

Estimados colegas CPACR.

Les acerco algunos comentarios al proyecto de Código de los Procesos.

Dado lo largo tedioso y abarcativo del Proyecto y el escaso tiempo para dar nuestra opinión, lo que hice fue hacer un pequeño comentario anexo a aquellos artículos que considere, lo merecían.

Para cerrar esta introducción y poder definir resumidamente el espíritu de este proyecto me permito citar textualmente un fallo de un juez provincial local al decir:

"Desde ya adelanto mi postura, en cuanto a que me enrolo en la escuela neoconstitucionalista, entre los que se destacan autores como Robert Alexy.

Esta escuela pregona que el derecho no es sinónimo de la ley; es decir, va más allá de esa fuente de derecho y por lo tanto se considera derecho también a los tratados de derechos humanos, a los principios y valores jurídicos- y a las fuentes clásicas, como la jurisprudencia, costumbre, doctrina-, etc.

Esta concepción, hoy es receptada por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en sus artículos 1 y 2, sin embargo ya era aceptada, con anterioridad, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Así, por ejemplo, en el caso: " Quisberth Castro, Sonia Yolanda c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo", 24/4/2012, sostuvo en sus considerando 9: " Que, conforme lo expuesto en el considerando anterior, el sistema de fuentes aplicable al caso está conformado por la Constitución Nacional, los tratados internacionales mencionados, la Constitución de la ciudad Autónoma de Buenos Aires y la legislación local dictada en consecuencia.

En efecto, el actual Código Civil y Comercial en el art. 1 dice que fuentes de derecho son: las leyes que resulten aplicables, la Constitución Nacional, los tratados de derecho humanos en que la República sea parte. Y en su art. 2 determina que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones de los tratados humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico.

Esto significa que el modelo positivista, normativista, que imperó después de la aparición del Código Civil Napoleónica, mediante el cual la interpretación jurídica consistía en la reconstrucción del pensamiento ínsito de la ley y que diera lugar para que Laurent dijera: " Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; éste no tiene ya por misión hacer el Derecho: el derecho ya está hecho"(Laurent, Coursé emenataire de Droit Civil, t.I,p9). Y que diera espacio para que Monstequieu definiera al juez como "un ser inanimado que repite palabras de la ley (Monstequieu, Del espíritu de las leyes, Claridad, Buenos Aires, 1977 p.194), quedo superado.

El modo de proceder del intérprete en esos casos, era el silogismo deductivo, en donde la premisa mayor era la ley, y la premisa menor el hecho, y la conclusión eran las consecuencias dispuestas en la misma ley. Al juez le estaba vedado entrar a formular preferencias o restricciones al caso concreto buscando un sentido de justicia.

Sin embargo, en algunos casos en que los hechos planteados se subsumen a la norma y ello conlleva a una situación extremadamente injusta, la ley no es derecho. Como bien señalara Radbruch, cuando destaca que la injusticia extrema, aunque tenga respaldo legal, no es derecho; hace que el Juez a la hora de dar la solución deba recurrir al derecho natural, principios jurídicos, equidad, derechos humanos, razonabilidad, uso alternativo, análisis consecuencialista, etc.

La presencia operativa en todo el derecho de la Constitución y, hoy del nuevo código civil y comercial, facilita que a través de la invocación de valores o principios constitucionales se desestime o invalide una norma infraconstitucional.

El viejo art. 16 del Código Civil, en materia de interpretación jurídica recurría al sistema dogmático de Savigny y el histórico de Von Ihering, en cuanto que solo se hacía hincapié en el tema gramatical y lógico; aún lo relevante era la intención del legislador. El art. 2 del Código Civil y Comercial vigente, adopta el sistema de interpretación, en el que claramente el derecho no es sinónimo de ley y donde se subraya que se tiene que tener en cuenta la finalidad de la ley, los valores y principios.

Se puede decir, entonces, que el Juez normativista y positivista solo debía conocer la norma, por lo tanto le bastaba con saber derecho positivo. Pero el Juez actual tiene que saber de principios y valores jurídicos y derecho natural; de allí que es necesario que conozca filosofía del derecho.

Ahora bien, si uno lee atentamente el art. 16 del viejo código Civil, es claro que el intérprete judicial al resolver un caso además de considerar lo gramatical de la norma tenía que ponderar la intención del legislador. Hoy, si uno observa el art. 2 del Código Civil, el Juez a la hora de la interpretación tiene que considerar las palabras de las normas, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

El cambio en materia de interpretación es abismal. De todas maneras, por más que el art. 2 del Código Civil y Comercial actual no hubiera plasmado el contenido descripto, el Juez a la hora de aplicar una norma debe considerar la Constitución Nacional, los tratados de derechos humanos y los valores y principios ontológicos que fundan todo el ordenamiento jurídico. Como bien expusiera, Robert Alexy, los principios son mandatos de optimización. Un ejemplo, el principio de la libertad de culto, es una consecuencia del principio originario de la dignidad humana.

Desde esa perspectiva daré para este caso la solución más justa”.

Pues bien, no hay duda que la comisión redactora del proyecto concuerda en un todo con la cita de esta Juez Provincial.

Sin dudas el proyecto se enrola en una alejamiento explícito del positivismo legislativo y busca la norma abierta, y la decisión subjetiva de un juez pretoriano.

Vemos a lo largo del proyecto una serie de declamaciones de derechos, que luego se ven siempre en posibilidad de ser limitados por los designios personalistas de un juez todopoderoso y con escaso control por vía de apelaciones.

Desde mi punto de vista, y en el ejercicio profesional, siempre he padecido más a los jueces autodidactas y caprichosos que a los positivistas. Aquellos jueces que se arrogan facultades legislativas son peligrosos, pero mucho más lo son los legisladores que evitando su trabajo, dictan normas abiertas, y dejan librado a la subjetividad de los jueces la decisión de lo que es justo.

Desde mi modo de ver el juez debe estar limitado objetivamente por la norma, ese el único modo de lograr un proceso judicial justo, e igualitario para las partes. Este proyecto le quita la venda de los ojos a la justicia y transforma al juez en un mediador social, otorgándoles amplísimas facultades de resolución sobre la base de parámetros personalísimos, generalistas y absolutamente subjetivos.

No obstante esta no es una discusión nueva, y por eso cerrare mi opinión citando a Aristoteles, quien ya padecía estos mismos males hace 2300 años, al

decir: *"Conviene...que...las leyes...abarquen cuanto puedan abarcar; dejando a los jueces lo menos posible...porque, atendiendo al mucho tiempo que se invierte en confeccionar una ley y el brevísimo que se emplea en juzgar, es más difícil que los jueces acierten en la administración de lo justo y conducente, sobre todo porque la mente del legislador se fija en casos generales y futuros, no en concretos y presentes; en cambio el...juez juzga sobre hechos actuales y determinados, de donde sucede que en sus simpatías o antipatías va envuelta también su propia utilidad... hay que dejar al arbitrio del Poder Judicial lo menos posible"* (citado en LEVAGGI, ABELARDO; "Historia del Derecho Penal Argentino"; Editorial Perrot, 1978)".

SALUDOS ATENTOS.