

DERECHO VS PROCESO

Por Francisco José Cappellotti¹

La pregunta con la que se inicia el presente trabajo radica en interrogarnos qué debe prevalecer a la hora de impartir justicia, ¿el derecho que intentan hacer valer los litigantes o las formalidades procesales dentro de las cuales se desenvuelven esos derechos? Como primera respuesta nadie dudaría en afirmar que el derecho se encuentra por encima del proceso o, bien, que ambos institutos caminan de la mano para que, precisamente, los derechos en juego dentro del proceso, se mantengan encorsetados dentro de un marco normativo a fin de que el litigio no se dilate *sine die*. En definitiva, lo que se busca al enmarcar los derechos dentro de un proceso, es precisamente la tutela jurídica efectiva, la seguridad jurídica, el respeto por los plazos procesales para así también evitar el cúmulo de trabajo que ostentan los juzgados. En sí, los derechos sin el correspondiente proceso entrarían en una especie de libertinaje que no sería bueno avalar.

No obstante, habría que preguntarse qué sucede cuando el proceso, con ley marcial, avasalla un derecho fundamental sin reparo alguno. ¿Se encuentra habilitado el juez para rescatar tal derecho? ¿Cómo debería hacerlo? Como puede observarse, las respuestas no resultan fáciles. Sin embargo, soy de la opinión que una regla procesal no puede doblegar, sin más reparos, la sustancia de un derecho constitucional. Opinar lo contrario sería poner, dentro de la pirámide jurídica, al Código Procesal en la cúspide y, por debajo, la Constitución Nacional. Todos estaríamos de acuerdo en afirmar que de ningún modo un código de procedimientos puede encontrarse por sobre la carta magna nacional. Sin embargo, en algunos casos, sucede. Propondré algunos ejemplos a nivel local para saber de qué estamos hablando.

El código de procedimiento Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minero de la provincia de Tierra del Fuego, en su artículo 135.1 dispone: **“De todo escrito de que deba darse traslado y de sus contestaciones, de los que tengan por objeto ofrecer prueba, promover incidentes o constituir un nuevo domicilio y de los documentos con ellos agregados, deberá acompañarse tantas copias firmadas como partes intervengan, salvo que hayan unificado la presentación”**. En principio, la normativa procesal no ostenta vicios. Lo que pretendió el legislador es garantizarle el derecho de defensa a la contraparte, tantas como haya, a los fines de valerse del escrito judicial que deba contestar. Sin embargo, como se sabe, el derecho está repleto de excepciones dado que ninguna ley, ni mucho menos una sola normativa, puede abarcar el absoluto. La vida, en sí, está repleta de contingencias que no pueden ser previstas por el legislador en su conjunto. Por lo tanto, cabe preguntarse qué debe hacerse ante la excepción que no previó ni pudo prever el legislador y cuando, además, tal contingencia avasalla un derecho fundamental. Cuando ello sucede, existen dos caminos que puede tomar el juez: uno es aplicar la normativa procedimental sin reparos para todos los casos o, en cambio, tratar de salvaguardar el derecho constitucional que el procedimiento intenta quebrantar. Se podría decir que el primer supuesto es más

¹Abogado egresado de la Universidad de Buenos Aires. Docente en la cátedra de Derecho Constitucional en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Miembro del Consejo Editorial de la Revista del Poder Judicial de Tierra del Fuego. Prosecretario de la Cámara de Apelaciones de la Provincia de Tierra del Fuego. Escritor, autor de la novela “Matar a Borges” (editorial Planeta) y otras publicaciones.

práctico, funcional e igualitario. Sin embargo, también, puede resultar extremadamente injusto. ¿Puede un magistrado avalar la injusticia? Veamos:

Un ejemplo concreto de lo planteado en el presente se dio a nivel local en el caso de un proceso por accidente de trabajo. El empleado, albañil, quien había sufrido el accidente, demandaba a tres sujetos: a la empresa constructora, al presidente de la empresa y al subcontratista. La sentencia en primera instancia condenó de forma solidaria a los tres. Sólo apelaron la sentencia la Empresa Constructora y el presidente de ésta; el subcontratista dejó firme la sentencia de primera instancia en cuanto a su responsabilidad. La Cámara de Apelaciones revocó la sentencia de grado, excluyendo de responsabilidad al presidente de la empresa, por lo tanto, la sentencia de Alzada se pronunció sólo en contra de la Empresa Constructora ya que respecto al subcontratista había quedado firme el veredicto de grado. El actor no casó la sentencia. El único que usufructuó tal derecho fue la Empresa Constructora quien casó la sentencia y acompañó un juego de copias para el actor. Sin embargo, el código de procedimiento establece que deben acompañarse tantas copias como partes haya. Para el caso en estudio, la empresa Constructora debía acompañar una copia más del recurso de casación al expediente para traslado al subcontratista, puesto que respecto al presidente de la empresa se lo había excluido de responsabilidad y ello había quedado firme. Sin embargo, recordemos que el subcontratista ni siquiera había apelado la sentencia de primera instancia y, en definitiva, la única posibilidad que tenía en el expediente, consistía en contestar agravios, y repetir los mismos puntos expuestos en el recurso casatorio puesto que éste versaba sobre los montos reclamados. No obstante, según lo dispuesto por el código de procedimiento, se debía, como principio, intimar por nota al letrado interviniente por la demandada para acompañar la copia del recurso de casación que faltaba, bajo apercibimiento de tener por no presentado el mismo. Es dable recordar que ésta era la última posibilidad –a nivel local- que tenía la demandada para hacer valer su derecho de defensa. Como era de prever, el letrado no pudo tomar vista de la notificación efectuada *ministerio legis* -ya que vivía en Ushuaia y la Cámara de Apelaciones se encuentra en Río Grande, ciudades separadas por una distancia de 220 kilómetros- y, en consecuencia, se debía dar por decaído su derecho de defensa, representado en el recurso de casación. Si se permite la digresión, voy a darles un dato de color que alimenta a nuestra historia. Como dije, la ciudad de Ushuaia y Río Grande se encuentran separadas por 220 kilómetros y, para más, la copia que se debía acompañar tenía que ser presentada en plena época invernal donde la nieve azota las carreteras y las ciudades.

Permitida la digresión, volvamos al plano jurídico. En sí, lo que en primer lugar pretendía el código de procedimiento era sancionar al letrado por no haber acompañado una copia más de su recurso de casación para una parte que, seguramente, no iba a hacer uso de tal derecho y, por lo tanto, suprimir el derecho de defensa de la Empresa Constructora que activamente había participado en las sucesivas instancias. Entonces, ¿qué debe hacer el juez? ¿Aplicar el procedimiento, sin más, o bien tratar de salvaguardar el derecho de defensa ante el caso dado? Las respuestas que demos en uno y otro caso nos arrastrarán a un viejo debate entre positivismo y no positivismo -en la idea que plantea Alexy- que excedería el marco de este trabajo. Sin lugar a dudas, me inclino por la segunda opción. Ahora bien, debemos preguntarnos qué mecanismos tiene el juez para ir en rescate del derecho

constitucional. Sin embargo, antes de dar una respuesta concreta, propongamos más ejemplos donde el procedimiento se enfrenta al derecho. Otra cuestión interesante que se suscita a nivel local se encuentra plasmada en el artículo 369.4 del código de rito en lo atinente a la audiencia preliminar luego de que se haya trabado la litis. La normativa dispone: **“La parte que injustificadamente no compareciere no podrá plantear en lo sucesivo cuestión ni recurso alguno respecto de las resoluciones que se pronuncien en el curso de la audiencia. Asimismo, se le darán por reconocidos los hechos afirmados en la demanda o contestación por la contraparte que asista, salvo prueba en contrario o que se traten de cuestiones que afecten el orden público”** -el subrayado me pertenece-. La pregunta que cabe hacerse respecto a la disposición transcripta, es: ¿qué utilidad tiene la demanda o bien la contestación donde se expongan los derechos que le incumben a las partes si ante la incomparecencia a la audiencia ello no es tenido en cuenta? Acaso, ¿no se afecta el derecho de defensa?

Ante tales interrogantes no encuentro mejor respuesta que la brindada por la CSJN en autos Saguir y Dib. Allí, el máximo Tribunal Federal, dijo: ***“El quid del problema reside entonces en optar por una interpretación meramente teórica, literal y rígida de la ley que se desinterese del aspecto axiológico de sus resultados prácticos concretos o por una interpretación que contemple las particularidades del caso, el orden jurídico en su armónica totalidad, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos. Que las excepcionales particularidades de esta causa, precedentemente expuestas, comprometen al tribunal, en su específica misión de velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales, a ponderar cuidadosamente aquellas circunstancias a fin de evitar que la aplicación mecánica e indiscriminada de la norma conduzca a vulnerar derechos fundamentales de la persona y a prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto lo cual iría en desmedro del propósito de “afianzar la justicia” enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional, propósito liminar y de por sí operativo, que no sólo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad. La misión judicial, ha dicho esta Corte, no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la “ratio legis” y del espíritu de la norma; ello así por considerar que la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (doctrina de Fallos, t. 249, p. 37 y sus citas --Rev. La Ley, t. 104, p. 29. con nota de Prócuro--)...Se trata, pues, de la valoración comparativa de dos intereses jurídicamente protegidos con el fin de salvaguardar en la mejor forma posible a ambos, dentro de los criterios axiológicos que surgen del mismo orden jurídico y de la medida de protección que el legislador ha considerado digno de revestir a uno y otro. La cuestión radica entonces en valorar ambos derechos en las especiales circunstancias de la causa y en el conjunto orgánico del ordenamiento jurídico”***.

Considero que el pasaje transcripto habla por sí solo. Por ello, es deber fundamental

de los jueces velar por los derechos constitucionales cuando éstos, por las particularidades específicas del caso, se encuentren vulnerados. Es misión del juez llegar a una solución justa que pregone por una tutela jurídica efectiva y concreta para que los derechos de raigambre constitucional no se tornen ilusorios. Más aún, en tiempos donde se pregona por la referida tutela jurídica plasmada en los Tratados Internacionales. Incluso, se debate si el agotamiento de la vía administrativa para acceder a la justicia o bien el instituto del *solve et repete*, vulneran la posibilidad de que los derechos sean tutelados por los jueces naturales conforme el artículo 8 de la CADH, sin soslayar, tampoco, el principio *pro actione*. Por lo tanto, si las garantías constitucionales avaladas por Tratados Internacionales, se encuentran en busca de garantizar la defensa en juicio y el acceso a la justicia, creo que aplicar, sin más, el código de procedimientos cuando su aplicación estricta vulnera un derecho constitucional, resulta un retroceso de acuerdo a lo que dispone el bloque de constitucionalidad en el Estado Constitucional de Derecho.

También existen otros tipos de argumentos para salvaguardar derechos constitucionales, como ser el excesivo rigor manifiesto que se expresa en sentido semejante. Así, conviene recordar que la doctrina de la arbitrariedad por “exceso de ritual manifiesto” o por “excesivo rigor formal” surgió por creación pretoriana de la Corte Suprema y contempla situaciones en que un estricto apego a formalidades procesales conduce al menoscabo de la admisión de la verdad jurídica objetiva y también al desconocimiento de derechos de fondo o soluciones notoriamente disvaliosas (Fallos 300:1192; 301:725; 302-131, entre otros).

En esta misma línea Morello afirma que el proceso no es un chaleco de fuerza neurótico y que anda a contrapelo de las exigencias de la gente, debe hacerse maleable, saber escuchar y graduar las respuestas, en fases sucesivas, que han de ser congruentes con lo que se peticiona en cada momento y aportar la solución más justa. Se debe dar vuelta la situación negativa de la justicia, logrando la tutela jurisdiccional efectiva consagrada en nuestro modelo de justicia y los tratados internacionales de jerarquía constitucional a partir de 1994 -art. 75 inc. 22 C.N. y art. 8 y 25 CIDH-².

Sin embargo, no quisiera concluir la presente exposición sin dar respuestas procesales a dilemas procesales a los fines de que sea el mismo proceso quien coadyuve a mantener con vida al derecho constitucional en jaque. En relación al primer ejemplo dado -acompañamiento de tantas copias como partes haya-, creo que la resolución en miras de que el derecho constitucional de defensa en juicio permanezca incólume, se encuentra en manos del propio magistrado. Si bien el artículo 148 del código de rito prevé taxativamente la notificación por cédula o personalmente, debiéndose notificar por nota todas las demás restantes, entre ellas, la intimación para acompañar las copias pertinentes; también es cierto que el artículo 148.17 prevé la posibilidad de notificar por cédula cuando excepcionalmente el juez así lo disponga por resolución fundada. Como podemos ver, aquí, el juez tiene una herramienta procesal certera para salvaguardar el derecho de defensa en relación al caso concreto. Por ejemplo, no sería descabellado que el juez pueda intimar por cédula el acompañamiento de las copias restantes del recurso de casación, a los fines de que el letrado interviniente tome cabal conocimiento de tal intimación y pueda, así, subsanar el vicio, salvando también el procedimiento y los derechos sustanciales allí volcados. No en

² Morello, Augusto M., Avances procesales, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 332 y 354.

vano el artículo 12 del CPCC dispone: **“Para interpretar la norma procesal, el Tribunal deberá tener en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales. En caso de duda se deberá recurrir a las normas generales teniendo presente los principios fundamentales del derecho y especiales del proceso y la necesidad de preservar las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en el mismo”**.

Por otro lado y en relación al segundo ejemplo dado, creo que la resolución que debe tomar el magistrado, sin apresurarse a dar por reconocidos los hechos de la contraria por ausentarse a la audiencia preliminar, se encuentra en el mismo artículo 369.4, cuando en su parte pertinente, dispone: **“Asimismo se le darán por reconocidos los hechos afirmados en la demanda o contestación por la contraparte que asista, salvo prueba en contrario o que se tratare de cuestiones que afecten el orden público”** -el subrayado es de mi autoría-. Por lo tanto, a mi entender, el juez debe abrir la causa a prueba, permitir el diligenciamiento de las medidas probatorias e intentar arribar a la verdad de los hechos como así lo dispone el artículo 50.4 que establece, en lo concerniente a las facultades del Tribunal, **“...ordenar las diligencias necesarias al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes”**. Por lo tanto, la inasistencia de alguna de las partes a la audiencia preliminar puede jugar como una presunción desfavorable para el que incurrió en incomparecencia, pero de ninguna forma se puede darle por reconocido, sin más, los hechos a la otra parte, puesto que para ello ya se contestó la demanda o bien se presentó la misma con el respectivo ofrecimiento de prueba. En todo caso ante la providencia del auto de apertura a prueba en la audiencia preliminar, el ausente se verá perjudicado de interponer algún recurso respecto a ello, pero, vuelvo a reiterar, que no se puede dar por reconocidos los hechos de la contraria dado que se ha contestado demanda³.

Como puede observarse, mecanismos a los fines de salvaguardar derechos constitucionales haya muchos. Es misión de los jueces aplicarlos.

³ Mención aparte debe hacerse en los procesos laborales donde nuestro ordenamiento procesal prevé que el momento de contestar demanda es al llevarse la audiencia de conciliación, si ésta no prospera recién entonces se presenta la contestación de demanda.