

## EL JUEZ CIVIL Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

*The civil judge and the opportunity principle*

*Jorge W. Peyrano\*\**

El principio de oportunidad en el proceso penal, se sabe que es la antípoda del principio de legalidad y que, de ordinario y salvo excepciones (1), funciona como un moderador circunstanciado de este último que manda ciegamente perseguir e investigar todo hecho criminoso con pareja intensidad (2). Así es que el principio de oportunidad constituye un morigerador de tanta enjundia persecutoria en homenaje de una dosis de realismo que dice, a las claras, que el Estado carece de recursos humanos y económicos para llevar adelante, integralmente, el ideario del principio de legalidad (3).

Sí, como se ha visto, el principio de oportunidad legitima no perseguir ni investigar todo hecho con apariencia criminosa, se sigue que gira sobre el imaginario de la selección de causas; «éstas y no otras» serán motivo del interés y de la preocupación de la acusación penal. Ahora bien: modernamente se ha delineado paulatinamente una tendencia consistente en la regulación legal de supuestos («criterios de oportunidad») en los cuales no funciona el principio de legalidad, evitándose así modelos selectivos, clasistas

o discriminatorios (4). Tales «criterios de oportunidad» propiciados por la doctrina autoral (5) y progresista legislación (6), se inspiran fuertemente en el concepto de «insignificancia» (7); concepto éste que también es recibido por la legislación procesal civil como, por ejemplo, en el caso del nivel económico mínimo del agravio para dejar expedita la segunda instancia (8), que ha sido repetidamente declarado constitucional (9) y que se ha ido ampliando (10). Dicha traspolación de las ideas del jurista alemán Klaus Roxin al área procesal civil ha sido así aprovechada adecuadamente.

Tampoco el sistema procesal civil - sobrecargado de tareas en igual o mayor medida que el penal- admite un tratamiento parejo de todos los reclamos hechos valer en su seno (11). Algo debe hacerse y frente al silencio del legislador que suele desentenderse de los problemas generados en los estrados judiciales, la magistratura civil, desde siempre, ha procedido, calladamente, a «seleccionar» causas, no tratando todas con igual intensidad y empeño. Por ello es que señalamos que en el ámbito del proceso

\*\* Abogado, egresado de la Facultad Católica de Derecho de Rosario, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral, Vocal de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario y Tratadista. Profesor titular de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Consultor Internacional del Banco Mundial en el programa de fortalecimiento del Poder Judicial de Perú (1996), profesor honorario de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima), de la Universidad Nacional de Perú «Federico Villarreal» (Lima), de la Universidad de San Agustín de Arequipa (Perú), de la Universidad Católica de Arequipa, de la Universidad San Luis Gonzaga de ICA (Perú), entre otros. Miembro fundador de la Asociación Argentina de Derecho Procesal; miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, entre otros.

civil existe y está en operaciones una especie sesgada del principio de oportunidad nacido en terrenos penales. Ya hemos tenido ocasión de consignar que debe admitirse, por más que sea un secreto a voces, que campea en el proceso civil nativo una suerte de «principio de oportunidad» de acuerdo con el cual existe una gradación jerárquica de las causas, no siendo lo mismo una donde está comprometido el derecho a la salud que otra consistente en un cobro de pesos de cuantía módica. A estrados judiciales con sobrecarga de tareas -y éste es un dato de la realidad que no puede ser soslayado por el discurso académico- no se les puede exigir esfuerzos parejos frente a causas disímiles en su trascendencia institucional o humana (12).

Dos son las áreas, en materia procesal civil, en las cuales se nota con mayor nitidez la mencionada despereja intensidad: a) la del derecho probatorio que, muchas veces, registra la producción de prueba ambigua o contrapuesta en sus resultas (13); generándose así la vacilación del juez civil acerca de la necesidad de despachar medidas para mejor proveer que mitiguen sus dudas; b) la de la heurística judicial - hoy tan pródiga en la Argentina en proporcionar creaciones pretorianas razonables (14)- que suscita en el magistrado -ante la ausencia de herramientas procesales legisladas para dar adecuada solución al caso- la inclinación de echar mano al ingenio judicial que se manifiesta en la aparición de nuevos útiles procesales. De tal guisa y cuando se ha seguido dicha inclinación, surgieron, vbgr. las astreintes, la prueba de informes, la medida innovativa, la autosatisfactiva, la tutela anticipada de urgencia, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, etc.

Cuándo y cómo un juez, verdaderamente preocupado por desarrollar una faena judicial digna de tal nombre, siente la inclinación a dictar pruebas oficiosas o a aguzar su ingenio

pretoriano? Pues cuando experimenta una falta de «conformidad» con los resultados de las pruebas hasta entonces producidas o siente insatisfacción respecto de las consecuencias de aplicar los artefactos procesales con los que cuenta (15). Una jugosa cita aporta una explicación sobre el particular y de algún modo compendia lo experimentado por muchos jueces civiles que llevan décadas en sus ministerios: «El juicio del juez no debe ser fruto racional sino sensorial. La injusticia tiene que doler. Precisamente se revela por la irritación que produce. Si el oído ha sido bien cultivado, percibe las desafinaciones de una ley mal aplicada. El razonamiento viene *a posteriori*, a iluminar y a clasificar el fenómeno producido en su conciencia de un modo casi misterioso. Si demandáramos su pensamiento, en el embrión leeríamos: « Yo sé que esto es así, mas aún no sé por qué». Se produce de este modo un movimiento de devanadera. Por el repetido y laborioso trabajo de la memoria y de la razón, el estudiante encauza, orienta y aguza la facultad intuitiva. Luego, desde lo alto de los principios intuidos, desciende en busca de las razones que lo sustenten» (16).

Ahora bien, sentirá o deberá sentir igual inclinación cuando se trata de un juicio ejecutivo seguido en rebeldía que cuando la causa versa sobre la violación de algún derecho personalísimo? Pues claro que no y siempre ha sido así; y de algún modo de ello han tomado nota los expertos en Lógica jurídica (17). Es más: el magistrado civil no sólo que no puede sino que no debe, en principio, ceder a la tentación de poner todo su empeño en una causa comparativamente «menor» porque se lo está restando a otras que reclaman su atención en mayor medida en razón de la índole de los derechos en ellas comprometidos.

No se puede ni se debe en todos los casos ser un juez «distribuidor de justicia» (18), debiendo el buen magistrado

conformarse en algunos supuestos con ser un juez «dador de paz social» (19). Mientras el primero se encuentra hondamente preocupado por distribuir el pan de la justicia de la mejor manera que se pueda, el otro se conforma con solucionar el conflicto y otorgar la correspondiente paz social, con lo que se tiene, como fuere, y sin mayores miramientos. El dura *lex sed lex*, suele, frecuentemente, ser invocado -expresa o tácitamente- por los últimos. La primera categoría se caracteriza -precisándola un poco más- porque su tarea es más ardua y comprometida ya que requiere despachar pruebas oficiosas cuando correspondiere y generar nuevas herramientas procesales aptas para solucionar adecuadamente el caso. La figura del juez «distribuidor de justicia» se pone en movimiento cuando «experimenta una falta de conformidad con lo que «se tiene». La segunda, se singulariza por privilegiar de algún modo al pragmatismo, a la «ley de los grandes números» y a otras nociones por el estilo que son exteriorizaciones conceptuales de un realismo más o menos descarnado en el cual subyace la idea de que no todos los procesos civiles son iguales ni se merecen la misma atención y esfuerzo. Ambos roles se alternan y suceden en la persona del mismo magistrado según fueren los procesos civiles a cuyo análisis se encuentra abocado. Lo reprochable se da cuando enfrentado a cualesquier caso, siempre se pone el sayo de juez «distribuidor de justicia» o de juez «dador de paz social»; con palmario y condenable desprecio al principio de oportunidad soterrado que rige en materia civil. Igualmente vituperable es el supuesto del magistrado que confunde los roles y en una causa asume el papel opuesto al que debería desempeñar.

De eso se trata: de escoger el sayo adecuado según fuere la índole de la causa.

Lo elogiable no es ser el juez más justo o el más expeditivo, sino el que corresponde ser en el caso.

#### NOTAS:

- 1) Cabe anotar que en las naciones donde impera el derecho anglosajón se desconoce la principio de legalidad, rigiendo, crudamente, el principio de oportunidad en materia penal (vide de Julio MAIER, «Derecho Procesal Penal», Ed. Del Puerto, Bs.As. 2004, T. I, pág. 836).
- 2) CARBONE, Carlos, «Principios Procesales Penales», en «Principios Procesales», obra colectiva del Ateneo de Estudios Procesal Civil de Rosario, Santa Fe 2011, Ed. Rubinzal Culzoni, T. II, pág. 848: «El principio de legalidad procesal impone al Estado perseguir todos los casos penales de los cuales se tenga noticia, sin poder hacer cesar la acción penal por acuerdo de partes ni conveniencia social, etc.»
- 3) Ibidem, pág. 850: «Por otro lado, es poco inteligente obligar al Estado representado por los funcionarios instructores -desde un punto de vista económico- a emplear toda y pareja intensidad en investigar cualquier delito».
- 4) MAIER, Julio, Ob. Cit., pág. 841: «Entre nosotros la regulación legislativa de los criterios de selección pueden servir de auxilio efectivo para corregir disfunciones del sistema penal. En primer lugar, puede ser una herramienta eficiente del principio de igualdad, al corregir el efecto valorativo clasista de un sistema penal que, adherido al principio de legalidad, ignore por completo su propia selectividad real. En segundo lugar, contribuirá a la transparencia del sistema y de la forma, modo y efectos con los cuales se opera la selección».

- 5) *Ibidem*, pág. 841.
- 6) Así, el artículo 10 del Código Procesal Penal de Santa Fe incluye varios «criterios de oportunidad», ampliando la nómina que resulta corriente.
- 7) SEGUÍ, Ernesto, «La teoría de la insignificancia engastada en el Derecho Penal Liberal», en *Juris*, Boletín del 06/09/83.
- 8) Conf. artículo 242 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.
- 9) GONZÁLEZ, Atilio y ot., «Inapelabilidad por monto», Ed. El Foro, pág. 22.
- 10) PEYRANO, Jorge W., «Las nuevas pautas económicas exigibles para franquear la instancia de apelación» (art. 242 CPCCN), en L.L. 2010-B, pág.528: «Es indudable que el nuevo artículo 242 CPCCN consagra dos pautas económicas diferentes para establecer la apelabilidad de sentencias: una, general y aplicable a ambas partes, inserta en su segundo párrafo y otra, especial y aplicable exclusivamente al demandante, incluida en el párrafo quinto. Ambas, entonces, poseen alcances y sujetos comprendidos distintos, pudiendo aplicarse respecto de una misma sentencia de primera instancia».
- 11) PEYRANO, Jorge W., «La privatización, transferencia o tercerización de funciones judiciales», en «Procedimiento civil y comercial. Conflictos procesales», Rosario 2002, Ed. Juris, T. I, pág. 105: «Si algo caracteriza al actual estado del proceso civil argentino (y no sólo el argentino) es que padece de «sobrecarga» de trabajo. El proceso civil contemporáneo -muy distinto del que necesariamente debe advenir- fue pensado para otra realidad, más acotada y no tan pródiga en todo: causas, litigantes, documentación presentada, audiencias fijadas, etc.».
- 12) PEYRANO, Jorge W., «El juez y la búsqueda de la verdad en el proceso civil» en L.L. 2011-A, pág. 1089.
- 13) El tema del llamado por CARNELUTTI «Conflicto de pruebas» y por GORPHE «Relaciones entre las pruebas», siempre ha sido materia de debate e investigación (Conf. «El Proceso Atípico», por Jorge W. PEYRANO, Bs. As. 1993, Ed. Universidad, pág. 131 y sig.
- 14) PEYRANO, Jorge W., «El perfil deseable del juez civil del siglo XXI», en «Procedimiento Civil y Comercial - Conflictos procesales», Rosario 2002, Ed. Juris, T. I, pág. 97: «El arte de distinguir es característico de la Escolástica y también del razonamiento jurídico en general y en particular. Un paso complementario y más avanzado del arte de distinguir es la creación; es decir, la formulación de doctrinas pretorianas concebidas al calor de casos concretos y que luego de probadas sus ventajas en la práctica, la doctrina autoral recoge, sistematiza y disfunde ... Si bien se mira, las instituciones pretorianas son la consecuencia de la puesta en funciones de una inteligencia práctica que después es imitada, generando así un cambio en el estado de las cosas. Howard Gardner, el gran educador, sostiene que «inteligencia es la habilidad para resolver un problema y para generar un producto y creativo es quien con sus obras logra que en el futuro se hagan las cosas de otro modo». Pensamos que debe elogiarse, por ejemplo, la inteligencia práctica que creó pretorianamente el amparo en Argentina. Estamos convencidos de que el buen juez civil del siglo XXI también debe estar preparado para, en su caso y momento, generar nuevas herramientas jurídicas para dar mejor cima a su tarea»

- 15) PEYRANO, Jorge W., «El juez y la búsqueda de la verdad en el proceso civil», pág. 1089.
- 16) MERBILHÁA, Ceferino, «El abogado y el juez», en «Jus», n° 8, pág. 285.
- 17) ANDRUET, Armando, « Teoría general de la argumentación forense», Córdoba 2001, Ed. Alveroni, pág. 219: « Entendemos por «casos sencillos» aquellos que tienen una matriz común, que resultan de trámite abreviado, rápido y cartular, y que no tienen contraparte. Procesalmente se puede decir que todo aquel que es tramitable por la vía del juicio monitorio es un caso sencillo. Son «casos corrientes» aquellos en los que, sin ser necesariamente cartulares, existe una buena jurisprudencia pacífica por el tribunal en su respuesta, que en definitiva no compromete en manera alguna su propia cosmovisión ni genera ninguna modificación en el sistema, se podrían ubicar en dicho extremo los pleitos originados, por caso, en los accidentes de tránsito automovilístico. Luego se encuentran los «casos difíciles», en los que lo que no existe es un criterio anterior que pueda referenciar la conducta del magistrado, y por lo tanto la respuesta jurídica que es lograda bien puede ser considerada desde el mencionado punto de vista como de una nada jurídico-judicial anterior, tanto ello para el magistrado como para los propios litigantes, teniendo entonces los mismos una expectativa incierta acerca de su resultado. Finalmente, son «casos extremos» aquellos donde se suma a lo anterior que la definición de que se trata no sólo colinda con los problemas anteriores como cuestión previa, sino que además, al tiempo de seleccionar la respuesta jurídica que resulta correspondiente, el magistrado advierte que no lo puede hacer sin tener que definir su misma

personalidad ante el mismo asunto; es decir que queda implicado con la respuesta y, en rigor, en no pocas ocasiones es resultado de un proceso no exteriorizado, pero del cual decimos no está en modo alguno en su manejo el poder prescindir».

- 18) PEYRANO, Jorge W., «El juez distribuidor de justicia vs. el juez dador de paz social», en «Nuevas Tácticas Procesales», Rosario 2011, Ed. Nova Tesis, pág. 37 y sig.
- 19) Ibidem.

