

XXVIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL
COMISION IV
JURISDICCION PREVENTIVA Y DE PROTECCION
LA TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES
AMPARO Y OTRAS VIAS
PONENCIA:
EL PRINCIPIO DE FUNCIONALIDAD CONSTITUCIONAL DEL PROCESO.

Autor: Ángel Fermín Garrote (h) (*)

3 de febrero N° 2761 piso 5° (3000) Santa Fe

Teléfonos: 0342 4599616 – 0342 155 461462

fgarrote@estudiogarrote.com.ar / estudiogarrote@gmail.com

Cuando nos posicionamos en la tarea de explicar cual es la función de la actividad judicial y con esta la del proceso como instrumento para concretarla, partimos de la preponderante intervención de un magistrado designado por el Estado para decidir caso por caso, como aplicar la ley, componiendo conflictos interpretativos de la misma y estableciendo conductas debidas para las partes.

El sistema supone la plena aplicación de los principios de imparcialidad, presunción de inocencia, efectiva y útil defensa, juez natural y otros fundamentales que comprende el debido proceso.

Ahora bien, en los tiempos que corren, dicha función encuentra correlato en la tarea preventiva y tutelar de los derechos.

Esa tutela puede exteriorizarse en diversas formas, tales como la conservativa, la innovativa y la satisfactiva, ya sea anticipada o con la sentencia de mérito.¹

En todas estas modalidades aparece presente el rol indelegable de los jueces impregnado del propósito de garantizar los principios enunciados, a la vez de aportar soluciones efectivas y útiles en el marco del denominado activismo judicial.

¹ Garrote (h), Ángel F. "El derecho procesal moderno y la tutela efectiva" en Revista del Colegio de Abogados de Santa Fe, N° 9, Diciembre de 2011, pág. 99 / 125

En otro ámbito ² hemos hablado de lo que denominamos el “principio de funcionalidad constitucional del proceso”

Lo concebimos como aquella pauta ordenatoria, emanada del plexo normativo constitucional, que impone la instrumentalidad funcional (utilidad real) de las estructuras procesales para la satisfacción de los derechos y garantías consagrados en la Carta Magna.

Apropiadas para la reflexión sobre el tema, resultan las siempre vigentes enseñanzas del maestro Calamandrei cuando sostenía que *“...ningún tema como el del proceso merece hoy la atención y el empeño de los estudiosos, porque en ningún campo como en el del proceso es posible encontrar y valorar reunidos, en su angustiosa actualidad todos los aspectos jurídicos, políticos y morales del problema central de la sociedad humana, que es el problema de la conciliación de la libertad con la justicia”* ³

Podemos entonces comprenderlo en un concepto acuñado por el maestro italiano según el cual *todas las declaraciones constitucionales son fútiles, si no existen remedios jurídicos procesales que aseguren su funcionamiento real*, teniendo presente que como recordara Mauro Cappelletti “su escuela intuyó con presteza la esencia verdadera del proceso constitucional que debe considerarse como un instrumento predominantemente dirigido a la realización de los fundamentos, de los valores supremos que concentran su principal expresión en los derechos de las libertades individuales y sociales formulados a través de normas acentuadamente “de valor” en la Carta Constitucional.

En consecuencia solo a través de lo que Capelletti ha definido como “Jurisdicción Constitucional de la libertad” por conducto de la cual las declaraciones de derechos abstractamente formuladas en la constitución pueden tomar vida y los derechos mismos de la libertad, están en aptitud de transformarse en libertad concreta y efectiva”⁴.

² “El principio de funcionalidad constitucional del proceso y los mandamientos constitucionales autónomos” en Medidas Autosatisfactivas – Segunda Edición, 2014 – Rubinzal Culzoni pág. 183 y siguientes.

³ Calamandrei, P. “Proceso y Justicia” en Estudios sobre el proceso civil, Ejea 1962, citado por Berizonce, Roberto “Derecho Procesal Civil actual” Abeledo Perrot 1999, pág. 14.

⁴ Calamandrei, Piero “Proceso y Justicia” en Estudios sobre el proceso civil, Ejea 1962, pág. 14. y “Piero Calamandrei y la defensa jurídica de la libertad” por Mauro Cappelletti en Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM – Instituto de Investigaciones Jurídicas (www.juridicas.unam.mx)

Está claro que no se trata del “principio de funcionalidad”, sistematizado por el Derecho Constitucional, que establece las condiciones de funcionamiento de la estructura de poder del Estado a partir de la división de poderes, sino al que ***impone una coherencia sistémica y funcional del derecho procesal con el derecho constitucional***.

En ese marco es función del Derecho Procesal Constitucional facilitar las estructuras procesales necesarias para preservar la supremacía constitucional y componer los conflictos constitucionales, proporcionando instrumentos eficaces para la protección jurisdiccional de la Constitución.

Hace mas de cincuenta años, el recordado Couture, resumía un conjunto de conclusiones que pueden observarse en forma paralela, tanto en el sistema del common law como en el sistema de la codificación, para asegurar al individuo la justicia que le promete la Constitución:

a) La “Teoría de la tutela constitucional del proceso” consiste en establecer en el ordenamiento jerárquico de las normas jurídicas la primacía de la Constitución Nacional sobre las formas legales o reglamentarias del proceso.

b) Las Constituciones que contienen normas que determinan la garantía de los derechos especiales de la persona humana, frente a los riesgos del proceso civil o penal, no pueden ser desconocidas directa o indirectamente por las leyes procesales.

c) La ley procesal priva de la posibilidad de accionar, de defenderse, de producir prueba, de alegar, de impugnar la sentencia, de ser juzgado por jueces idóneos, *en términos no razonables*, es inconstitucional.

d) La idea de la razonabilidad “puede determinarse en forma genérica como una relación adecuada entre el fin y los medios; o en forma específica ante las particularidades de cada caso concreto, en una casuística de muy amplia extensión”⁵

Es imprescindible destacar el rol fundamental que ha jugado el denominado “*activismo judicial*” y en la evolución de las atribuciones del Poder Judicial y en especial de la Corte Suprema jugando un protagonismo

⁵ Couture, Eduardo “El debido proceso como garantía de los Derechos Humanos” LL tomo 72 pág. 802

decisivo en los ámbitos sociales y en la incorporación de derechos ya existentes⁶

Explica Dalla Vía que siendo que el activismo judicial importa una mayor gravitación en la actividad institucional de la Corte, y que en algunos casos llega a la frontera que delimita las atribuciones de cada uno de los tres poderes del Estado, las críticas que recibe tienen apoyo en la posible afectación de la garantía de la división de poderes, y en la injerencia del Poder Judicial en ámbitos que son reservados para los restantes poderes del estado.⁷

Dicho rol se registra en los precedentes de la Corte Federal, advirtiéndose en los últimos años un notable y creciente “activismo”, por medio del cual se vienen adoptando decisiones de trascendencia e incidencia institucional y que, a su vez, exhorta a los restantes poderes del Estado para que adopten las medidas necesarias y pertinentes para la debida protección y operatividad de derechos y garantías consagrados por la Constitución, aclarándose que esta modalidad cuenta con precedentes de larga data.⁸

En síntesis, la misión constitucional que tienen nuestros jueces supone facultades aumentadas respecto de las concebidas para procesos en los que dichos conflictos no existen desde que no puede ser el proceso entra las partes una contienda donde esa función pueda quedar socavada.

Si revisamos las fuentes del Derecho Procesal y aceptamos que los principios *fundamentales* (o *fundamentos*) del proceso – léase aquellos que justifican su existencia - son la vigencia de la legalidad, la igualdad ante la ley, la posibilidad de defensa, el derecho a un juez natural y el respeto de los derechos humanos, seguramente vamos a coincidir en que los resultados que aporta la jurisdicción judicial en la actualidad son altamente insatisfactorios.

Ello así porque, si bien la organización de los Tribunales y los soportes procesales mediante los cuales se ventilan los pleitos suele ser

⁶ Sagues, Néstor “La interpretación judicial de la Constitución” Segunda Edición, Buenos Aires 2006, Editorial Lexis Nexis

⁷ Dalla Vía, Alberto “Modelos, Tribunales y sentencias constitucionales” LL año LXXIII N° 26

⁸ CSJN Fallos (Siri)

funcional a gran parte de sus operadores, lo real es que las aspiraciones sociales se ven cada vez más insatisfechas.

No debemos olvidar que es función del poder judicial asegurar que el principio de supremacía constitucional se concrete – funcionalmente - en la protección y el respeto de los derechos del pueblo.

En otras palabras, la función jurisdiccional judicial y el proceso utilizado para ejercerla – cualquiera sea su especie – existe para preservar tales fundamentos.

Ahora bien, puede decirse que en la evolución de la ciencia procesal, el orden de valoración de estos principios ha sufrido “acomodamientos” para dar a sus institutos un aceptable “calce” a la realidad de cada época.

De hecho estos son más notorios en la actualidad puesto que, el paradigma del derecho de defensa en cierto modo se ve hoy a la retaguardia de la tutela de otros derechos humanos como la vida, la salud, el bienestar.

Me animo a sostener que es de notable evidencia en la sociedad moderna que el derecho a una pronta y adecuada tutela judicial se impone recurrentemente al ejercicio del contradictorio y la bilateralidad que, lícitamente, pueden ser preservados modalizando su práctica.

La realidad nos demuestra que lo que ha dado en conceptualizarse como el ámbito procesal “de excepción” - dentro del que involucramos los métodos urgentes para las tuteles procesales “diferenciadas”, la tutela “material efectiva”, los novedosos esquemas cautelares y las medidas autosatisfactivas – se encasilla, en los tiempos que corren, en un encuadre de normalidad.

Es indiscutible hoy que, si las circunstancias lo imponen, puede – a modo de ejemplo - postergarse la etapa de debate o réplica o contradicción, priorizando temporalmente la satisfacción material de un derecho en vías de reconocimiento judicial.

La Suprema Corte, en su rol de interprete final de la constitución, ha sostenido que *“Una moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor “eficacia” de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere, y en ese marco de actuación las medidas de la naturaleza de la solicitada se*

presentan como una de las vías aptas, durante el trámite del juicio, para asegurar el adecuado servicio de justicia y evitar el riesgo de una sentencia favorable pero ineficaz por tardía.”

Y que “es de la esencia de los institutos procesales de excepción como el requerido, enfocar sus proyecciones —en tanto dure el litigio— sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque se encuentran enderezados, precisamente, a evitar la producción de perjuicios que podrían generarse en caso de inactividad del magistrado y tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en oportunidad de dictarse el fallo final, en razón de que por el transcurso del tiempo y la urgencia que requiere la tutela de los derechos en juego, sus efectos podrían resultar prácticamente inoperantes.”(...) concluyendo que “corresponde recordar que el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, lleva insita una evaluación de la amenaza inminente de los daños definitivos y del peligro de permanencia en la situación actual —aspectos ambos que resultan patentes en la causa— a fin de habilitar una resolución que, al conciliar los intereses de aquéllos, según el grado de verosimilitud, y el derecho constitucional de defensa del demandado, logre la medida necesaria y oportuna de la jurisdicción que el caso requiere, aseveración que no importa, cabe aclarar, una decisión final sobre el reclamo de los demandantes formulado en el proceso principal.” “En tales condiciones, no debería dilatarse más el tiempo todavía útil para satisfacer las expectativas de los recurrentes en punto al tratamiento de la petición cautelar, por lo que corresponde admitir la procedencia de los recursos extraordinarios interpuestos, pues media relación directa e inmediata entre lo resuelto y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas (art. 15 de la ley 48).”⁹

Ya vigente el nuevo ordenamiento civil y comercial de la nación, cabe destacar entre los lineamientos básicos que inspiraron la reforma la constitucionalización del derecho privado, estableciendo “una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado,

⁹ CSJN P. 24. XLVI. P. 37. XLVI Recursos de Hecho – “Pardo, Héctor Paulino y otro c/ Di Césare, Luis Alberto y otro s/ art. 250 del C.P.C.”)

ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina”, advirtiéndole que “puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado” y un código de la igualdad en la búsqueda de “la igualdad real, desarrollando una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables” ¹⁰

Este nuevo escenario, impone aún mas exigencia en la efectividad de las normas procesales, teniendo en cuenta la pregonada “constitucionalidad” de las normas del derecho privado.

Constituye un precepto indiscutible hoy que la Constitución Nacional y los derechos y garantías que contiene “*es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular*”.

Ello, sobre la base de la arraigada y antigua doctrina de la Corte que expresa que “*donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías*” ¹¹

Muchas constituciones provinciales lo convalidan conteniendo normas que explícitamente establecen que *los derechos fundamentales de libertad y sus garantías reconocidos por esta Constitución son directamente operativos*

¹²

¹⁰ De los fundamentos de la Comisión reformadora del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación

¹¹ CSJN Fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492

¹² Santa Fe Artículo 7. El Estado reconoce a la persona humana su eminente dignidad y todos los órganos del poder público están obligados a respetarla y protegerla. El individuo desenvuelve libremente su personalidad, ya en forma aislada, ya en forma asociada, en el ejercicio de los derechos inviolables que le competen. La persona puede siempre defender sus derechos e intereses legítimos, de cualquier naturaleza, ante los poderes públicos, de acuerdo con las leyes respectivas. Los derechos fundamentales de libertad y sus garantías reconocidos por esta Constitución son directamente operativos Córdoba Artículo 22.- Los derechos y garantías establecidos en esta Constitución son de aplicación operativa, salvo cuando sea imprescindible reglamentación legal. Buenos Aires - Artículo 20 última parte Todas las garantías precedentes son operativas. En ausencia de reglamentación, los jueces resolverán sobre la procedencia de las acciones que se promuevan, en consideración a la naturaleza de los derechos que se pretendan tutelar. Misiones Artículo 16 Tales

En este estado, nos encontramos muchas veces ante situaciones en las que pese a la elocuencia de un derecho reconocido por la Carta Magna, la protección mediante los instrumentos procesales disponibles – inclusive la acción de amparo – resultan antifuncionales o inoperantes.

Cabe nuevamente predicar la necesidad de una tutela especial en el campo constitucional, diferenciada por la utilización de un despacho judicial autosuficiente, es decir, de una decisión que satisfaga o restablezca el derecho individual o colectivo afectado – cuando su titularidad y vigencia sea evidente – y no se requiera discusión sobre su reconocimiento y posibilidad de goce.¹³

Sin lugar a dudas, ya desde mediados del siglo XX la Corte ha venido abriendo camino a la tutela diferenciada que requieren los derechos constitucionales, afirmando que *“los preceptos constitucionales tanto como la experiencia institucional del país reclaman de consuno el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas”* (“Siri”, Fallos: 239:459) y que *“es innegable, entonces, que una inteligencia dinámica del texto constitucional, superadora de una concepción pétrea de sus directivas, conlleva la posibilidad de encontrar en él los remedios adecuados para cada una de las circunstancias que está llamado a regir. En ese sentido ha observado también el Tribunal que la Constitución, que es la ley de las leyes y se halla en el cimiento de todo el orden jurídico positivo, tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempo de su*

derechos tienen plena operatividad, sin que su ejercicio pueda ser menoscabado por ausencia o insuficiencia de reglamentación.

¹³ Según un concepto de Jorge W. Peyrano “habrá tutela diferenciada cuando – excepcionalmente y a raíz de experimentar urgencias apremiantes del requirente del servicio de justicia o de las singularidades del derecho material cuya aplicación se reclama – se hubiera instrumentado un montaje procesal autónomo de cierta complejidad, portador de una pretensión principal y que cuenta con la dirección de un órgano jurisdiccional investido de facultades incrementadas e inusuales; estructura que deberá satisfacer, en la medida de lo razonable, la garantía de un debido proceso (que ampara tanto al requirente del servicio de justicia como al requerido) y que se deberá apartar, en varios aspectos y, notoriamente, de las matrices vigentes clásicas. Dicho montaje procesal deberá brindar al demandante un trato preferencial y admitir, por lo común, una legitimación activa amplia” Cuadernillo de Jornadas de Derecho Procesal en homenaje al Profesor Dr. Guillermo Jorge Enderle, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales – UNL, preparatorias del XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal).

sanción. Este avance de los principios constitucionales, que es de natural desarrollo y no de contradicción, es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la Constitución”.

“De ahí que – ha reafirmado el Superior Tribunal - la Constitución está dirigida irrevocablemente a asegurar a todos los habitantes "los beneficios de la libertad" y este propósito, que se halla en la raíz de nuestra vida como Nación, se debilita o se corrompe cuando se introducen distinciones que, directa o indirectamente, se traducen en obstáculos o postergaciones para la efectiva plenitud de los derechos ("Kot", Fallos:241:291).

El punto es que los derechos esenciales de la persona humana que garantiza la constitución nacional, ya sean estos singulares o colectivos, no pueden ser desconocidos directa o indirectamente u obstruidos en su ejercicio efectivo por las leyes procesales.

Como supo sostener Eduardo Couture “se trata, en último término, de que el derecho no quede a merced del proceso y de que puede sucumbir por la ausencia o insuficiencia de este”, dejando en claro que “La teoría de la tutela constitucional del proceso consiste en establecer en el ordenamiento jerárquico de las normas jurídicas la supremacía de la constitución sobre las formas legales o reglamentarias del proceso civil” ¹⁴

CONCLUSION – PONENCIA:

Sobre el entendimiento de los conceptos vertidos precedentemente, no caben dudas que deben configurarse estructuras procesales atípicas, comprensivas de los principios procesales fundamentales a la vez que ajustadas a la realidad de las pretensiones que sustancian, como de las necesidades o urgencias de los requirentes.

Sostenemos que, solo puede justificarse el ejercicio de la función jurisdiccional por parte del Estado, en tanto y en cuanto el proceso que la concreta y posibilita, garantice la efectiva tutela de las garantías constitucionales.

¹⁴ Couture, Eduardo ob. cit. LL tomo 72

Para ello, la función judicial, en nuestro Estado moderno, solo puede ser concebida en cuanto a su ejercicio, en una conjunción de *autoridad - servicio*.

Dicha conclusión se sostiene sobre la base de los principios antes enunciados, es decir, el de la funcionalidad constitucional del proceso, articulado con el de la directa operatividad de los derechos y garantías resguardados por la ley fundamental.

Si el amparo nació pretorianamente a partir de estas premisas y en su desenvolvimiento práctico ha desvirtuado su esencia, cabe la implementación de los ajustes necesarios o el desarrollo de institutos semejantes para que su funcionalidad constitucional sea real y efectiva.

() Profesor ordinario por concurso de Derecho Procesal I y Derecho Procesal III en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.*