

Vigo, Rodolfo L.

Apostillas iusfilosóficas sobre el derecho a la jurisdicción

Prudentia Iuris N° 73, 2012

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Vigo, R. L. (2012). Apostillas iusfilosóficas sobre el derecho a la jurisdicción [en línea], *Prudentia Iuris*, 73.
Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/apostillas-iusfilosoficas-sobre-derecho.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar fecha de consulta al final de la cita. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

APOSTILLAS IUSFILOSÓFICAS SOBRE EL DERECHO A LA JURISDICCIÓN

RODOLFO L. VIGO*

Resumen: El artículo aborda el “derecho a la jurisdicción” desde una perspectiva iusfilosófica. Para tal fin define su concepto, describe las diferentes perspectivas teóricas tales como la positiva o necesaria del realismo, la negativa y contingente del marxismo y la irrelevante del liberalismo. Luego aborda sus fundamentos, alcances y obstáculos para su ejercicio apropiado. El abordaje de estas cuestiones permite advertir que el derecho a la jurisdicción no es sólo una problemática del derecho procesal sino que constituye una pieza clave del Estado de Derecho Constitucional.

Palabras claves: Derecho a la jurisdicción – Deconstructivismo marxista – Estado de Derecho Legal – Modelo procedimental alexiano – Estado de Derecho Constitucional.

Abstract: The article approaches the “Right to Jurisdiction” from a philosophy of law’s perspective. To that purpose it defines its concept; it describes the different theoretical perspectives such as “the positive” or “the necessary” from realism, the “negative and contingent” from Marxism and “irrelevant” from the liberalism. Then it approaches its bases, scope and obstacles to its appropriate exercise. The treatment of these questions allows reminding that the “Right to Jurisdiction” is not only of Procedural Law but rather it plays a key role in the Constitutional State Law.

Key words: Right to Jurisdiction - Marxist Deconstructivism - Legal State Law - Alexian Procedural - Constitutional State Law.

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad Nacional del Litoral). Lic. en Ciencias Políticas (Universidad Nacional de Rosario). Ex Ministro de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe. Prof. Univ. Católica Argentina, Austral y Nacional del Litoral.

1. Propósito

El derecho a la jurisdicción, más allá del nombre que se utilice (como por ejemplo: tutela judicial efectiva, acceso a la justicia, entre otros), ha tenido amplia acogida en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en las últimas constituciones, por lo que abundan análisis doctrinarios, especialmente de internacionalistas, constitucionalistas y procesalistas, y también esclarecedora y avanzada jurisprudencia, no solo nacional, sino también, y principalmente, regional e internacional. Pero nuestro propósito no es insistir en esos ricos caminos, sino transitar el de nuestra especialidad académica, o sea la filosofía jurídica, aprovechando el pedido expreso de dictar una conferencia al respecto. Por eso, con mucha modestia, intentaremos simplemente glosar algunas notas del derecho a la jurisdicción desde una perspectiva teórica o iusfilosófica, que sin duda la tiene, y la tiene en abundancia. De algún modo estas notas tienen una matriz esquemática y sintética, dejando abierta la posibilidad de un desarrollo mucho más amplio. Una última observación es confesar que por supuesto nos inspiramos en una cierta filosofía jurídica, que la hemos expuesto en varias obras y que aquí también aparece, aunque no dejaremos de confrontarla con otras propuestas en ese terreno.

2. El derecho a la jurisdicción

Una caracterización sintética del mismo podría decir: que es el derecho de cualquier ciudadano o funcionario de llevar su problema jurídico ante un juez –en sentido estricto o amplio (ya Tomás de Aquino hablaba de árbitros)– para que centralmente defina el derecho o lo proteja. De algún modo, en lo que sigue iremos explicitando o enriqueciendo la definición, aunque nos gustaría ya dejar constancia de lo siguiente:

2.1. Ciudadano o funcionario: respecto a los legitimados activamente, no solo puede incoar su problema un ciudadano, sino que a veces puede presentarse el funcionario porque tiene el deber de hacerlo (por ejemplo, un fiscal) o tiene la posibilidad de hacerlo (por ejemplo, un “defensor general del pueblo”).

2.2. Atento al modo en que se ha ampliado la legitimación en los últimos tiempos es claro que ya no solo puede acceder a la justicia con un problema aquel que tiene implicado directamente un derecho subjetivo o algún “suyo” particular, sino que también por la vía de los intereses difusos, colectivos, acciones de clase, etc. se ha abierto mucho esa puerta de ingreso, y, consiguientemente, tanto ciudadanos como funcionarios pueden traer al proceso un derecho no solo individual o particular sino un derecho o algo justo comunitario.

2.3. El juez, que es el encargado de dar la respuesta al problema jurídico, puede serlo en sentido estricto, o sea aquel que ejerce uno de los poderes del Estado con su correspondiente *imperium* o la posibilidad de recurrir a la coerción, pero también podemos estar hablando de aquél que no es funcionario público (árbitro, amigable componedor, etc.) pero a quien las partes le confían la solución de su problema jurídico desde su imparcialidad.

2.4. Y en definitiva, el derecho a la jurisdicción conlleva un reclamo para que

triunfe no un interés particular (aun cuando se busque la protección de un derecho individual), sino el derecho o lo objetivamente justo (sea esto a favor de un ciudadano, de una parte de la sociedad o de toda la sociedad), pues el abogado debe tratar de convencer al juez de que es el “derecho” lo que exige que le dé la razón y no el mero interés que defiende.

3. Perspectivas teóricas sobre el derecho a la jurisdicción

Por supuesto que acerca del derecho y la función de decirlo (*iurisdictio*), en un conflicto jurídico, hay distintas y contrapuestas lecturas, así apelamos a las siguientes:

3.1. Positiva y necesaria: es esta la que de algún modo se propone por la filosofía jurídica realista clásica que promueve el derecho como instrumento de lo justo. Así tenemos el testimonio de Aristóteles cuando en el libro VI de la *Política* expresamente desarrolla una teoría tripartita de los poderes del Estado: el legislativo, el ejecutivo o de los magistrados y el judicial; incluso destaca que para ser ciudadano era “necesario participar en los tribunales o en las magistraturas”, o sea tomar parte en la administración de la justicia y participar en la asamblea que legisla y gobierna la ciudad. También recordemos del Estagirita el libro V de su *Ética a Nicómaco*, en el que escribe: “Cuando están en desacuerdo, los hombres recurren al juez, pues ir al juez es ir a la justicia; y el juez quiere ser la justicia animada” (EN 1132 a, 19-22), así el juez o dikastés es el encargado del “discernimiento de lo justo (dikaión) y de lo injusto” (EN 1134 a, 31-32). En segundo lugar y en relación con esa escuela clásica, corresponde recordar la cuestión 57 de la II-II de la *Suma Teológica*, de Tomás de Aquino, cuando al procurar responder a la pregunta por el derecho como objeto de la justicia, nos dice: “[...] este vocablo derecho originariamente se empleó para significar la misma cosa justa. Pero más tarde se derivó a denominar el arte con que se discierne qué es lo justo; después, a designar el lugar donde se otorga el derecho, como cuando se dice que alguien ‘comparece en derecho’; finalmente es llamada también derecho la sentencia dada por aquel a cuyo ministerio (*officium*) pertenece administrar (*facere*) justicia, aun cuando lo que resuelva sea inicuo”. En definitiva, desde la filosofía jurídica aludida, se visualiza al derecho y a la justicia como una dimensión intrínseca y necesaria de la vida social y política, en orden a lograr el “buen vivir” de la sociedad. Cuando hablemos de la fundamentación del derecho en estudio ampliaremos.

3.2. Negativa y contingente: más allá del antecedente de algunos de los sofistas, lo cierto es que ha sido la lectura marxista y neomarxista del derecho la que ha abordado al derecho y a los juristas en general (“ideólogos de la propiedad privada”, los llama Marx en el *Manifiesto Comunista*) como parte de la superestructura de la sociedad, puesta al servicio de los que cuentan con el dominio de los medios de producción y que, consiguientemente, explotan al resto de los ciudadanos. Por eso en la visión más ortodoxa del marxismo, la existencia del derecho y los juristas remite a la existencia de las clases sociales; por ende, cuando luego de la dictadura del proletariado se logre imponer la sociedad comunista, ya no serán necesarios ni

el derecho ni los juristas. Una es la historia de la humanidad como lucha de clases en donde el derecho resulta funcional, pero otra será la humanidad sin clases en donde el derecho pierde su razón de ser. Las actuales teorías críticas debilitan su lectura negativa sobre el derecho y los juristas, aunque potencian su rol político, y así desde esa matriz lo que corresponde es asumir la tarea de jurista con un compromiso político claro, que ya no consistirá en hacer la revolución, sino en favorecer la liberación de los oprimidos o explotados. El papel político de los juristas y los jueces es reivindicado para hacer del derecho un “uso alternativo” o un ámbito para la denuncia “deconstructiva” o “desocultadora” de la voluntad de dominio que se esconde ficticia e interesadamente en el entramado sistémico del derecho. Luego de concluir con la “indeterminación radical” del derecho (Duncan Kennedy), queda habilitado el jurista para “crear” aquella respuesta jurídica más idónea y eficaz para el campo de la disputa política o del poder. En definitiva, el derecho es una realidad que se explica totalmente desde el poder y su lucha; por ende, corresponde superar visiones ficticias, ocultadoras y no realistas que depositan ingenuamente en él finalidades intrínsecas que favorezcan a todos.

3.3. Irrelevante: la Revolución Francesa logró exitosamente instaurar un nuevo Estado al que se puede llamar “Estado de derecho legal”, que pretendió reemplazar integralmente al Estado y al derecho premoderno o del *Ancien regine*. En aquel marco el derecho era solo lo contenido en la ley, y, por ende, no había derecho antes de ella, por sobre ella, ni después de ella. Ese derecho era el fruto de una voluntad general rousseauianamente definida, por ende contaba con infalibilidad a la hora de contemplar anticipadamente la totalidad de los casos jurídicos y de brindarles a ellos la inequívoca justicia. En el “siglo de las luces” resultaba coherente postular que el derecho era deducido con abstracción y universalidad por la Diosa razón, sin necesidad de historia ni contextos. Los códigos encarnaban esa Razón jurídica por lo que a los juristas que el Estado formará en las universidades, se les exigirá memorizarlos y aplicarlos dogmáticamente. El Artículo V de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 define: “Lo que no está prohibido por la ley no debe ser estorbado” y “Nadie debe verse obligado a aquello que la ley no ordena”, y se confía plenamente en que esa declaración configurará la nueva sociedad donde regirá en plenitud –porque así lo había dispuesto la voluntad popular– la libertad, la propiedad y la seguridad. La publicación de la ley en el *Boletín Oficial* y la prohibición de invocar para su incumplimiento la ignorancia eran piezas claves en orden a contar con certeza sobre las consecuencias jurídicas de los comportamientos por asumir. El Estado de esa sociedad individualista y liberal era visto como un mal necesario, que por ende debía asumir las mínimas competencias dado que hay que dejar que opere la mano invisible del mercado. La Ley Chapelier confirmará el rechazo de todas las perturbadoras y peligrosas asociaciones que pueden afectar a la libertad. No solo el derecho empezaba y terminaba con la ley, sino que el juez en tanto “ser inanimado” y “boca de la ley” (Montesquieu) no aportaba nada al derecho y su tarea era mecánica, fácil e irrelevante. Los métodos interpretativos posibilitaban ese “desentrañamiento” de “el” sentido de la ley, y luego correspondía la aplicación al caso por medio de un silogismo deductivo. Más aún, esa tarea procuraba garantizarse con apotegmas tales como: “cuando la ley es clara, ni se interpreta”, con instituciones como el referee legislativo o con la amenaza de cometer el delito de

prevaricato para aquel juez que osara apartarse del sentido de la ley. En definitiva, lo que se promovía era el imperio exclusivo y excluyente de la seguridad jurídica y ésta absorbía cualquier exigencia de justicia, para ello bastaba lo dispuesto por la voluntad general consagrada en la ley y la aplicación dogmática y silogística en los casos por los jueces.

4. Fundamentos del derecho a la jurisdicción

No todas las teorías que reivindican al derecho y a la función judicial coinciden en su justificación, por eso trataremos en este punto de señalar algunas propuestas en ese terreno. Por supuesto, que algo sobre el tema avanzamos en el punto anterior, pero de todas maneras intentaremos una mayor precisión al respecto.

4.1. Teoría realista jurídica clásica: más allá de las discusiones que en el seno de esta teoría se han dado acerca de si Tomás de Aquino admitió o no a los derechos subjetivos, nos parece que es posible, sin violentar las claves de esa perspectiva, hablar de ellos en general y de los derechos humanos en particular (como por ejemplo lo hacen G. Kalinowski o J. Finnis). Admitidos esos derechos humanos, por supuesto que cabe la distinción entre aquellos que son determinados o creados por el derecho positivo o los que este se limita a reconocer, y en esa distinción pensamos que el derecho a la jurisdicción corresponde a los naturales. Pero a su vez, dentro de los naturales se diferencian entre primarios u originarios y los secundarios o derivados, pues en la identificación de estos se requiere el auxilio de la razón para que discursivamente se brinden razones o argumentos a favor de su existencia. Precisamente, aplicando esta lógica, podremos reconocer el derecho a la jurisdicción como un derecho natural secundario o derivado en tanto es posible identificar racionalmente fundamentos que permiten justificar la necesidad y los beneficios que aporta su reconocimiento:

a) argumento político: por el bien común, en tanto el derecho a la jurisdicción y su satisfacción aporta al logro o a la conservación del mismo. Más en concreto, la función que presta el servicio de justicia resulta decisiva en orden a la seguridad jurídica atento que por el mismo se esclarecen las situaciones jurídicas discutibles o dudosas, y consiguientemente ello aporta a la paz que nutre el “buen vivir” en la ciudad. De no existir esa instancia institucional e imparcial en la resolución de los inevitables problemas jurídicos que conlleva la vida social, la alternativa será la fuerza, el azar o el engaño; o sea, en lugar de la justicia, se abre la posibilidad para que triunfen los poderosos, los que tienen suerte o son astutos. El derecho y la función de decirlo en cada caso son instrumento y concreción de la justicia y la paz en la sociedad política;

b) argumento ético: la función jurisdiccional cumple la función de igualar el poder de los contendientes del derecho, y en buena medida esto obliga al juez a estar alerta respecto a los poderosos o a los que quieren quedarse con lo que no les corresponde; pues la existencia del derecho y de la jurisdicción están para evitar que prospere esa pretensión de injusticia y para equiparar o igualar a las partes de una sociedad. No obstante la igualdad intrínseca de los hombres, sabido es que la vida va

generando grandes diferencias contingentes, que a la hora de discernir el derecho de cada uno, no se justifica que tengan relevancia jurídica. Así principios jurídicos como el *in dubio pro reo* o el *in dubio pro operario* son prueba de esta orientación ínsita al derecho a favor de la igualdad y la dignidad humana. Pero además, al posibilitar que lo justo de cada uno sea respetado, se plasma así una exigencia ética en cuanto el bien de cada uno (individuo, parte o todo social) incluye aquello que le pertenece por justicia;

c) argumento de la practicidad del derecho: las normas tienen por objeto definir el derecho o lo justo en general, pero luego se requiere de la prudencia para proyectarlas en tiempo y espacio; o sea, hay una inercia en el derecho que busca concretarse en conductas contingentes que lo respeten o lo reintegren. Es cierto que en la sociedad se necesitan “buenos” legisladores pero también resulta imprescindible para el triunfo de la justicia la presencia de “buenos” jueces. Perteneciendo el derecho al orden práctico y no al teórico, no es algo para contemplar sino para concretarlo, y para lograr esa eficacia se requiere de la función jurisdiccional, o sea pasar del derecho de los textos al derecho de las conductas;

d) argumento histórico: un modo de justificar el servicio jurisdiccional puede ser apelar a la historia y corroborar que las sociedades no solo han reivindicado la justicia y el derecho, sino que han reconocido la importancia y el poder de decisión del mismo. En los textos que registra la humanidad más antiguos, tales como en Babilonia el *Código de Hammurabi*, el *Libro de los Muertos* en Egipto, las *Leyes de Manú* en India, el orden Tao en China, la poesía griega de Homero y Hesíodo, o el *Antiguo Testamento*, se confirma esa necesidad y conveniencia de la justicia y un derecho eficaz. Y sin ir tan lejos, fácilmente se corrobora en todo el mundo desde hace ya muchos siglos la presencia de un servicio prestado por la autoridad en orden a lograr el respeto del derecho o lo justo. Es cierto que esa institución encargada de prestar el servicio supone un instrumento o una exigencia formal que puede estar al servicio de una injusticia sustancial (por ej., el derecho nazi), por eso autores como Lon Fuller la incluyen dentro de su derecho natural formal o procesal. Pero de todas maneras, aun cuando se admita ese carácter instrumental, resulta ya constitutivo de toda organización social y política;

e) argumento antropológico: en la vida social humana se torna necesario esta tarea de señalar lo que le corresponde a cada uno y lograr que se respete, de manera que alguien no se quede con lo que no es suyo. Precisamente esa necesidad desemboca en la libertad y responsabilidad como para configurar ese servicio que presta el derecho y la justicia. La historia de la humanidad y la realidad actual confirman que, más allá de coincidencias, hay una gran variedad de sistemas jurisdiccionales, más aún, la preocupación por lograr el mejor servicio supone un permanente interés al respecto, en orden a incorporar nuevas técnicas o instrumentos de muy variada índole para alcanzarlo. Siendo una obra humana y solo humana (ni de bestias ni de dioses, como diría Aristóteles) el servicio jurisdiccional, en ella se hace patente la imaginación y la libertad responsable de aquellos que tienen la alternativa de configurar y prestar el servicio e ir mejorándolo permanentemente.

4.2. Teoría dialógica-pragmática: al hilo del giro lingüístico de la filosofía, es evidente que esa preocupación y visión centrada en el lenguaje se ha proyectado a prácticamente todos los terrenos, y el derecho no ha sido la excepción. Una de esas

versiones elaboradas desde la pragmática racional y dialógica es la de Robert Alexy, y así el autor alemán propone una teoría jurídica fuertemente apoyada en Kant y en la competencia comunicativa de Habermas. Recordemos que para el profesor de Kiel el derecho ha surgido como un sucedáneo de una triple debilidad que acompaña al diálogo. En efecto, vivir conforme a la forma de vida más universal supone para el hombre hacer afirmaciones (por ejemplo, en el terreno moral o jurídico) y al hacerlas está implícita la “pretensión de corrección” de las mismas; por ende, ello incluye la disposición a defender argumentativamente en un diálogo racional que lo afirmado es correcto, exhibiendo al interlocutor las razones que lo avalan, y contraargumentar respecto a lo sostenido por la contraparte del diálogo. Pero el diálogo implica el riesgo de prolongarse indefinidamente sin llegar a ningún resultado, también el riesgo de que lo concluido en él no sea respetado. Asimismo, los diálogos encierran la necesidad de generar instituciones de cooperación que concreten los acuerdos: por todo ello, a los fines de superar tales debilidades se apela al derecho, atento a que este ordenará y pondrá término a los diálogos, garantizará el cumplimiento de lo que ha resultado como consecuencia del diálogo, y organizará la indispensable cooperación para satisfacer exigencias morales y valiosas. Una síntesis del iter en aras de la institucionalización de la razón práctica dialógica trazada por Alexy puede ser: “[...] el carácter ideal de la teoría del discurso conduce a la necesidad de su inclusión en una teoría del Estado y del Derecho”¹ o “el discurso necesita del derecho para alcanzar la realidad, y el derecho necesita del discurso para lograr legitimidad”².

El concepto de derecho que nos propone Alexy es explícitamente no positivista en tanto incluye no solo la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social sino también la corrección material o validez ética. El derecho alexyano tiene normas (prefiere hablar de reglas: *Regeln*, que son mandatos definitivos), principios (*Prinzipien*, mandatos de optimización) y procedimientos (*Verfahren*), orientados a lograr la mejor respuesta jurídica a los casos. Recordemos la tesis alexyana de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico o moral; aquel no busca lo que es correcto absolutamente sino en el marco de un determinado sistema jurídico, por ende limitado por la ley, el precedente o la ciencia jurídica. Pero para Alexy la jurisdicción constitucional cumple un papel central en el funcionamiento del Estado de Derecho constitucional, democrático y social a punto que le adjudica un papel similar a una medicina que cure las enfermedades que pueden aparecer. Las normas pueden fallar por razón de la vaguedad del lenguaje, por la posibilidad de contradicciones entre ellas, por la ausencia de normas para algún caso y por la posibilidad de decidir contra ella en caso de “injusticia extrema”, pero para ello hay que recurrir a los principios (que no se distinguen de los valores en tanto son “contenidos morales y forma jurídica”) y a la ponderación que debe afrontar la razón práctica frente a un caso determinado.

El sistema jurídico alexyano ha sido explicado también como un “modelo procedimental en cuatro niveles”, a los que individualiza como: 1) el procedimiento del

¹ ALEXY, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, pág. 53.

² ALEXY, Robert, “La institucionalización de la razón”, en *Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, vol. 43-2000, pág. 237.

discurso práctico general (no está institucionalizado ni regulado por normas jurídicas); 2) el procedimiento de creación estatal del derecho (está institucionalizado); 3) el procedimiento del discurso jurídico (no está institucionalizado pero requiere que los juicios jurídicos resulten dentro del marco de las normas jurídicas vigentes –constitucionales y legales–, tomando en cuenta los precedentes, enmarcados en la ciencia del derecho, y correctos o racionalmente fundamentables), y 4) el procedimiento del discurso judicial (institucionalizado). También procede recordar que entre los derechos fundamentales que el profesor de Kiel reconoce están los derechos a prestaciones o acciones positivas del Estado que abarcan “desde la protección del ciudadano frente a otros ciudadanos a través de normas del derecho penal, pasando por el dictado de normas de organización y procedimiento, hasta prestaciones en dinero y en bienes”³.

La razón discursiva alexyana cuenta con una inercial capacidad para ir expandiéndose e institucionalizándose sin contratiempos hasta conformar el mejor Estado de Derecho constitucional. En el planteo alexyano –con fidelidad kantiana– se hace visible esa ausencia de referencia a la realidad y a los contextos históricos, siempre más complicados que el desarrollo de la razón. También se advierten los límites que impone el rechazo a una metafísica que confíe en la realidad o las cosas para reconocer bienes u orientaciones intrínsecas a la naturaleza humana, y en reemplazo de ellas se apela contrafácticamente a postular exigencias racionales que nunca quedarán satisfechas pero que permiten juzgar la realidad. Los derechos humanos se justifican y se imponen racionalmente a todo aquel que pretende diálogos racionales. Ese paralelismo entre la razón y la realidad conspira para una descripción y fundamentación apropiada de la función jurisdiccional, no obstante toda la importancia que termina reconociéndose a la misma.

4.3. Contractualismo: son suficientemente conocidas las explicaciones que particularmente a lo largo de los siglos XVII y XVIII se brindaron sobre el Estado y sus funciones apelando a un contrato del cual nacía la vida social. El contenido de ese contrato variaba sustancialmente entre el autoritarismo de un Hobbes y el democraticismo de un Rousseau, pero de todas maneras se contradecía la convicción aristotélica del hombre como animal social y político, y exigencias intrínsecas e indisponibles del orden social. La convicción contractualista apela a que éste es configurado según la voluntad de los contratantes, aunque en última instancia aparece la búsqueda de algunos bienes que terminan siendo meramente individuales y remitidos centralmente a la libertad.

De aquel contractualismo clásico limitémonos a recordar a Rousseau en donde la cláusula fundamental de su “contrato social” era “la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a toda la comunidad, porque dándose cada uno todo entero, la condición es igual para todos, y dándose cada uno a todos no se da a nadie en particular”, y así se deriva a una “dictadura mayoritaria ilimitada” (A. Verdross), donde la libertad es someterse totalmente a la ley creada por la voluntad general (canalizada por el Poder Legislativo) y al gobierno sólo le cabe su ejecución: “[...]”

³ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pág. 427.

el pacto social da al cuerpo político un poder absoluto sobre todos los suyos, y este mismo poder es el que, dirigido por la voluntad general, tiene como ya he dicho el nombre de soberanía”.

Esa matriz contractualista ha sido retomada en el siglo XX con mucho éxito por autores como John Rawls. La teoría moral deontológica y liberal (un “constructivismo kantiano”) del destacadísimo profesor de Harvard señala especialmente como teoría rival al “utilitarismo”. La teoría de la justicia rawlsiana (como imparcialidad, equidad o “*fairness*”) escoge como punto de partida una imaginaria posición originaria (“*original position*”) en donde personas libres, racionales, mutuamente desinteresadas e iguales, cubiertas por un “velo de ignorancia” que les impide conocer su estatus social, su inteligencia, fortaleza, capacidades, concepciones acerca del bien, etc., están decididas a cooperar en orden a definir en ese contrato original “los principios de la justicia para la estructura básica de la sociedad”⁴. Finalmente esos principios de justicia dicen: “1. Toda persona tiene igual derecho a un régimen plenamente suficiente de libertades básicas iguales, que sea compatible con un régimen similar de libertades para todos. 2. Las desigualdades sociales y económicas han de satisfacer dos condiciones. Primero, deben estar asociadas a cargos y posiciones abiertos a todos en las condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades; y, segundo, deben procurar el máximo de beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad”⁵. Destaca Rawls un “orden lexicográfico” entre aquellos principios de manera que el primero (el de la libertad) tiene prioridad sobre los restantes, y así sólo se puede pasar de uno a otro en tanto vaya quedando garantizado el inmediato anterior. Insiste el profesor norteamericano: “[...] la prioridad de la libertad significa que el primer principio de la justicia otorga a las libertades básicas [...] un estatus especial. Tienen un peso absoluto con respecto a las razones del bien público y de los valores perfeccionistas”⁶.

Los principios de justicia corresponden que sean proyectados en distintas etapas en las instituciones propias de una democracia constitucional, en ese proceso también paulatinamente se va descorriendo el velo de ignorancia. Así comienzan con un congreso constituyente en donde, dentro de los límites de los principios de justicia, establecerán un sistema relativo a los poderes constitucionales del gobierno y los derechos fundamentales de los ciudadanos. Especifica Rawls: “Una Constitución justa será un procedimiento justo dispuesto de manera que asegure un resultado justo. El procedimiento sería el proceso político regido por la Constitución, el resultado la legislación promulgada, mientras que los principios de justicia definirían un criterio independiente, tanto para el procedimiento como para el resultado”⁷. Las leyes deberán satisfacer los principios de justicia y los límites establecidos en la Constitución. Por fin: “La última etapa es la aplicación de las reglas a casos particulares, hecha por jueces y administradores, y la obediencia de las reglas por los ciudadanos en general. En esta etapa todos tienen ya acceso completo a todos los hechos”⁸.

⁴ RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pág. 24.

⁵ RAWLS, John, *Sobre las libertades*, Barcelona, Paidós, 1996, pág. 33.

⁶ *Ibid.*, pág. 37.

⁷ RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, ob. cit., pág. 189.

⁸ *Ibid.*, pág. 191.

Las críticas a la teoría de Rawls han proliferado y se han diversificado⁹; así algunos la han considerado insuficientemente liberal (por ej., Robert Nozick) y otros insuficientemente igualitaria (por ej., Ronald Dworkin, Amartya Sen y Gerald Cohen). Sin embargo, solo nos interesa destacar: a) el postular una sociedad reducida a individuos que persiguen objetivos individuales; b) un procedimentalismo que ignora la realidad; c) la prioridad de la libertad sin considerar adecuadamente las desigualdades entre los hombres; y d) no tratar suficientemente el papel de la judicatura en relación con la preservación dinámica, concreta y final de los derechos individuales y colectivos de los miembros de una sociedad. Compartimos la lúcida crítica consignada por Victoria Camps¹⁰ al afirmar: “La falta de contenidos de tales principios (de la justicia) inclina a la teoría de Rawls hacia ese utilitarismo que tanto quiere evitar”. Es que el rechazo rawlsiano al “humanismo cívico”¹¹ debilita fuertemente cualquier compromiso con los intereses generales y completos de la sociedad y el compromiso para con la eficacia de todos los derechos humanos.

4.4. Utilitarismo: sabido es que el utilitarismo no es una teoría uniforme y existen, por ende, diversas versiones. De todas maneras nosotros procuraremos no entrar en esos debates y polémicas, y más bien recurriremos a las versiones más canónicas de esa teoría, apelando especialmente a Jeremy Bentham como uno de sus fundadores, y en una de las interpretaciones más extendida y tradicional de dicho autor. Bentham rechaza el contractualismo y opta por explicar el origen de la sociedad política en el hábito de obediencia que se le presta a un soberano, por supuesto, fundado en el “principio de utilidad”, en tanto los beneficios o perjuicios que pudieran derivarse de esa situación así lo aconsejan. Explícitamente define al soberano como “toda persona o conjunto de personas a cuya voluntad una entera comunidad política se supone que está (no importa por qué causa) en una disposición de obedecer”¹². Precisamente la ley (“*mandate*”) es la expresión de la voluntad del soberano que va acompañada de castigos y recompensas, y afirma Bentham que ese mandato “puede ser cruel, puede ser antipolítico, puede ser incluso inconstitucional, pero no puede ser ilegal”¹³. No pesan sobre el soberano respecto a los súbditos, obligaciones jurídicas, sino en el mejor de los casos obligaciones morales o religiosas, en consecuencia, el mantenimiento de los compromisos que aquel asuma sólo se funda en cuestiones de conveniencia.

Bentham batalló infructuosamente contra el *common law* caracterizado por un derecho constitucional fijado judicialmente, entre otras razones porque conspiraba contra la indispensable y principalísima “seguridad” que se requiere para que se puedan administrar los beneficios y perjuicios futuros o en expectativa. El derecho (la ley, el Código o *Pannomion*) no está para proporcionar libertad, sino lo más importante es que brinde seguridad en relación con la previsibilidad y con el cálculo posible de la utilidad. El lema benthamiano de “obedecer puntualmente, censurar libremente” expresa que la libertad no puede prevalecer frente al mandato del sobe-

⁹ Cf. GARGARELLA, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Paidós, 1999.

¹⁰ CAMPS, Victoria, “Introducción” a la ob. cit. *Sobre las libertades*, pág. 24.

¹¹ Cf. RAWLS, John, *La justicia como equidad*, Paidós, 2002, pág. 193.

¹² BENTHAM, Jeremy, *Of laws in general*, Hart H. L. A. (ed.), Londres, Athlone Press, 1970, pág. 18.

¹³ *Ibid.*, pág. 16.

rano. Además de sistematicidad, claridad, unidad de la ley, ella garantiza también su completitud, de donde se deriva la irrelevancia y hasta peligrosidad que encierra la interpretación judicial, por eso, para controlar esos eventuales excesos judiciales Bentham propone medios recursivos en manos del legislador.

También fue Bentham muy crítico contra el derecho natural y los derechos humanos. En este punto recordemos que Dworkin, cuando identifica la teoría anglosajona predominante que se dedicará a combatir, explicita que los dos soportes de ella son Hart y Bentham; el primero con su reducción del derecho a un “*system of rules*”, y el segundo porque no solo critica los derechos individuales en nombre de la seguridad, sino que se resigna a aceptarlos en tanto resulten del cálculo de utilidad. En la visión de Bentham la justicia queda absorbida por la utilidad.

Por detrás de la teoría política, moral y jurídica de Bentham está su “utilitarismo”, de modo que aquella se define según este. En el utilitarismo, a la hora de explicar la conducta humana, lo decisivo es el placer y el dolor: “La naturaleza ha situado a la humanidad bajo el gobierno de dos dueños soberanos: el dolor y el placer. Sólo ellos nos indican lo que debemos hacer y determinan lo que haremos”¹⁴, por ello, esa es la clave para el soberano que debe dictar la ley.

En el marco de la teoría descripta se puede colegir que el eventual derecho a la jurisdicción y su extensión quedará condicionado al cálculo de utilidad y a la seguridad, por ende, no habría estrictamente deberes ineludibles a cargo de la autoridad o soberano, ni tampoco se podría invocar a tales fines algún hipotético requerimiento fundado en el bien común de la sociedad. Lo importante es el cálculo de placeres que se efectúe, y en función de esa mayor felicidad para el mayor número, se organizará con un peculiar contenido el servicio de justicia. Esta conclusión, en alguna medida, también podría llegar a extenderse para versiones del “análisis económico del derecho” que tampoco transigen con derechos ineludibles o conductas justas o buenas, definidas sin considerar las consecuencias y el cálculo respectivo. Para esta teoría, el derecho –al decir de Owen Fiss– queda reducido a “eficiencia” relativizando todos los valores, olvidándose así que “los valores son valores”¹⁵.

5. Alcance del derecho a la jurisdicción

Éste puede ser desagregado en los siguientes derechos:

5.1. Derecho a la jurisdicción o derecho al acceso a un proceso: se trata de la posibilidad de llevar el problema jurídico ante una institución integrativa o creada por el Estado que se encargue de resolverlo con eficacia. Hoy al hilo de la crisis de las soberanías nacionales y de la posibilidad de legitimación que tienen los ciudadanos como para reclamar a los Estados por ante tribunales internacionales o supranacionales, hay que computar a éstos y no solo a los tribunales nacionales. Esa expresión

¹⁴ BENTHAM, Jeremy, *An introduction to the principles of moral and legislation*, Hart H. L. A y Burns J. (eds.), Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 1.

¹⁵ FISS, Owen, *El derecho como razón pública*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 258.

institucional jurisdiccional por sobre las soberanías nacionales puede considerarse expresión del carácter que le reconocimos al derecho a la jurisdicción como derecho natural y universal que tiene. Reiteremos que en la satisfacción de ese derecho está en juego el bien común nacional, y por extensión, el bien de la humanidad toda.

5.2. Derecho en la jurisdicción o en el proceso: mientras que la manifestación específica del punto anterior del genérico derecho a la jurisdicción era simplemente el reconocimiento a la posibilidad de que exista un tribunal al que se le puede pedir que resuelva un problema jurídico, en la manifestación que estamos ahora considerando se trata ya de alguien que ejerció el derecho y, por ende, su caso está en manos de un tribunal imparcial e independiente. Dicho lo mismo de otra manera, el derecho a la jurisdicción puede ser considerado en “potencia”, o sea como la posibilidad de contar con tribunales a los cuales recurrir si se necesita que se resuelva un problema jurídico, pero también puede ser considerado en “acto”, o sea como esa posibilidad efectivizada, de tal modo que ya hay un juez al que se ha logrado acceder como para que considere el problema. Son dos momentos del mismo derecho, que incluso pueden ser satisfechos de manera diferente.

5.3. Derecho a medios alternativos ajustados al derecho para resolver sus dudas jurídicas: es indudable que en una sociedad respetuosa de los ciudadanos, no parece razonable prohibirles la posibilidad de confiar la resolución de sus problemas jurídicos a un órgano distinto del que pone a su disposición el Estado o la autoridad política. Se trata de los medios alternativos de solución de conflictos que por supuesto debe regular el Estado a los fines de garantizar que el servicio se preste de manera razonable, igualitaria y justa, pero que no puede impedir a los ciudadanos que puedan disponer de sus problemas y confiarlos a un medio no estatal de solución. Es interesante insistir en que ya Tomás de Aquino, cuando habla de los jueces, incluye dentro de los mismos a los árbitros.

6. Obstáculos para el ejercicio del derecho a la jurisdicción (o requisitos a cubrirse para su satisfacción apropiada)

Estamos en la hipótesis de la posibilidad de recurrir a la jurisdicción y lo que procuramos delinear en este punto es cuáles serían los obstáculos por enfrentar para que el servicio esté disponible de la mejor manera. Es obvio que los señalados obstáculos pueden ser reconstruidos como requisitos, de todas maneras la opción de hablar en uno u otro sentido tiene que ver con el modo en que se han difundido en nuestra cultura jurídica y judicial. Está claro que no basta que exista la mera posibilidad de contar con un juez para que atienda el caso, dado que tal expectativa puede ser cubierta de mejor o peor manera, y es eso lo que intentamos identificar.

6.1. La posibilidad cierta de conocer al derecho: para saber qué derechos y deberes tengo es necesario contar con la posibilidad de conocer lo que dispone el derecho positivo; si las normas se mantuvieran en secreto no existiría esa posibilidad. La exigencia de la promulgación de la norma, o sea ponerla en conocimiento de sus destinatarios para que se legitime su aplicación, está planteada con contundencia por Tomás de Aquino en la *Suma Teológica*, I-II, c.90, a.4. Incluso solo puedo identificar

cuáles son mis problemas jurídicos a partir de conocer el derecho dispuesto autoritativamente, se trata del primer momento del derecho a la jurisdicción. Resulta oportuno subrayar al respecto que no se advierte una seria y eficaz preocupación para brindar a los destinatarios la posibilidad de conocer todas las normas jurídicas, más bien existe la ficción del *Boletín Oficial* que solo cubre una parte de aquellas. Sin embargo, afirma la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano, aprobada por la Cumbre Judicial Iberoamericana en el año 2002: “Todas las personas tienen derecho a conocer el contenido actualizado de las leyes de su Estado y de la normativa internacional mediante un sistema electrónico de datos fácilmente accesible”.

6.2. Contar con posible asesoramiento jurídico idóneo: al margen de que quede garantizada la publicidad eficiente del derecho, está claro que luego hay que interpretarlo como para poder establecer cuáles son los derechos y los deberes que del mismo se infieren, y para ello, están los profesionales del derecho que tienen el monopolio de prestar ese servicio a los ciudadanos cuando ellos tengan dudas o problemas jurídicos. El derecho a la jurisdicción debe comprender ese recurso para que se puedan dilucidar las dudas jurídicas y se pueda decidir si conviene o no finalmente llevar el problema ante los tribunales

6.3. Cercanía geográfica: es muy importante no solo contar tanto con la posibilidad de conocer lo que dispone el derecho como el asesoramiento jurídico, sino también que resulte geográficamente accesible el acceso a la justicia. Para decirlo negativamente: si solo se puede llegar a los tribunales recorriendo amplias y complicadas distancias, el derecho de acceder a los tribunales se torna meramente abstracto. La justicia debe acercarse espacialmente a los eventuales interesados de llegar a la misma, de lo contrario el derecho a la jurisdicción se torna difícil de ser ejercido.

6.4. Acceso comunicacional lingüístico: también a los fines del ejercicio del derecho a la jurisdicción resulta necesario que el eventual interesado pueda recurrir a llevar su problema jurídico usando el lenguaje que habla, de lo contrario es evidente que se perturba significativamente la defensa material de su derecho. Es responsabilidad de la autoridad política o estatal ofrecer al ciudadano, que ejerce su derecho natural a la jurisdicción, que pueda comunicarse por medio del lenguaje que domina y se le posibilite explicitar sus planteos jurídicos del mejor modo.

6.5. Superando obstáculos culturales: además del problema del lenguaje que puede interferir en el ejercicio del derecho a la jurisdicción, están también elementos constitutivos de la cultura del que lo pretende ejercer (por ejemplo, vestimenta, adornos personales, etc.) que pueden ser igualmente obstáculos significativos al respecto. De ese modo es preciso arbitrar mecanismos e interlocutores que permitan superar o neutralizar esas distancias que pueden darse entre el ámbito jurisdiccional y el que intenta acceder al mismo.

6.6. Gratuito o sin trabas económicas insalvables: por supuesto que el costo económico del acceso a la justicia es otro de los obstáculos habituales señalados a tales fines. Es que si se admite que allí está implicado un derecho natural universal, pareciera fácil concluir sobre la gratuidad de su ejercicio, o al menos establecer un sistema que obligue a un eventual pago que resulte posible de asumir por el interesado. Sin duda que imponer trámites para acreditar insolvencia, aun cuando resul-

ten razonables, puede generar un efecto indeseado de alejar al que quiere acceder a la justicia.

6.7. Acceso sencillo para todos los problemas jurídicos: en general nuestros sistemas jurídicos y procesales de raigambre continental europea han sido pensados para receptor grandes problemas jurídicos y con exagerado formalismo, de ese modo resulta complicado y oneroso intentar llevar a ante los tribunales ciertos problemas, especialmente aquellos de escasa significación económica. Estos, aunque desde una mirada objetiva o institucional no se visualicen importantes, sin embargo, resultan significativos para la buena vida social y el ánimo de los interesados. De ese modo resulta imperioso alentar a que existan sistemas judiciales lo más informales posibles y especiales para absorber fácilmente las pequeñas causas.

7. Requisitos para el ejercicio del derecho en la jurisdicción o en el proceso

Siguiendo el iter trazado nos toca ahora analizar no el derecho a la jurisdicción como posibilidad, sino contemplar la situación de aquel que ya lo ha ejercido, o sea los requisitos que pueden delimitarse para que el proceso a través del cual se tramitará su causa jurídica sea el más apropiado o razonable.

7.1. Que el caso sea jurídico: la disolución o pérdida de una ética social extendida y vigente provoca que el derecho tenga que hacerse cargo de problemas que antes eran confiados a la ética social. Así nos puede sorprender una causa en la que una hija demanda judicialmente para que el juez le imponga a su padre que la ame y realice los comportamientos respectivos. Más allá de esa situación real, cabe la reflexión sobre qué conflicto social puede ser admitido en tribunales, y al respecto recordemos que en la visión de Aquino las deudas sociales (que alguien tenía para con otro) eran deudas de justicia, pero éstas podían distinguirse entre deudas morales de justicia y deudas jurídicas de justicia, las características de las últimas es que podían saldarse (ello no ocurría, por ejemplo, respecto a las deudas de un hijo para con los padres) y podía efectivizarse la satisfacción de la deuda por medio de la coerción (por ej.: no hay agradecimiento real por medio de la fuerza ejercida sobre el que agradece).

7.2. Integración apropiada del proceso: una vez iniciado el proceso corresponde que a todos los interesados en el problema y en su resolución se les brinde la oportunidad de intervenir en él, y a tales fines deben ser notificados en debida forma. A este respecto, importa destacar las debilidades que representan los recursos tradicionales de la notificación por medio de un diario oficial o el colocar la cédula en la puerta de ingreso del domicilio en caso de no ser atendido por nadie; en lo que queremos insistir es en la necesidad de arbitrar medios más eficaces para notificar a eventuales destinatarios, los que hoy están fácilmente disponibles para quien se lo propone. Al respecto, y colateralmente, corresponde destacar los progresos que ha habido en orden a superar visiones procesales formalistas tradicionales, las que se han concretado también en el terreno de la legitimación y la integración de las partes en el proceso.

7.3. Un proceso sencillo y al servicio de las personas: también son visibles y

concretos los esfuerzos que se han promovido desde la doctrina procesalista para simplificar los procesos, posibilitando su flexible adaptación a las peculiaridades de los casos. Por supuesto que se requiere dotar al proceso de ciertas exigencias formales, pero no puede perderse de vista que lo decisivo es el problema y su justa resolución; de ahí que cierto pragmatismo resulte razonable, como el rechazo a un ritualismo excesivo y contemplar diversidad de procesos. La sencillez del proceso supone que las partes lo entiendan y que no se incluyan rígidas, generales o formalistas exigencias, que solo habiliten a abogados entendidos en ciertos secretos y habilidades procesales capaces de hacer triunfar causas contra la verdad y la justicia. En la ya mencionada Carta de Derechos se insiste en que los actos de comunicación procesales “contengan términos sencillos y comprensibles, evitándose el uso de elementos intimidatorios innecesarios”; que “todas las personas tienen derecho a que su comparecencia personal ante un órgano de la administración de justicia resulte lo menos gravosa posible” y que “las dependencias judiciales accesibles al público deberán reunir las condiciones y los servicios necesarios para asegurar una correcta atención a la persona”.

7.4. Ágil y tecnológicamente adecuado: en consonancia con lo anterior, y con la consolidada y evidente máxima de que la justicia tardía no es justicia. Un problema generalizado en los servicios de justicia es procurar que los procesos no se dilaten innecesariamente, y que esté presente en la regulación normativa del proceso como en el desarrollo del mismo, el aliento para que la resolución al problema jurídico llegue lo antes posible. Una vez más, si acudimos a la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia, se establecen varias previsiones en materia de agilidad procesal, así por ejemplo: “Todas las personas tienen derecho a una tramitación ágil de los asuntos que los afecten, que deberán resolverse dentro del plazo legal y a conocer, en su caso, el motivo concreto del retraso. Las autoridades judiciales competentes elaborarán un programa de previsiones con la duración debida de los distintos procedimientos en todos los órdenes jurisdiccionales, al cual se dará una amplia difusión pública” y “Todas las personas tienen derecho a comunicarse con los órganos jurisdiccionales a través del correo electrónico, videoconferencia y otros medios telemáticos [...] Los documentos emitidos por los órganos jurisdiccionales y por los particulares a través de medios electrónicos y telemáticos, en soportes de cualquier naturaleza, tendrán plena validez y eficacia siempre que quede acreditada su integridad y autenticidad [...]”.

7.5. En el que predomine la buena fe: como es sabido el derecho es un mínimo de la ética, pero para que esta triunfe no solo se requerirá de la colaboración o voluntariedad de los destinatarios, sino también de la vigilancia del juez dispuesto a sancionar en los casos que compruebe conductas indebidas. En esta indispensable exigencia de la buena fe es importante el compromiso del juez pero también de los Colegios Profesionales y las Facultades de Derecho en orden a avalar la enseñanza, importancia y eficacia de la ética. La vocación juricista que acompañó al Estado de Derecho Legal no fue una buena matriz para asumir lo que estuviera fuera de las normas jurídicas; pero en los tiempos actuales, la ética profesional recupera el ineludible espacio que le corresponde en relación a formar integralmente a los juristas y a promover una práctica profesional correcta. Ésta no se dará espontáneamente, sino que requiere de instituciones que la posibiliten y del incómodo compromiso de

la autoridad judicial para con las partes, abogados y demás auxiliares que actúan contra la ética.

7.6. Razonablemente igualitario: es cierto que no todos los procesos son exactamente iguales, e incluso en algunos casos rigen principios que pueden favorecer a una de las partes (pensemos en el penal o en el laboral), pero en orden a su justificación existen consolidadas razones axiológicas que los avalan. Esas particularidades resultan compatibles con una de las más claras exigencias del debido proceso, como lo es el de la igualdad de las partes, y según éste deben atribuirse a las mismas una cierta paridad en los derechos y deberes procesales. Por supuesto que esta declaración formal puede tener diferentes proyecciones reales, como por ejemplo en el terreno de las idoneidades profesionales y los medios disponibles por los abogados; sin embargo, más allá de esas realidades, se pretende que el proceso y el juez garanticen una razonable paridad a las partes para cumplir su rol fundamental, que no es otro que centralmente argumentar y probar aquello que favorece sus pretensiones. Una aval de esa preocupación realista en relación a las partes es que la misma Carta de Derecho ya aludida habla de “una justicia que protege a los más débiles”, también a “las poblaciones indígenas”, al “niño o el adolescente”, a las “personas con discapacidades”, etc.

7.7. Contradictorio o dialéctico: el proceso judicial debe traducirse en una cierta dialéctica o controversia, en donde a las afirmaciones y prueba de una de las partes, corresponde que se le brinde a la contraparte la posibilidad de contraargumentar y ofrecer la prueba respectiva. Además, el juez debe estar atento a esa controversia no solo para mantenerla en sus límites, sino para ir decidiendo en función de lo aducido en ella. En la controversia hay reglas y no es que todo vale, así por ejemplo no vale la falta de respeto, la mentira, las intimidaciones, etc. Por otro lado, frente a las visiones privatistas del proceso que requerían del juez un rol pasivo de convidado de piedra, hoy se insiste en el carácter público del mismo y en que su finalidad no es ejecutar la ley o la paz, sino la justicia que se dice por medio del juez.

7.8. Posibilidad de ofrecer pruebas, producirlas y controlarlas: es esta otra evidente e intrínseca exigencia de un proceso correcto o racional. Se trata de que las partes tengan la oportunidad, lo más informal y amplia posible, como para ofrecer, producir pruebas pertinentes y controlarlas. El sentido que se le reconoce al proceso justifica respuestas como: la tesis de la llamada prueba dinámica de las partes, que implica que el que está en mejores condiciones de probar, debe hacerlo, y no puede negarse injustificadamente; que el juez apele y valore las conductas procesales de las partes dentro de la prueba disponible; el esfuerzo institucional para igualar a las partes en orden a que las limitaciones económicas no desigalen la capacidad probatoria de las mismas, etc. El papel de la verdad (según la teoría de la correspondencia) como condición de la justicia, superando la difundida división entre verdad formal y verdad real, ha sido destacado suficientemente por procesalistas actuales como Michele Taruffo, y la “verdad” exige que el juez no la pierda de vista si pretende ser justo.

7.9. Sin exigencias económicas insalvables para las partes: las trabas económicas no solo pueden aparecer al intentar ingresar a la justicia, sino con posterioridad y hasta la sentencia definitiva. En efecto, un punto muy importante al respecto es el principio de *solve et repete*, que conforme a su interpretación extrema se hace nece-

sario el cumplimiento o depósito de lo condenado económicamente en la sentencia, y sin duda que ello puede ser un obstáculo insalvable que aborte el propósito de recurrir la decisión desfavorable. Aquí se plantea también el tema de si es razonable pagar por un servicio como el de la justicia, y lo que parece claro es que, en la peor hipótesis, ello debe ser en una medida absorbible por el interesado de manera que no lo prive del ejercicio pleno del derecho a la jurisdicción completa.

7.10. Público: quizás, para poner de relieve la importancia de esta exigencia, sea conveniente hablar en negativo, pues sería manifiestamente contraintuitivo – desde un Estado constitucional y democrático– pensar en un proceso acerca del cual las partes sólo conocen sus propias actuaciones y la ciudadanía nada puede conocer sobre el mismo. Es que el servicio de justicia es un servicio que se presta a los ciudadanos en orden al campo del derecho, y por ende, en aras del bien común. La tarea propia de dilucidar lo suyo de cada uno interesa a los ciudadanos implicados, pero también a todos; pues el orden social requiere de esas definiciones. La Carta de Derecho aludida con el título de “Una justicia transparente” indica: “Todas las personas tienen derecho a recibir información general y actualizada sobre el funcionamiento de los juzgados y tribunales y sobre las características y requisitos genéricos de los distintos procedimientos judiciales [...] Todas las personas tienen derecho a recibir información transparente sobre el estado, la actividad y los asuntos tramitados y pendientes de todos los órganos jurisdiccionales si así los solicitan [...] Todas las personas tienen derecho a conocer el contenido y estado de los procesos en los que tenga interés legítimo de acuerdo con lo dispuesto en las leyes procesales. Los interesados tendrán acceso a los documentos, libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservados [...]”. Por supuesto que la genérica publicidad del proceso tiene algunas restricciones y límites que resultan procedentes en función de los objetivos valiosos y racionales que las respaldan, como por ejemplo en función de menores.

7.11. *Non bis in idem*: este principio busca proteger para que nadie pueda ser juzgado por el mismo hecho dos veces, pero a tales fines se exige identidad de persona (*idem personam*), identidad de objeto (*idem re*) e identidad de causa de juzgamiento (*idem causa petendi*); en consecuencia, está claro que la misma conducta sí puede ser analizada y juzgada desde regulaciones distintas y objetivos distintos, como cuando típicamente se acumulan las responsabilidades civil y penal. A veces se observa una visión demasiado abarcativa de este justificado principio que impide un juzgamiento completo de lo que se ha hecho, y consiguientemente, se abortan los beneficios o las consecuencias promovidos e implícitos en cada una de las diferentes responsabilidades.

7.12. Con un juez: sin perjuicio de que más adelante hablaremos de este personaje central y responsable final, está claro que sobre él pesa la responsabilidad principal y final para que el proceso se desarrolle de manera adecuada. Limitémos ahora a consignar que es exigible que el proceso donde está radicada la causa tenga un juez competente “natural” o predeterminadamente establecido, y además el mismo debe en todo momento procurar ser y parecer independiente, imparcial, racional, capacitado, honesto, cortés, confiable, reservado, decoroso, valiente, responsable, preocupado por la verdad y la justicia.

8. La solución jurisdiccional

El objeto del proceso es una pregunta o una controversia que el juez debe responder o resolver con justicia por medio del derecho; es esa respuesta o resolución el fin que justifica al mismo. Pero es evidente que no toda respuesta es igualmente correcta o apropiada, por eso, en el presente punto nos proponemos analizar sucintamente algunas alternativas básicas y consignar nuestras preferencias teóricas.

8.1. Desde la ley o desde el derecho: en el Estado de Derecho Legal al juez se le exigía que resolviera su caso aplicando silogísticamente la norma legal, pero en tiempos del Estado de Derecho Constitucional, donde ya la ley no es lo mismo que el derecho, lo que se pretende es que el juez diga argumentativamente el derecho para el caso. En realidad, el juez prácticamente nunca aplica alguna norma aislada, sino que en cada sentencia está presente la totalidad del derecho vigente; de ese modo y recurriendo a una metáfora de Cossio, podemos decir que el derecho como una esfera se apoya en cada sentencia en un punto, pero sobre este descansa el peso de la totalidad de la esfera. En tiempos del “desbordamiento de las fuentes del derecho” (Pérez Luño) sobre todo importa destacar la responsabilidad del juez para con los derechos humanos, y éstos se presentan al derecho –según teorías como Alexy o Dworkin– con la forma de principios.

8.2. Inmotivada o motivada: en la decisión judicial no siempre se auspició o permitió la motivación de la misma, pues se pensaba que con ella se abrían muchas discusiones que de no existir quedaban clausuradas y se facilitaba la autoridad y el respeto a lo dispuesto judicialmente. De todas maneras, claramente hoy está absolutamente consolidada la exigencia de que la decisión debe contar con argumentos que la expliquen y justifiquen, incluso se ha señalado con acierto que si la sentencia ha decidido bien pero argumentado mal, debe ser invalidada, atento a que ello refleja que no se ha razonado o se lo ha hecho lógicamente mal. Sintetizando alternativas pareciera que puede hablarse de justificación o motivación en un cuádruple sentido: a) formal: de algún modo el silogismo subsuntivo era expresión de una justificación meramente formal en tanto las reglas del mismo garantizaban la corrección de la sentencia; b) procedimental: más allá de que esta puede ser asimilada con la anterior, queremos distinguirla en función de los esfuerzos por reivindicar una razón práctica (no teórica o lógica-formal) que en la medida que respeta ciertas reglas establecidas por la razón que configuran un procedimiento o camino, se logra al cabo del mismo una respuesta correcta; c) sustancial: las propuestas iusnaturalistas insisten en los contenidos a los que deben ajustarse las respuestas si se pretenden correctas, por eso aquellos están antes de cualquier debate o procedimiento; y d) retórico: al margen de respetar el procedimiento que conduce a la respuesta y que esta se ajuste en su contenido a lo establecido por la razón práctica sustancial, existe la posibilidad de decirlo o no de una manera persuasiva, y aquí aparece la recuperada retórica en tanto ciencia y arte de la persuasión, la que resulta muy importante no solo para la tarea abogadil en general, sino en la judicial en particular. Sin perjuicio de postular una decisión que cubra las cuatro dimensiones de exigencias, no podemos ignorar que persisten en los sistemas procesales decisiones que se adoptan sin mostrar sus justificaciones, caso típico es el *wright of certiorari*, pero más allá de los motivos que

se aducen en su respaldo (cantidad o celeridad en el trabajo), nos parecen totalmente desaconsejables.

8.3. Revisable o no: también en los sistemas procesales no siempre se ha previsto la posibilidad de que el perdedor pueda interponer recursos orientados a obtener la revisión –total o parcial– de la sentencia. Incluso se han previsto instancias colegiadas que en razón de esa pluralidad de jueces no habilitaban recursos ordinarios contra las respectivas sentencias. No obstante esos antecedentes y la persistencia de los mismos, nos parece que se ha ido consolidando la alternativa de la doble instancia, especialmente en el campo penal. Principalmente en este último terreno, las líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han sido fuertemente promotoras de la doble instancia. En favor de la revisabilidad de las sentencias se argumenta que es un modo de reducir el humano riesgo del error al fallar, en tanto se habilitan distintas instancias y jueces para analizar y resolver las mismas cuestiones. Seguramente desde el punto de vista de los usuarios la alternativa de contar con más de una instancia abona a favor de la mayor confianza en el servicio, en tanto se amplía la posibilidad de revisar respuestas y no de limitarnos a una sola.

8.4. Elección irracional o racional de la solución: aunque pueda resultar extraña esa alternativa, con ella se apunta a que hay importantes teorías que entienden que la elección que hace un juez dentro de las soluciones disponibles en el derecho, es irracional o volitiva. Tal es el caso de Kelsen, quien explícitamente reconoce que el acto de interpretación no es de “conocimiento” sino de “voluntad”, y la justificación de esa propuesta es que se niega la existencia de una razón práctica, y por ende, no hay posibilidad de que el juez elija en materia de conductas humanas por medio de la razón, sino que ese es el campo de las emociones o la irracionalidad. Por supuesto que se trata de una propuesta teórica, pues no es fácil suponer que un juez la asuma en la realidad, dado que ello le provocaría serias objeciones fundadas y problemas personales e institucionales. Frente a esa propuesta irracionalista hoy parecieran extenderse alternativas que reivindican la razón práctica en el juez, y, en consecuencia, se pretende que este decida con argumentos y razones que resulten suficientes e idóneos como para validar su resolución. Es evidente que si no hay razones en lo que se decidió, resulta imposible la alternativa de la aceptación racional y la del cuestionamiento y la eventual revisión, pues todo se reduce a que triunfe la irracionalidad de la instancia última.

8.5. Cosa juzgada absoluta o con excepciones: el proceso no solo se orienta a que en algún momento concluya con una sentencia, sino que además se pretende que la misma quede consolidada o firme. La institución de la cosa juzgada está suficientemente afirmada y extendida, incluso se enseña tradicionalmente que ella tiene la capacidad de purgar aun los vicios de orden público. Sin embargo, ese carácter absoluto y dogmático ha ido debilitándose, y hoy se abren diferentes caminos orientados a generar excepciones a la cosa juzgada. En general, ellas se justifican cuando lo decidido no solo es fruto de un proceso viciado, sino también cuando la misma sentencia resulta gravemente absurda racional o axiológicamente. Por sobre la indispensable seguridad jurídica a la que busca satisfacer la cosa juzgada, pareciera que ella debe ceder cuando el costo desde la justicia o la razón resultan extremos y evidentes. Hay límites morales o racionales para el derecho en general, y ellos también rigen respecto a decisiones judiciales.

8.6. Revisión integral de la sentencia o solo del derecho: aun cuando pudiera entenderse que ya hemos tratado este punto en 8.3, solo queremos insistir que allá se trataba de si se revisaba o no la sentencia, y aquí lo que discutimos es el alcance de esa revisión, en concreto, si va a aceptarse respecto a toda la sentencia o solo alguna parte de la misma. Advirtamos que en el marco del Estado de Derecho Legal se arbitraron recursos especiales, como el de la casación, que se circunscribía a las cuestiones de derecho y se excluían las cuestiones de hecho, pero el tiempo demostró las dificultades de esa forzada distinción, y por eso hoy parece afirmarse la propuesta de una revisión integral. La tesis de un control solo sobre el derecho tenía que ver con la pretensión universalista que acompañaba a la ley decimonónica y con la escasa atención que el paradigma positivista le prestó a los hechos, pero también se potenciaba esa alternativa con la idea de que el juez decidía sobre la base de una “íntima convicción”; por ende, no cabía la posibilidad de una revisión atento a que no se exponían las razones en respaldo del juicio. Pero hoy se encuentra consolidada la exigencia de que el juez debe motivar también los juicios en materia fáctica, y lo que no se puede justificar racionalmente no puede ser elemento de decisión.

8.7. Eficaz, sin eficacia o débil eficacia: por supuesto que no todo termina una vez que ha decidido el juez, pues lo que luego se pretende es que ello resulte eficaz, o sea se ejecute. Al margen de la responsabilidad y voluntad de los destinatarios de la sentencia como para lograr su cumplimiento, es imprescindible que el juez cuente con los medios y las competencias indispensables como para garantizar el respeto de su decisión. La importancia de ese momento posterior y particular a la sentencia, la revelan los jueces de ejecución penal que van arbitrando medidas orientadas a que la decisión se cumpla del mejor modo, o sea computando todos los valores en juego. Al margen de esas particularidades, los jueces tienen que tener medios para forzar voluntades resistentes al cumplimiento de sus sentencias, ello especialmente en el campo de los otros poderes públicos. Una sentencia ineficaz es “inutiliter data”, pero esa eficacia puede no solo ser graduable, sino también es posible arbitrar cumplimientos sustitutos.

8.8. Generadora de responsabilidades: la Carta a Derechos de las Personas en Iberoamérica contempla expresamente: “[...] todas las personas tienen derecho a formular reclamaciones, quejas o sugerencias relativas al incorrecto funcionamiento de la Administración de Justicia, así como a recibir respuesta a las mismas con la mayor celeridad y, en todo caso, dentro del plazo que legalmente se establezca”; y “Todas las personas tienen derecho de acuerdo con arreglo a la normativa interna a exigir responsabilidades por error judicial o por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Las reclamaciones indemnizatorias se tramitarán con preferencia y celeridad”. Al margen de esas previsiones puede señalarse que pesan sobre el juez diferentes responsabilidades, a saber: civil, penal, administrativa, internacional, científica, gerencial, social y ética.

8.9. Lenguaje corriente o técnico: aquí también se reitera, quizás de una manera todavía más contundente, la pregunta acerca del tipo de lenguaje con el que debe expresarse el juez en su sentencia. Recordemos que los lenguajes usados por los juristas son hasta cuatro: a) científico jurídico: aquellas expresiones inventadas o asumidas monopólicamente por los juristas, tales como enfiteusis, hipoteca, etc., de modo que si alguien pretende emplearlas debe recurrir al significado típicamen-

te jurídico; b) juridizado: aquellas expresiones del lenguaje corriente a las que los juristas le han asignado un significado específico, por ejemplo: persona, cosa, etc.; c) científico no jurídico: el provisto desde afuera del derecho pero que se usa en este, como por ejemplo: ADN, rectángulo, etc. y d) corriente o común: es el lenguaje del ciudadano común que no requiere ningún conocimiento especial para ser entendido. Nos parece que en la cultura jurídica decimonónica se auspiciaba el lenguaje científico jurídico, pero hoy es indiscutible que se reclama a los juristas que su discurso se canalice todo lo posible a través del lenguaje corriente en tanto está dirigido privilegiadamente a las partes. En la Carta de Derecho se reitera esa orientación: “Todas las personas tienen derecho a que los actos de comunicación contengan términos sencillos y comprensibles [...]”; y “Todas las personas tienen derecho a que en las vistas y comparecencias se utilice un lenguaje que, respetando las exigencias técnicas necesarias, resulte comprensible para todos los que no sean especialistas en derecho”.

9. El juez

Más allá de lo que pudimos precisar respecto de este responsable central para que el derecho a la jurisdicción se preste adecuadamente, quisiéramos ahora sólo consignar las idoneidades que hoy se requieren para aquel que pretende asumir la función judicial. Al hilo del sucinto detalle de las mismas quedarán al descubierto las exigencias que hoy debe procurar satisfacer un juez, muy alejadas de las que se pretendió en el Estado de Derecho Legal, donde solo se requería que conociera acriticamente de la ley, dado que su tarea era decirla en cada caso. Somos conscientes de que no basta que la función judicial sea encomendada a las personas que estén en condiciones de ejercerla adecuadamente, como para que ello automáticamente acaezca en la realidad, pues por sobre posibilidades y propósitos personales están los factores institucionales que perturban o imposibilitan a los mismos. En este sentido, sabemos la incidencia que al respecto puede llegar a tener un presupuesto judicial insuficiente, una sobrecarga de trabajo, la ausencia del personal auxiliar necesario y competente, estabilidad en el cargo, la intangibilidad salarial, una adecuada seguridad social, la presión política fuerte y persistente, etc. Pero estas dificultades que objetivamente perturbarán la normal prestación del servicio serán más o menos eficaces en esa función negativa a tenor de la mayor o menor idoneidad judicial del responsable del servicio. Con las limitaciones señaladas indiquemos las siguientes idoneidades:

9.1. Idoneidad física: es evidente la relación que existe entre el trabajo y sus requerimientos físicos, de modo que hay ciertos estados en este terreno que se constituyen en obstáculos insuperables como para una prestación adecuada del servicio profesional. Así un juez de segunda instancia normalmente debe permanecer buena parte de su tiempo sentado leyendo expedientes, un juez de menores seguramente tiene que mantener permanentes desplazamientos físicos, un juez de ejecución penal tiene que observar y valorar atentamente las instalaciones en las que se encuentra el detenido, etc. Esos ejemplos sirven solamente para poner de relieve que el físico

del juez y su estado se ponen en juego a la hora del servicio, de manera que ciertas debilidades o ausencias afectan significativamente su calidad.

9.2. Idoneidad psicológica: el trabajo judicial requiere de personas psicológicamente normales, pero además en condiciones de afrontar requerimientos especiales. En efecto, las responsabilidades que pesan sobre el juez, como el tipo de relaciones que se entretienen en su función, implica que no es un trabajo que psicológicamente lo pueda asumir cualquiera. Equilibrio, firmeza, moderación, integridad, paciencia, madurez, etc. son algunas de las cualidades genéricamente exigidas por un juez y que la psicología debe intentar verificar su existencia en aquellos que son candidatos para desempeñarse en ese cargo. Por escuelas diferentes que haya en psicología, seguramente hay patologías pacíficamente aceptadas por ellas, y que se constituyen en obstáculos insalvables para el ejercicio regular y adecuado del servicio judicial.

9.3. Idoneidad científica: que el juez conozca el derecho es un requerimiento tradicional y constitutivo, más allá de a dónde tiene que ir a aprenderlo o buscarlo. No es la única idoneidad, pero es una ineludible. No está de más insistir en que los planes en la formación del grado o de las licenciaturas en derecho de nuestras Facultades, configurados después de la codificación, resultan hoy manifiestamente insuficientes. Es que el Estado de Derecho actual con la operatividad reconocida a la Constitución y a los derechos humanos supone una amplia transformación en la realidad del derecho y en lo que se requiere para operarlo. Materias como argumentación jurídica, principios jurídicos, derecho comparado, jurisprudencia de los tribunales regionales o internacionales, etc. no cuentan con suficiente espacio en la carrera habitual de abogacía, no obstante la relevancia transversal que tienen en la realidad.

9.4. Idoneidad prudencial (aplicativa, resolutoria o determinativa): el juez no está para enseñar el derecho sino para decirlo correcta y justamente en cada caso, de ahí que el conocimiento del mismo no sea garantía de su apropiada aplicación. Es indiscutible que la formación de nuestras Facultades de Derecho privilegia la dimensión teórica, con muy escasa o nula preocupación por su proyección concreta en casos reales. El banco de pruebas de la calidad judicial no son los libros ni las conferencias del juez, sino sus resoluciones y sentencias; pues estas son las obras que espera la sociedad que confirió el poder y sufraga el presupuesto judicial, y lo que reclama es que aquéllas centralmente sean razonadas, justas y derivadas del derecho vigente.

9.5. Idoneidad administrativa o gerencial: todo juez –en mayor o menor medida– cumple una función que conlleva coordinar o liderar un grupo –más o menos numeroso– y administrar recursos materiales, tiempo, espacio, etc. Seguramente en la Facultad de Derecho ninguna formación se recibió en torno a esos aspectos, que pueden llegar a ser decisivos para el cumplimiento de su función. Un juez absolutamente incompetente en ese terreno inexorablemente fracasará en su servicio, dado que las dificultades crecientes que padecerá en su trabajo terminarán abortando sus talentos propiamente jurídicos. Se sabe que nadie nace líder o administrador, y que hay ciencias que son capaces de ir confiriendo los conocimientos y las habilidades necesarias. Solo una visión autista o juricista del derecho puede seguir ignorando la relevancia de las ciencias de la administración en el servicio de justicia.

9.6. Idoneidad ética: nos parece visible e indiscutible la discrecionalidad con la

que cuentan los jueces en el Estado de Derecho Constitucional, pero la misma termina generando incertidumbres y es fuente de críticas por parte de aquellos que son perjudicados en las sentencias. Un camino para ganar la confianza en el servicio de justicia es que lo presten personas que gozan de credibilidad por parte de la sociedad en la que viven. Resulta fácil ensañarse y deslegitimar a alguien que está sospechado o carece de credibilidad ética. Es oportuno recordar del mundo del *common law* la diversidad de averiguaciones que se efectúan en torno de aquellos candidatos a ser jueces; en definitiva, ellas procuran determinar si los mismos cuentan con la autoridad y el respeto moral que se le pide a un juez. En ese terreno, no es mucho lo que se ha avanzado en países continentales, en buena medida en razón de prejuicios y de la cultura jurídica juricista que predomina en ellos.

10. Conclusión

Conforme a lo señalado, el derecho a la jurisdicción no es un tema solo para los procesalistas, sino que es un derecho humano fundamental (natural secundario o derivado) que se constituye en una pieza clave del edificio del Estado de Derecho Constitucional. Una explicación integral del mismo debe incluir el abordaje que posibilita la filosofía del derecho, no para impedir otras lecturas sino para enriquecerlas y fortalecerlas. En el respeto pleno de aquel derecho se ponen en juego teorías, normas e instituciones, pero también el compromiso decisivo del juez.