatamente, se declara que él queda “a salvo siempre y cuando los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley, su independencia e imparcialidad estén aseguradas, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable y,

⁹¹ Considerandos 3°) y 5°).

⁹² CSJN, A. 126. XXXVI - “Angel Estrada y Cía. S.A. c/ resol. 71/96 - Sec. Ener. y Puertos (Expte. N° 750-002119/96)” - 05/04/2005 - NOVEDADES MICROJURIS.COM – ENTREGA N° 61 DEL AÑO 2005 – 19 de abril; Cons. 12) del voto mayoritario.

además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente”⁹³. La razonabilidad del objetivo tenido en cuenta por el Congreso Nacional, deberá desprenderse de “la familiaridad con hechos cuyo conocimiento haya sido confiado por la ley a cuerpos expertos, debido a que su dilucidación depende de la experiencia técnica de dichos cuerpos; o bien porque están en juego los particulares deberes regulatorios encomendados por el Congreso a una agencia de la administración; o cuando se procure asegurar la uniformidad y consistencia en la interpretación de las regulaciones políticas diseñadas por la agencia para una industria o mercado particular, en vez de librarla a los criterios heterogéneos o aun contradictorios que podrían resultar de las decisiones de jueces de primera instancia (confr. doctrina de los casos *Texas & Pacific Railway v. Abilene Cotton Oil.*, 204 U.S. 426; *Far East Conference v. United States*, 342 U.S. 570; *Weinberger v. Bentex Pharmaceuticals, Inc.*, 412 U.S. 645)”⁹⁴.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha seguido la misma doctrina⁹⁵.

En nuestro concepto, la argumentación esgrimida para justificar el ejercicio de función jurisdiccional por organismos administrativos que integran la estructura puesta al servicio del Poder Ejecutivo, es insuficiente para desplazar la exigencia derivada de la adopción del régimen republicano de gobierno, que hemos dejado descripta precedentemente y que consiste en que a aquellos órganos a los que se difiere el ejercicio de función

⁹³ *Ibidem.*

⁹⁴ *Ibidem*; Cons. 13).

⁹⁵ *Caso Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay*; sentencia de 13 de octubre de 2010, en donde declaró que “El artículo 8.1 de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales. Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos” (Cons. 118); sobre esa base declaró la validez del artículo 31 de esa ley 17.613 de la República Oriental del Uruguay, que “creó un procedimiento especial administrativo para la determinación de los derechos de “ahorristas” de instituciones de intermediación financiera, cuyos depósitos “hayan sido transferidos a otras instituciones” “sin mediar su consentimiento” (Cons. 133).

jurisdiccional además de revestírseles de garantías de independencia de juicio, debe insertárseles en una estructura que goce de la autonomía necesaria para asegurar aquella independencia frente a los otros poderes políticos del Estado y a los restantes grupos sociales de presión.

La propia corriente jurisprudencial recordada demuestra el acierto de nuestra afirmación, al exigir, como condición de validez de la delegación de función jurisdiccional en órganos administrativos, que éstos sean creados por ley y tengan garantizada su “independencia e imparcialidad”; es decir, que tengan una estructura y funcionalidad propia de los órganos judiciales. Claro que omite dicha corriente considerar que la imparcialidad del juez no queda suficientemente garantizada mientras no se lo instale dentro de una estructura que tenga autonomía de las que sirven a las funciones políticas del Estado y que la ubicación del órgano-persona dentro de tales estructuras jerárquicas movidas por intereses políticos, deja librada la imparcialidad del juez a sus individuales posibilidades de resistencia.

Cabe preguntarse, entonces, por los reales motivos que pueden mover al legislador para ubicar órganos, con una estructura típica de aquellos a los que se atribuye función jurisdiccional, bajo la órbita del Poder Ejecutivo y negar su instalación en el ámbito creado por la Constitución para el ejercicio de aquella particular función pública. Nuestra respuesta se articula memorando una aguda reflexión, realizada en un contexto diferente al que nos ocupa, aunque muy cercano; según ella, “el Congreso o la legislatura no pueden pretender trasladar el poder...(jurisdiccional) a la administración por la fácil vía de negarle suficientes recursos al Poder Judicial, que es el que constitucionalmente debiera ejercerlas (sic); salvo que se quiera volver, en palabra de Colmeiro, a la “bárbara edad media”⁹⁶.

Lo cierto es que, por la vía de la asignación de funciones jurisdiccionales a organismos administrativos, aunque se los revista de las garantías propias de los órganos judiciales, se pone en serio riesgo la garantía de

⁹⁶ GORDILLO, Agustín, en CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, citado, T. II, pág. 206-B.

imparcialidad de los jueces que es propia de los regímenes republicanos de gobierno. Esto es así, por cuanto la inserción de órganos con funciones jurisdiccionales en estructuras propias de organizaciones estatales con funciones políticas, priva a aquellos de la necesaria cobertura institucional que el sistema republicano de gobierno les asegura, al incorporarlos a una estructura autónoma, a la que se asigna la función, de “política judicial”, de resguardar, a los órganos que titularizan la jurisdicción, de toda injerencia, en el ejercicio de ésta, de los poderes políticos del Estado⁹⁷, y de cualquier otra especie de presión, que amenace con apartarlos de la finalidad propia de dicha función estatal, que no es otra que la de hacer concreto y eficaces los mandatos que, en abstracto, integran el ordenamiento legal del Estado.

2°. Atribución de potestades administrativas al órgano judicial.

Desde el ángulo del proceso jurisdiccional se ha puesto, también, en duda la exclusividad del ejercicio de la función jurisdiccional por los órganos integrantes del Poder Judicial, por dos diferentes vías: asignando carácter administrativo a la actividad impulsora del proceso, preparatoria de la decisión con la que se resuelve el litigio y se cierra el proceso judicial⁹⁸; y atribuyendo naturaleza administrativa a ciertas funciones que son,

⁹⁷ RIVAS denomina esta función “*Poder de autodefensa del Poder Judicial*”, señalando que ella se encuentra, en nuestro orden institucional federal, en manos de la Corte Suprema de Justicia, y recordando casos en que debió ejercerla para “impedir el menoscabo a las autoridades judiciales y avances indebidos de otros segmentos públicos sobre” el Poder Judicial (Ob. cit., págs.. 184 y 185).

⁹⁸ PALACIO, comentando las reformas introducidas por la ley 22434 al artículo 38 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, compartía los fundamentos de la reforma diciendo que, el mensaje que acompañó al proyecto de ley, estaba “en lo cierto cuando expresa que las tareas encomendadas al secretario y al oficial primero o jefe de despacho “no importan en sí mismas el ejercicio directo de la jurisdicción” ya que las providencias simples, en general, en tanto no resuelven conflicto o controversia alguna, configuran actos de sustancia administrativa y no jurisdiccional” (*El régimen de las providencias simples en la reforma procesal*, en LL 1981-C, Secc. Doctrina, pág. 1053). Enrique M. FALCÓN, distingue entre “providencias de trámite” y de “mero trámite”; respecto de estas últimas dice que “son resoluciones simples donde no se manifiesta la actividad jurisdiccional, sino el simple desarrollo del procedimiento” (TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL, COMERCIAL Y DE FAMILIA, T. III, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As. – Santa Fe, 2006, pág. 527).

tradicionalmente, propias de los órganos integrantes del Poder Judicial, titulares de la función jurisdiccional del Estado⁹⁹.

El núcleo central de toda la argumentación¹⁰⁰ que ha conducido a transitar alguna de las dos vías referidas, radica en la localización del conflicto o litigio como el objeto del proceso judicial y por tanto, la materia propia del acto jurisdiccional, sin la cual la actividad estatal que actúa el derecho con relación a un caso concreto despliega una función puramente administrativa¹⁰¹.

⁹⁹ PALACIO es quien, en nuestro país, ha defendido con mayor coherencia el carácter administrativo de la jurisdicción voluntaria, diciendo que “se trata de una función ajena al normal cometido de los jueces y tribunales de justicia, el cual consiste en la resolución de conflictos o litigios suscitados entre dos o más personas”, de donde colige que “pueden ser legalmente detraído del conocimiento de los jueces y transferido, por tanto, a organismos administrativos, sin que ello importe quebrantamiento de ninguna norma constitucional”. ARAZI critica la denominación de “jurisdicción voluntaria”, por cuanto, afirma, “no se trata de actividad jurisdiccional ya que...ésta supone la existencia de un conflicto actual o eventual y en los trámites mencionados no hay conflicto alguno que resolver sino simples peticiones hechas a los magistrados judiciales; por ello, quienes hacen esas peticiones no son propiamente partes sino peticionarios” (Ob. cit., págs. 43 y 44). FALCÓN opina que “Los sistemas llamados procesos voluntarios pueden jurisdiccionales o administrativos, pero en cualquier caso ello depende de una cuestión de política procesal, de conveniencia y no de sustancia de las instituciones en juego, de organización del Estado, o de otros elementos de esa naturaleza” (TRATADO..., cit., T. VI, 2007, pág. 15).

¹⁰⁰ No podemos aquí hacernos cargo de todos los variadísimos argumentos que ha esgrimido la doctrina para atribuir carácter administrativo a ciertas funciones que, tradicionalmente, han sido atribuidas a los jueces recibiendo el nombre de *jurisdicción voluntaria*, por ello abordamos aquí el que consideramos argumento central.

¹⁰¹ Fue Francisco CARNELUTTI el primero en enfatizar, desde un punto de vista estrictamente científico, que “en el lenguaje jurídico llamamos proceso por antonomasia a la serie de actos que se realizan para la composición del litigio”, precisando que “la noción tosca de proceso...es la de que se trata de una operación mediante la que se obtiene la composición del litigio” y que “Las diversas formas de proceso...tienen de común que mediante ellas el órgano del proceso, y precisamente el juez, regula un conflicto singular de intereses,...el *genus commune* al que pertenecen todas estas especies es el proceso *jurisdiccional*” (SISTEMA DE DERECHO PROCESAL CIVIL, trad. Sentís Melendo – Alcalá-Zamora y Castillo, T. I, págs. 49 y 177). Más tarde, desde una perspectiva diferente, aunque no menos científica, Jaime GUASP, sostenía que “El estudio de la llamada jurisdicción contenciosa agota, en realidad, toda la problemática del verdadero derecho procesal. Pues, aunque el proceso no se confunda con una contienda, la figura de la jurisdicción contenciosa encierra toda la serie de cuestiones que el instituto del proceso plantea”, habida cuenta que “allí donde no se trata de satisfacer coactivamente una pretensión procesal...de resolver un conflicto o de tutelar un derecho, contra la voluntad del que lo desconoce, no se está, ciertamente, en presencia de un verdadero proceso y, por consecuencia, en presencia de una verdadera manifestación jurisdiccional” (DERECHO PROCESAL CIVIL, 4º ed., Ed. Civitas, Madrid, 1998, pág. 733). La doctrina nacional, mayoritariamente, ha seguido la misma dirección. PALACIO, respondiendo a la influencia de los dos autores citados precedentemente, enumeraba, entre las “dos notas esenciales” que “tipifican” la jurisdicción, “La existencia de un conflicto suscitado por la incompatibilidad u oposición planteada, sea entre las posibilidades asumidas por dos o más conductas individuales, sea entre la posibilidad asumida por algún miembro de la comunidad o la situación en que éste se

Hace tiempo ya tomamos partido en esta disputa diciendo que “Es cierto que en algún momento histórico la función de juzgar se encontraba rigurosamente adherida a la decisión de los conflictos entre partes, puesto que fue ésa la primera necesidad que los hombres procuraron satisfacer a través de la delegación en un tercero del poder (natural) de defender su propio interés... Sin embargo, la realidad jurídica de nuestros tiempos nos muestra que aquella función privativa se ha visto notablemente ensanchada y el orden jurídico confía hoy a los jueces no sólo la composición de los litigios, sino, también y esencialmente, la declaración de la voluntad legislativa y hasta la producción de situaciones o relaciones jurídicas nuevas. Es así que la esencia de la jurisdicción no puede buscarse hoy en la definición del litigio”¹⁰², y agregábamos que si, por un lado, no sólo el conflicto es susceptible de integrar la materia juzgable, por el otro “tampoco puede esta función ser ejercitada en abstracto, por lo que corresponde colocar el supuesto hecho (caso concreto), respecto del cual deberá recaer la actuación de la norma legal correspondiente”, como la materia mínima que podrá someterse al ejercicio de la jurisdicción¹⁰³.

Debía corresponder a CARNELUTTI, quien se encargara de poner la *litis* como objeto exclusivo del proceso judicial, la misión de captar, desde la perspectiva de la ciencia procesal, este fenómeno, de ampliación de su horizonte, y de brindar una explicación científicamente satisfactoria de aquél. Decía el eminente jurista italiano que “*Composición de la litis*, como

encuentra, y la posibilidad proyectada por el pensamiento jurídico comunitario” (Ob. cit., pág. 253) ALVARADO VELLOSO, luego de sostener que la actividad jurisdiccional “consiste en *conectar instancias* entre dos litigantes” y admitir que los jueces “pueden realizar y realizan actividad administrativa”, afirma que solo la mayoría y no todos los actos legislados” como de jurisdicción voluntaria, tienen ese carácter, “en razón de que muchos de ellos implican un auténtico conflicto entre la sociedad como tal (o la ley) y el particular” (Ob. cit., págs.. 258, 267 y 268)

¹⁰² QUEVEDO MENDOZA, Efraín I., *Los órganos auxiliares y el ejercicio de la jurisdicción*, en J. A. 1980-111-823; y “LA JURISDICCION”, en coautoría con el Dr. Augusto M. Morello Revista de Derecho Procesal, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, número extraordinario en homenaje a J. Ramiro Podetti, PODERES Y DEBERES DEL JUEZ, pág. 187

¹⁰³ *Ibidem*. Enseña CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., que “La imposición de la existencia del caso concreto para que pueda ejercitarse la función jurisdiccional, que resulta como consecuencia de la actuación concreta del Derecho positivo, constituye una verdadera garantía de justicia para los particulares (o entidades)”, pues ese caso “no puede ser asumido directamente por el tribunal, se requiere que sea presentado por quien muestre un interés con respecto a él conforme a las previsiones del orden jurídico (legitimación), de donde surge la necesidad de la excitación introductora del caso capaz de provocar la puesta en acto de la jurisdicción” (DERECHO PROCESAL, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, t. I, pág. 226).

fin del proceso contencioso, y *prevención de la desobediencia* como fin del proceso voluntario, confluyen, pues, en el concepto de *cumplimiento de la ley* como fin del proceso en todas sus formas”; precisando que esa “fórmula...desarrolla la conocida intuición de CHIOVENDA que asigna a la jurisdicción una función sustitutiva de la actividad del particular (...); verdaderamente, el cumplimiento del juez ocupa el lugar del cumplimiento del *subditus*, que falta o amenaza con faltar, y con ello cumple el acuerdo, sin el cual no existe el derecho (...), sustituyéndose el acuerdo entre el legislador y el juez al acuerdo entre el legislador y el *subditus*”¹⁰⁴

Este enfoque nos permite incluir en la jurisdicción tanto los actos de impulso del procedimiento que realiza el juez con anterioridad a la sentencia —los que, de otra manera, quedan fuera¹⁰⁵— como los procedimientos de jurisdicción voluntaria¹⁰⁶, salvando así el esencial principio de exclusividad del ejercicio de la función jurisdiccional por órganos independientes e integrados en una estructura estatal autónoma de las que sirven a las funciones políticas del Estado, que se pondría en serio peligro si fuera posible que, en un régimen republicano de gobierno, se atribuyera a dichos órganos funciones de naturaleza administrativa, que, obviamente, no fueran aquellas que la gestión de los instrumentos materiales y humanos demandan para el ejercicio de la función.

¹⁰⁴ DERECHO Y PROCESO...,cit., pág. 76 y nota n° 45. Entre nosotros ALVARADO VELLOSO es de opinión que “la teoría -...- que más se acerca a la tipificación de la esencia de la función es la que ve en la jurisdicción una clara *sustitución de la actividad privada por la pública*” (Ob. cit., pág. 260), aunque su pensamiento se desenvuelva en dirección no coincidente con el del jurista italiano citado en el texto.

¹⁰⁵ Véase, nuestro *Los órganos auxiliares...*, citado en nota n° 102.

¹⁰⁶ Véase, nuestro LA JURISDICCIÓN, citado en nota n° 102.