

Ponencia presentada en el **XXIII Encuentro Panamericano de Derecho Procesal “Luces y Sombras del Derecho Procesal”** (Instituto Panamericano de Derecho Procesal) realizado del 22 al 24 de setiembre del 2010 en la Universidad de Lima, Perú.

ACTIVISMO JUDICIAL Y EL JUEZ

J. María Elena Guerra Cerrón¹

“Quisiera referirme al magistrado: Juez y Fiscal. El magistrado es un ser humano, y por eso hay buenos y malos magistrados. A los malos los compadezco por ser débiles ante las tentaciones y corrupción, por no recurrir a medios lícitos para satisfacer sus necesidades o lograr sus aspiraciones, por no valorar el poder que tienen para alcanzar la Justicia.

Al magistrado bueno, lo respeto por cumplir con su deber sin esperar un premio o reconocimiento y al magistrado bueno y además progresista, trato de emularlo, por su firmeza y compromiso con la institucionalidad, por su valentía para hacer crítica constructiva, por la motivación de sus decisiones y por ser el motor del cambio. Afortunadamente en el Perú, un buen grupo de magistrados garantizan seguridad jurídica y son un ejemplo a seguir.”

La autora²

El tema que se me ha encargado desarrollar es uno con el que he tenido y tengo vinculación directa e interés, primero por haber ejercido la función jurisdiccional, como Juez de Paz Letrado y como Juez Civil durante seis años en la Corte Superior de Justicia de Lima; por encontrarme actualmente desempeñando el cargo de Fiscal Superior Civil del Ministerio Público, por ejercer la docencia universitaria y tener un compromiso en la formación de los futuros abogados y finalmente interés como ciudadana peruana y tener una gran expectativa en el Sistema Nacional de Justicia, en especial, en los jueces y fiscales.

¹ Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Magister en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima, Doctora en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Miembro de ADEPRO y del Instituto Peruano de Derecho Mercantil; docente de la Universidad de Lima y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y, Fiscal Superior Civil.

² GUERRA CERRON, María Elena en “ Charlas de Café con “, La Ley periódico mensual de Gaceta Jurídica Año 3, N° 29, Del 1 al 30 de abril de 2010, Lima, Perú, p. 15

Precisamente por la experiencia en la Judicatura y en el Despacho Fiscal, tuve la oportunidad de responder a algunas preguntas en una entrevista realizada para el diario La Ley de Gaceta Jurídica, siendo una de las preguntas, **“¿Cuál es su opinión del juez peruano?”**, cuya respuesta he transcrito a manera de cita introductoria, siendo que a partir de ésta desarrollaré el tema del Activismo Judicial y el juez, destacando la figura del **“juez progresista”**.

El método que usaré para el desarrollo temático es presentar, en primer lugar, el marco teórico y doctrinario de los Sistemas Jurídicos en general y de aquellos que sostienen al Derecho Procesal Civil, para luego describir, lo que en mi parecer, es la base del Activismo Judicial, me refiero al Progresismo y al “juez progresista”, posteriormente desarrollaré el Activismo Judicial en su dimensión técnica y política y finalmente presentaré mi perspectiva respecto al juez que considero requiere nuestra sociedad.

I Sistema Occidental y Sistema Anglosajón

Cuando hablamos de un Sistema jurídico nos referimos al conjunto de principios de un ordenamiento jurídico y a determinadas raíces o fuentes e igualmente a ideologías que caracterizan a la actividad de impartir Justicia en los tribunales, esto es, la “cultura jurídica o judicial”. También se hace referencia a los modelos que representan los sistemas jurídicos. Considero necesaria esta revisión puesto que las características de determinado sistema se manifiestan en los ordenamientos jurídicos y en la labor interpretativa de las normas en cada país.

De manera general, se puede decir que el antecedente y base de los sistemas jurídicos está en el Derecho Romano, sin embargo en cada Estado hubo un “proceso de recepción” distinto, en algunos casos se adoptó por completo< debiéndose aclarar que aún siendo completo sufrió cambios y fue objeto de evolución y por ello se habla del Sistema Romano/Germánico/Canónico> y; en otros casos se creó y desarrolló un sistema propio como el Common Law.

Si bien generalizo al referirme a los sistemas jurídicos, debe tenerse presente que cada Estado tiene su propia cultura y tradición, por lo tanto aún identificándose con un sistema determinado, éste tendrá sus propias particularidades, esto es, que cada país tiene una cultura y tradición legal que lo diferencia de los otros.

1.1 Sistema Occidental

Identificado como modelo Romanístico, es también conocido como Continental o Romano/Germánico/Canónico o *Ius Commune*, el mismo que ha evolucionado y se distinguen diferentes etapas. Así no puede hablarse de un Derecho Romano puro, sino del resultado de la “vulgarización del Derecho”, esto es, de la conversión o adecuación de este Derecho, a la realidad social de las comunidades. Puede afirmarse que éste es el sistema que predomina en los países europeos y latinoamericanos.

1.2 Sistema Anglosajón

También conocido como Sistema Inglés o Anglosajón o Common Law cuya traducción es “Derecho Común”. “El common law surge, al decir de Ves Lozada, “de los modos de vida del pueblo inglés, de sus luchas políticas y conflictos de intereses, de la labor de sus reyes, consejeros, jueces y abogados, y también del hombre de la calle cuando ejerce funciones de jurado.”³ Es por ese origen comunitario y a la espontaneidad que se le llama “Derecho común”. Nótese que “Derecho común” también se relaciona con el Derecho Civil, por la traducción del *Ius Commune*, lo que luego será explicado. Este sistema tiene su origen en Inglaterra y en Estados Unidos.

II Sistemas del Derecho Civil

Identificados los tradicionales Sistemas Jurídicos generales, veremos la relación de éstos con el Derecho Civil, esto es, el Civil Law (Derecho Civil) y al Common Law (Derecho Común).

2.1 Derecho Civil o Civil Law

Derivado del Sistema Occidental, el “...<Derecho civil> o <Civil Law> se utiliza para calificar el sistema jurídico propio de la mayoría de los países europeos continentales occidentales y los sistemas altamente influidos por los mismos, como pueden ser los de América Latina (...) Evidentemente no es el único uso que ha revestido. <Derecho civil> en la antigua roma se refería al Derecho aplicado a los ciudadanos romanos. En la Edad Media designó el Derecho derivado del romano, en contraposición al derivado del canónico. Finalmente, en la actualidad sirve para diferenciar una de las ramas de los Ordenamientos Jurídicos, la civil, en contraposición a las otras, la penal, la

³ ANGEL RUSSO, Eduardo, Teoría General del Derecho, segunda edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, p. 237

administrativa, etc”⁴. Como ha sido señalado anteriormente, al Civil Law o Derecho Civil también se le conoce como “Derecho Común”, lo que puede confundirse con la traducción del inglés Common Law que también es Derecho común, sin embargo la denominación es por el *Ius Commune* del Derecho Romano. Larenz explica que “[P]or <Derecho común> se entendía en Alemania el Derecho romano tardío que se impuso como Derecho imperial o Derecho general, por vía de recepción , en el transcurso de los siglos XV y XVI, con la configuración que había obtenido en el Corpus Iuris, compilación legislativa del emperador bizantino Justiniano...”⁵ El Civil Law es el sistema que recoge nuestro ordenamiento civil.

2.2 Common Law

Respecto al *Common Law* o “Derecho común”, Merryman nos brinda una interesante explicación señalando que “...el juez es un héroe cultural, incluso una figura paternal (...) [S]abemos que nuestra tradición legal se creó originalmente y ha crecido y mejorado en la manos de los jueces que razonan cuidadosamente entre un caso y otro y construyen un cuerpo de derecho que obliga a los jueces posteriores a decidir los casos similares de manera similar, a través de la doctrina del stare desisis...”⁶ En este sistema se resuelve de acuerdo al caso concreto y se aplican principios y valores como la Equidad, ello para encontrar la verdad material y no sólo procesal. El common law no es compatible con el principio dispositivo y con la corriente procesal garantista, la que rechaza la figura del “juez como héroe cultural”, por cuanto son las partes, las que deben ejercer su defensa a través de sus abogados y los jueces solamente deben asegurar la imparcialidad.

III Sistemas Procesales

Como todo sistema, los sistemas procesales se sostienen en valores, principios y en ideologías y; sin duda son resultado de procesos evolutivos. Se identifican como sistemas procesales generales al inquisitivo y dispositivo.

⁴ PEÑUELAS i REIXACH, Luís, La docencia y el aprendizaje del Derecho en España, Marcial Pons, tercera edición, Madrid, , España 2009., cit. 10, p. 30

⁵ LARENZ, Karl, Derecho Civil, parte general, Tratado de Derecho Civil Alemán, Editoriales de Derecho Reunidas, EDERSA, 1978, Jaén, España , p. 19

⁶ MERRYMAN, MERRYMAN, Jhon Henry, Sistemas Legales de América Latina y Europa Tradición y modernidad, Breviarios, Fondo de Cultura Económica, primera reimpresión de segunda reimpresión de segunda edición corregida, Chile., p.72/73

3.1 Sistema Inquisitivo

Al escuchar el término *inquisitivo* se nos viene a la mente aquella época histórica en la que se perseguían a los llamados herejes y brujos y; se castigaba hasta la muerte, época cuando la concentración del poder estaba en las monarquías y en sus tribunales. Ferreyra y Gonzáles señalan que “[C]onviene aclarar que la denominación “inquisitivo” no es adecuada sino convencional, pues el tipo de proceso que le da origen es la “inquisición” del derecho canónico, que no debe confundirse con el desempeño de los tribunales del santo oficio. El C.I.C. instituye la “inquisición” como una etapa pre procesal, en la que ante la presunción de que se haya cometido un delito canónico se efectúa una investigación “discreta”, para establecer si hay mérito para la formación de la causa.” Obviamente que ello nada tiene que ver con un proceso instructorio en el que si bien el juez goza de amplios poderes investigativos es controlado y controlable por el imputado o por las partes en caso de constituirse en querellante o en actor civil. En realidad el mal llamado proceso inquisitivo debiera denominarse “de impulso oficial” por oposición al de impulso privado” o sea por las partes...”⁷.

El sistema inquisitivo también presenta el carácter de acusatorio, principalmente en el ámbito penal.

3.2 Sistema Dispositivo

Comienzo la explicación con dos aforismos “*nemo iudex sine actore*” y “*ne procedat iudex ex officio*” que significan no hay juicio sin parte que lo promueva, ni el juez puede iniciarlo ni actuar de oficio. Esta viene a ser una descripción del sistema dispositivo puro o absoluto en el cual el juez tiene una posición pasiva durante el trámite del proceso. Efectivamente, son las partes, las dueñas del proceso, de su impulso y desarrollo y el juez, para garantizar su imparcialidad, carece de actividad y atribuciones de dirección e impulso.

IV Corrientes del Derecho Procesal Civil

El Derecho Procesal es el conjunto de normas que tienen por objeto el proceso civil. En cuanto a la naturaleza del proceso civil el debate principal es si se trata de una privada o una pública. Guasp señala que “[E]n cuanto a su naturaleza, el derecho procesal

⁷ FERREYRA de De la Rúa, Angelina/ GONZALES de la Vega de Opl, Cristina, Lineamientos para un proceso civil moderno, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 1997, p. 87

civil, pese a la materia que recoge, tiene carácter público: sus normas son preferentemente absolutas y no dispositivas. Dentro del derecho público, el derecho procesal civil ocupa, en unión de todo el derecho procesal, una posición independiente: no es una rama del derecho político o del administrativo ni tampoco instrumento del derecho material, especialmente del derecho civil.”⁸ De ello queremos resaltar, que el proceso civil tiene el carácter de público, por cuanto las formas, determinadas por ley, son de observancia obligatoria por las partes, esto es, que salvo algunos actos procesales de los cuáles se pueda prescindir, las partes no establecen los procedimientos, como sí ocurre por ejemplo en el arbitraje.

En opinión del maestro Montero Aroca que “[E]n la actualidad no es preciso acudir a categorías extraprocesales para explicar el proceso. Este constituye por sí solo una categoría autónoma, con lo que no importa ya buscar su naturaleza jurídica en el sentido clásico, esto es, encuadrándolo en una categoría más general. Lo que ahora importa es descubrir su razón de ser, precisar su por qué.”⁹,¹⁰

Con los antecedentes del Sistema Occidental y del Common Law, del Sistema Inquisitivo acusatorio y Dispositivo, en el ámbito del Derecho Procesal Civil, también encontramos posiciones antagónicas, como las corrientes garantista o privatista y la publicista u oficial. Aún cuando la identifico como antagónicas, no cabe duda que ambas corrientes persiguen la tutela jurisdiccional efectiva, sin embargo conceptúan a la misma, a la forma de tramitar el proceso y a las facultades del juez, de manera diferente.

4.1 Corriente Garantista o Privatista

Se sustenta en el Sistema Dispositivo y se proclama crítico al reconocimiento de amplias facultades del juez en los procesos vinculando el papel activo del juez en el proceso civil con el Activismo judicial. Son las partes las que deben tener todas las atribuciones y ser los únicos protagonistas del proceso puesto que ellos deciden el inicio del proceso, determinan el objeto del contradictorio y aportan los medios probatorios, ello coherente con los aforismos *nemo iudex sine actore*” y “*ne procedat iudex ex officio*”.

⁸ GUASP, Jaime, “Derecho Procesal Civil”, cuarta edición, Editorial CIVITAS, Madrid, España 1998, p. 55

⁹ El subrayado es propio.

¹⁰ MONTERO AROCA, Derecho Jurisdiccional, I parte general, José María Bosch Editor S.A., Barcelona, España, 1994, p. 282

El fundamento estaría en las normas constitucionales que exigen una función jurisdiccional independiente e imparcial, para garantizar el debido proceso.

Se opone a la corriente publicista ya que se considera que con la bandera del carácter público del proceso, más que una garantía procesal para los litigantes, lo que hay es un protagonismo estatal en desmedro del derecho de las partes y por ello es que se propugna una revisión de las bases de la corriente publicista.

4.2 Corriente Publicista

Relacionada con el Sistema Inquisitivo u oficial, aunque respondiendo a una “revolución social procesal” en la que el juez adquiere un papel activo de dirección e impulso procesal, y la que “...ubica a la tutela jurisdiccional de los derechos en un nivel comunitario, mucho más allá de los intereses de un sujeto particular o de un grupo social. Desde esta mirada, el proceso no sólo es un instrumento para la tutela de los derechos individuales, sino una herramienta de transformación social destinada, de iure condendo, a identificar y eliminar los conflictos jurídicos teniendo en cuenta los monstruosos abismos económicos y culturales existentes en nuestra comunidad.”¹¹

Esta es la corriente que recoge el Código Procesal Civil peruano, la misma que se manifiesta en los principios desarrollados en el Título Preliminar, reconociéndose en el juez un carácter protagónico junto a las partes.

V De lo técnico a lo político

Lo hasta ahora expuesto, relativo a las características de los sistemas jurídicos, a las corrientes procesales y al papel pasivo y activo del juez en el proceso civil, se refiere a aspectos técnicos procesales. En la “revolución social procesal”, “...sin discutir la vigencia del principio dispositivo (dispositions-prinzip), va a ponerse en tela de juicio el de aportación de parte (verhandlungsmaxime), al menos en lo que respecta al reparto de funciones entre el juez y los litigantes y al incremento de facultades al órgano jurisdiccional, quien frente al modelo clásico del juez pasivo o inerte, pasa a ocupar una posición activa en el proceso”¹² ¹³

¹¹ CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Fondo Desarrollo Editorial, Universidad de Lima, Presentación, Lima, 2003,p. 8

¹² El subrayado es propio.

¹³ PICO i JUNOY, Joan, “El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado”, en Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, Fondo Desarrollo Editorial, Universidad de Lima, Perú, 2003,pp. 55/66, p. 55

Es precisamente la evolución del juez pasivo o inerte hacia la figura del juez con una posición activa en el proceso, la que va a sustentar una propuesta de revisión por parte del Garantismo procesal. La “posición procesal activa del juez”, siendo una cuestión técnica, es incorporada a la corriente del Activismo judicial, que está marcada de cuestiones políticas, por ello considero conveniente hacer la distinción entre Activismo judicial político y Activismo judicial técnico, el primero de alcance institucional y el segundo relacionado al ejercicio de la función jurisdiccional, interpretación de las normas y decisión del Derecho al caso concreto. En este contexto, como lo hice en la cita introductoria, resalto la figura del “**juez progresista**”.

5.1 Progreso y Progresismo

Para entender qué es un “**juez progresista**” abordaremos el tema a partir de los conceptos de progreso y de progresismo, para finalmente adecuarlos al contexto del Sistema de Justicia y principalmente de Impartición de Justicia.

En cuanto al concepto **progreso**, lo primero que se nos viene a la mente es un avance o una mejora en diferentes ámbitos, ya sea en lo político, social o económico o simplemente un progreso personal. Progreso < viene de progresar que significa avanzar, realizar mejoras o adelantos > quiere decir, entre otros, prosperidad, avance, adelanto, éxito, auge, bonanza, mejora, crecimiento, desarrollo, evolución y civilización, y sus antónimos son retroceso e involución.

En lo que se refiere al **Progresismo**, nuestro objeto no es hacer un amplio desarrollo del mismo puesto que existe toda una historia y evolución como doctrina política, pero sí referirnos a su origen como conjunto de ideas reaccionarias o revolucionarias que luego fue evolucionando hasta adquirir la calidad de doctrina reformista por las ideas innovadoras.

En nuestro parecer, está más vinculado al campo de los movimientos políticos y sociales aunque no podemos excluir las transformaciones económicas e intelectuales. De manera general, el progresismo se enfrenta al conservadurismo o conservatismo, aquél que busca mantener el status quo, las costumbres y tradiciones, negando los cambios trascendentes.

Entonces, el “**juez progresista**” es un juez innovador, aquel magistrado que piensa y actúa, de manera individual o asociada, en función de la búsqueda de cambios en el

Sistema de Justicia. Es aquel que reacciona y se opone al status quo judicial por considerarlo una involución, esto es, de la detención de un necesario proceso evolutivo. Cuando el “juez progresista” busca mejoras institucionales y sistémicas, asume un compromiso personal como magistrado y como ciudadano, ya que es un ser indivisible. Este **juez progresista** muchas veces es calificado como “rebelde”, “revolucionario” o hasta “reaccionario”, bueno, es el riesgo que debe asumirse, si con ello se están sentando las bases para las grandes transformaciones y reformas tan anheladas.

VI El Activismo Judicial

El Activismo, asociado a acción y actividad, siempre va a estar ligado con dinámica, impulso y movimiento. Se deja constancia que el activismo puede ser conservador, esto es, que la actividad sea con el objeto de mantener el estado de las cosas, por lo tanto el que nos interesa es el activismo progresista.

Respecto al Activismo judicial del inglés “judicial activism” aunque, en mi concepto con una connotación distinta a la que impera en el Common Law, ha sido descrito por nuestro Tribunal Constitucional en diferentes pronunciamientos:

1.- “... sólo cuando exista conciencia de la naturaleza y funciones de esta institución de control constitucional se contribuirá a otorgar estabilidad jurídica e independencia a todos los órganos y poderes constitucionales. Mientras tanto el Tribunal Constitucional sigue dando muestras de una **jurisprudencia ponderada** entre la **autolimitación y el activismo judicial moderado**. Sólo así razonablemente, el Tribunal Constitucional viene adquiriendo el reconocimiento social que lo proyecta como la institución bascular del Estado de Derecho encargada de resolver en última instancia las controversias constitucionales.”¹⁴

2.- “Una interpretación “constitucionalmente adecuada” de la función del Tribunal Constitucional en atención a las características histórico-culturales de Perú y Latinoamérica demanda un activismo judicial frente a una **conducta de autocontención judicial**, a modo de política de la jurisdicción constitucional en el contexto de democracias incipientes o precarias, como la nuestra, pues sólo de esa forma la Constitución desplegará plenamente su fuerza normativa y los derechos

¹⁴ LANDA, César, “Guardián de la Constitución” en Editorial Gaceta del Tribunal Constitucional, Edición: N° 2, abril - junio 2006, <http://gaceta.tc.gob.pe/editorial.shtml?x=1258>, 26/08/2010, 9:28

fundamentales proyectarán su efecto de irradiación en el ordenamiento jurídico en su integridad. Por ello, la función de la Tribunal Constitucional debe ser valorada en ese concreto contexto histórico en el que ha sido situado. Desde tal perspectiva, la función y misión del Tribunal Constitucional peruano sólo puede ser el de un **activismo constitucional judicial**. Ciertamente es que, ello no obstante, él debe ser desplegado en el contexto de una **prudencia** que **evite que un desatinado activismo judicial** quebrante el propio cometido del Tribunal.”¹⁵

3.- “10. Seguramente la virtud más importante de un juez (y de la que ha de quedar algún reflejo en una sentencia) sea el **equilibrio**. Un equilibrio entre las dosis de imaginación que se necesitan para encontrar **soluciones innovadoras que permiten hacer justicia y la exigencia de ser coherente** – y leal- con el sistema bajo (no “sobre”) el que opera; entre la capacidad de análisis teórico y de utilización de categorías abstractas, y la conciencia de que todo ello debe resultar aplicable a la práctica, al caso que se trata de resolver, **entre la modestia, la auto-restricción** y la resistencia al **activismo judicial**, y el valor necesario en ocasiones para resistir todo tipo de presiones (provenientes del poder político, económico, de los medios de comunicación o de los propios jueces); entre las convicciones morales fuertes y la exigencia de no imponérselas a los demás, a no ser que lo que esté en juego sean los derechos fundamentales de los individuos.”¹⁶

4.- “NO está de más señalar, que la sentencia dictada por el TC, es uno que se enmarca dentro del “**activismo judicial**”(El término activismo judicial hace referencia a la práctica y concepción del Juez como limitador de los demás poderes del Estado a través de la aplicación de la Constitución y los derechos fundamentales. Reclama un mayor protagonismo de los Tribunales y que las sentencias sean creadoras de Derecho -yendo más allá de la mera interpretación o del positivismo en nuestro caso -, con la intención de generar un cambio en la legislación, la Jurisprudencia o la sociedad.

¹⁵ MENDOZA ESCALANTE, Mijail, “Tribunal Constitucional y control material de Resoluciones Judiciales” en Gaceta del Tribunal Constitucional, Edición: N° 4, octubre-diciembre 2006, http://gaceta.tc.gob.pe/img_upload/e9cd369e9802640e14ca53f5a13e1a36/Mijail_Mendoza_6.pdf, 26/08/2010, 9:39

¹⁶ ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel, “DECÁLOGO PARA LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA (*)”, martes 10 de agosto de 2010, (*) Publicado en Jurídica, Suplemento de Análisis Legal del diario El Peruano, en su edición del 27 de julio de 2010. p. 4., <http://catedrajudicial.blogspot.com/>, 26/08/2010, 09:49

Responde al fenómeno judicial manifestado de manera tanto internacional como nacional)...”¹⁷

He resaltado diferentes términos y frases como : jurisprudencia ponderada, autolimitación, activismo judicial moderado , activismo constitucional judicial, contexto de ,prudencia, evitar desatinado activismo judicial, equilibrio, soluciones innovadoras que permiten hacer justicia, exigencia de ser coherente , sentencias creadoras de Derecho y generar un cambio en la legislación, la Jurisprudencia o la sociedad, las cuales me servirán para explicar mi postura final.

Debo dejar constancia de mi inquietud por los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que ejercitando un activismo judicial, como es invocado en las citas anteriores, contradice las decisiones del Poder Judicial, llegándose a crear un nuevo concepto de la *res iudicata*, el de la cosa juzgada constitucional.

6.1 Activismo progresista

Adelanto mi postura en el sentido que hablar del “activismo progresista” en el proceso civil no es adecuado, no es coherente, puesto que el activismo no es una técnica sino una política. Sin embargo como se suele hablar en general del Activismo Judicial para identificar las acciones del juez en el ejercicio de la función como en su proyección institucional, voy a referirse al Activismo judicial-técnico relativo al papel del juez en el proceso y al Activismo judicial-político, en cuanto al papel del juez en el proceso de reformas y mejoras institucionales. Antes de ello, al “juez progresista” lo voy a ubicar en dos planos: uno individual y uno colectivo o asociado.

A su vez en cada plano voy a distinguir entre el pensamiento y actuación en la función jurisdiccional y en la participación institucional. Es en éste último donde encaja el activismo judicial, entendiéndolo como medio para promover los cambios estructurales necesarios y no como “poder absoluto o gobierno de los jueces”.

A) Plano individual: jurisdiccional e institucional

1. En el ejercicio jurisdiccional

El juez es activista, en tanto no tiene una posición pasiva en los procesos en los que interviene. Asume la dirección del proceso con convicción y responsabilidad. Es

¹⁷Constitucionalistas. com, El portal de la actualidad Jurídica, Caso Cementos Lima,<http://constitucionalistas.net46.net/index.php/joomla-overview/17-foro-de-discusion-justicia-constitucional/19-caso-cementos-lima>, 26/08/2010, 10:00

progresista en tanto resuelve con compromiso social y sus decisiones pueden constituir creación de Derecho. Es el juez líder en su Despacho Judicial y en su equipo de trabajo. Es un juez que reconoce sus fortalezas, debilidades, oportunidades y amenazas, y se preocupa de “reciclarse” y mantenerse actualizado en materias jurídicas.

2. En la proyección institucional

Es juez activista que si bien no participa directamente en colectivos o asociaciones de magistrados, sigue la corriente reformista desde su Despacho Judicial y además presenta propuestas y proyectos de mejora institucional.

B) Plano colectivo o asociado: jurisdiccional e institucional

1. En el ejercicio jurisdiccional

Los magistrados se reúnen en plenos distritales y nacionales y en los últimos tiempos se realizan Congresos Nacionales, a fin de unificar criterios en diferentes materias las cuales requieren una reflexión colectiva.

Por otro lado, los magistrados aprovechando los recursos que ofrecen los TIDs, difunden información por Internet.

El magistrado Ricardo Corrales Melgarejo en un artículo difundido en Internet “Red de Jueces Transparentes”¹⁸, describe que desde el año 2000 existe una Revista Jurídica Cajamarca actualmente en la dirección:

<http://www.derechoycambiosocial.com/RJC/REVISTA1/revista.htm> y también hay otras revistas que se han ido creando para contribuir en la transparencia y eficiencia del servicio de justicia. No sólo son de jueces sino también de los colegiados (Salas superiores), apunta “{E}n ese sentido, entre los magistrados peruanos, nace la idea de crear la Red de Jueces Transparentes, para cuyo fin estamos solicitando la adhesión de los jueces, abogados, profesores y estudiantes de Derecho, que deseen participar de tan innovadora experiencia.”

2. En la proyección institucional

Simplemente como colectivo, se realizan Congresos Nacionales de Magistrados en los cuales se desarrollan temas como la eficacia y eficiencia de la Administración de Justicia, la organización y gestión judicial, la carrera judicial en sistemas comparados,

¹⁸ **CORRALES MELGAREJO**, Red de Jueces Transparentes, publicado por Cátedra Judicial, **martes 17 de agosto de 2010**, <http://catedrajudicial.blogspot.com/>, **26/08/2010, 09:56**

los sistemas de control en la Judicatura, entre otros, y se trabaja en comisiones para llevar al plenario las propuestas para fortalecer la institucionalidad.

Por otro lado, ejerciendo el derecho de asociación, garantizado como derecho fundamental en el artículo 2 inciso 13 de la Constitución Política del Perú, los jueces se agrupan para participar directa y activamente en la gestión de la institucionalidad. Un ejemplo es la Asociación de Jueces Para la Justicia y Democracia – JUSDEM, la que como presentación y origen señala “Preocupados por la situación política del país en los años noventa, cuya consecuencia inmediata fue la intervención del Poder Judicial, varios Jueces comprometidos decidimos formar una agrupación que nos reuniera entorno a la defensa de la Democracia y de la Justicia, y al amparo de la Constitución y de la ley Orgánica del Poder Judicial...”¹⁹

Igualmente recurren a los TIDs para difundir sus ideas y establecer comunicación con la sociedad peruana.

6.2 Activismo judicial técnico

He denominado activismo técnico por estar relacionado a la dinámica interpretativa del Juez, al juez creador del Derecho, a la posición activa del juez en el proceso judicial frente a las partes. La posición procesal activa es coherente con la corriente publicista del proceso, como se puede advertir de las características de este activismo:

a) La principal manifestación es aquella por la que, reconociendo amplias facultades y discrecionalidad al Juez y relativizando el principio dispositivo, se prefiere el fondo de las materias por sobre las formas procesales.

b) El proceso es un medio que responde a la necesidad social. “El derecho procesal no es, a la vez, efecto y causa del proceso unívocamente entendido, sino efecto de la necesidad social a que la idea del proceso obedece y causa de la institución jurídica que se establece para dar remedio a aquella necesidad.”²⁰

a) Hoy hay una perspectiva social del proceso, la aparición del concepto de “Acceso a la Justicia” busca romper todo tipo de barreras: económicas, sociales, políticas y culturales, pensando en los más vulnerables que requieren tutela.

¹⁹ Asociación de Jueces Para la Justicia y Democracia, <http://www.jusdem.org.pe/institucional.html>, 30/08/2010, 8:25

²⁰ GUASP, Jaime, “Derecho Procesal Civil”, cuarta edición, Editorial CIVITAS, Madrid, España 1998, p. 45

b) Es el marco constitucional y el legal procesal el que le atribuye un papel activo al Juez, puesto que la tutela jurisdiccional es un derecho de los justiciables pero a la vez un deber de los jueces, por lo tanto no se puede priorizar a las partes, ambos: juez y partes tienen un deber que cumplir en el trámite del proceso.

Hoy se habla de la verdad real frente a la legal, del debido proceso formal y sustantivo como se aprecia del siguiente fragmento del Tribunal Constitucional peruano:

“...el debido proceso es un derecho fundamental de naturaleza procesal con alcances genéricos, tanto en lo que respecta a los ámbitos sobre los que se aplica como en lo que atañe a las dimensiones sobre las que se extiende. Con relación a lo primero, queda claro que dicho atributo desborda la órbita estrictamente judicial para involucrarse o extenderse en otros campos como el administrativo, el corporativo particular, el parlamentario, el castrense, entre muchos otros, dando lugar a que en cada caso o respecto de cada ámbito pueda hablarse de un debido proceso jurisdiccional, de un debido proceso administrativo, de un debido proceso corporativo particular, de un debido proceso parlamentario, etc. Por lo que respecta a lo segundo, y como ha sido puesto de relieve en innumerables ocasiones, las dimensiones del debido proceso no solo responden a ingredientes formales o procedimentales, sino que se manifiestan en elementos de connotación sustantiva o material, lo que supone que su evaluación no solo repara en las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc.) sino que también, y con mayor rigor, se orienta a la preservación de los estándares o criterios de justicia sustentables de toda decisión (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.). Así las cosas, el debido proceso es un derecho de estructura compleja, cuyos alcances corresponde precisar a la luz de los ámbitos o dimensiones en cada caso comprometidas. Como ya se anticipó, en el caso de autos, se trata de un reclamo por la transgresión al debido proceso en sede administrativa, no solo en el ámbito formal sino también sustantivo. Corresponde, por tanto, a este Colegiado emitir pronunciamiento respecto de ambos extremos invocados”²¹.

d) Las facultades de impulso y dirección procesal al juez no soslayan las facultades de las partes. De manera adecuada Guasp hace identifica un impulso general que atribuye al juez y un impulso particular de las partes, lo hace igualmente entre dirección general y dirección particular. Este autor se pregunta “... ¿quién es el sujeto activo de la dirección? Lógicamente, en aquellos institutos, como el proceso, que conocen un sujeto eminente por encima de los demás, a él debe confiarse la dirección; por lo tanto, típicamente, al órgano jurisdiccional. Nada de extraño tiene, sin embargo, que, por la idea del señorío procesal atribuido a las partes, tiendan a conservar estas

²¹ EXP. N.º 3075-2006-PA/TC, Lima, en Arequipa, a los 29/08/ 2006.

verdaderas facultades de dirección. En cuanto acto del Juez o de las partes, la actividad de dirección habrá de reunir las correspondientes exigencias subjetivas.”²²

e) El Juez en ejercicio de su función jurisdiccional debe atender a un rol social y promover la Paz social en justicia. Se le reconocen facultades para alcanzar la finalidad del proceso. “[N]o se crea que los jueces cuentan única y exclusivamente con las atribuciones que expresamente les concede el legislador. Si éste ha preterido autorizar explícitamente a los jueces para hacer tal o cual cosa y si ello resulta indispensable para desempeñar cumplidamente su cometido, no sólo pueden sino deben hacerla. (...) Dichas facultades judiciales implícitas pueden y deben ser ejercitadas cuando, por ejemplo, el tenor de la legislación de fondo de algún modo revela que la mens legis es propicia a interpretaciones judiciales creativas.” ²³

f) El Juez puede determinar la norma aplicable al caso concreto, aún cuando no haya sido invocada por las partes (principio iura novit curia).

g) Si bien, la parte activa introduce la pretensión, que es el objeto procesal y circunscribe la actuación del juez y son las partes las que aportan las pruebas, se reconocen facultades al juez, para dirigir e impulsar de oficio los actos procesales y actuar medios probatorios de oficio y valorarlos para alcanzar la finalidad del proceso.

h) En la búsqueda de los valores efectividad y eficacia en la tutela jurisdiccional, van apareciendo manifestaciones y pronunciamiento judiciales como la tutela preventiva, en la cual se va más allá, incluso de la pretensión de las partes, y los pronunciamientos vinculan a terceros que no han intervenido en el proceso. El maestro Peyrano explica que “{O}tro supuesto de función judicial preventiva está representado por el llamado “mandato preventivo”, conforme al cual el órgano jurisdiccional puede y debe, oficiosamente, emitir órdenes judiciales (aún respecto a terceros ajenos al proceso civil respectivo) cuando la sustanciación de un proceso le ha dado la oportunidad de tomar conocimiento de que es probable que un daño ya acaecido se repita (o agrave) en detrimento de sujetos identificados o no. “²⁴ y agrega que “{E}n puridad, quizá no sea del todo exacto decir que en los casos arrimados se habían soslayado los principios dispositivos y de congruencia y la legitimación procesal, puesto que, en realidad, tales

²² GUASP, Op.cit., p. 437

²³ PEYRANO, W., “La acción preventiva”, en Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, Fondo Desarrollo Editorial, Universidad de Lima, Perú, 2003, pp. 11/53, pp. 32/33

²⁴ PEYRANO,., Op.cit, p. 17

principios pueden y deben funcionar en el entramado “normal” del proceso y no en supuestos donde, obviamente, el accionar del juez debe exorbitar la solución de la concreta litis planteada.”²⁵

6.3 Crítica del Garantismo

La crítica no es otra que la que se hace a la corriente publicista, como lo veremos a continuación:

a) La Constitución Política impone al juez la garantía de independencia e imparcialidad lo que no se cumple cuando se le ubica en una posición superior a las partes. Señala Montero Aroca que el proceso es “... el único instrumento para el ejercicio de la potestad jurisdiccional , la cual no se realiza fuera del proceso o , dicho de otra forma, la jurisdicción sólo actúa por medio del proceso, o bien fuera del proceso no se ejerce jurisdicción. Ello es así por la correlación e interdependencia entre jurisdicción o proceso. (...) Es también el único puesto a disposición de las partes para impetrar de los tribunales la tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos. El proceso no puede verse sólo desde el punto de vista del juez, sino que debe verse también desde la óptica de las partes; para éstas es asimismo medio, camino, método e instrumento para que el derecho objetivo se realice en su caso concreto.”²⁶

b) La extensión de facultades al Juez, vulnera el derecho de las partes y el debido proceso.

-En cuanto a la norma no invocada por las partes, señala Montero Aroca que “...existen procesos en los que el juez puede aportar hechos y proceso en los que no, en todos es de aplicación el clásico brocardo iura novit curia, de acuerdo con el cual el tribunal conoce el derecho, no estando vinculado por las alegaciones jurídicas que hagan las partes. Así el juez puede estimar correcta una de las opiniones jurídicas formuladas por las partes, pero puede también estimar que las dos son no son aplicables en el caso enjuiciado y formular su propia calificación jurídica de los hechos. Es lo que se ha llamado “tercera opinión”... ”²⁷ El maestro no cuestiona la validez de la actuación del juez, pero sí pone énfasis en la forma como se hará valer la tercera opinión, sin vulnerar el derecho de defensa.

²⁵ PEYRANO, Op.cit., p. 20

²⁶ MONTERO AROCA, Op.cit., p. 282/283

²⁷ MONTERO AROCA, Op.cit., p.316

- En cuanto a la actividad probatoria, el juez debe circunscribir su actuación y pronunciamiento a lo aportado por las partes debiendo respetar la congruencia en el proceso. Montero Aroca señala que “[S]on las partes las que deben aportar los hechos al proceso por medio de los actos de alegación, el juzgador no tiene esa facultad (ni deber). Este monopolio de aportación rige en el proceso civil y debe seguir en el futuro, por cuanto su alteración significaría destruir la base misma del principio de oportunidad y atentar a la imparcialidad del juez.”²⁸

c) El activismo judicial es un riesgo porque tiende a confundirse con el autoritarismo y poder ilimitado de los jueces.

6.4 Puntos de encuentro

a) El proceso es objeto del Derecho procesal y éste forma parte del Derecho Público, puesto que la decisión del juez se impone al vencido y aún en su contra se va a la ejecución forzosa.

b) El proceso civil no tiene carácter privado, a pesar que su inicio corresponde a las partes, sino que es de carácter público.

c) Se busca garantizar el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional y el debido proceso.

d) El Juez tiene un poder, que no es absoluto, que ejerce a través de la función jurisdiccional, atribuida en la Constitución Política.

e) En la actuación del juez se proscribe la arbitrariedad.

Si el principal punto de encuentro entre el Garantismo y el activismo judicial técnico está en garantizar el debido proceso, entonces como señaló el maestro Montero Aroca, en relación al proceso, “...{L}o que ahora importa es descubrir su razón de ser, precisar su por qué.”²⁹

El tradicional debate tradicional es la oposición entre la corriente publicista y la garantista y ahora del Garantismo frente al Activismo Judicial y; se promueve un revisionismo con el afán, tal vez, de declarar la hegemonía del Garantismo procesal, pero me pregunto si acaso Pico i junio no tendrá mucha razón cuando señala que “[E]l debate abierto por la doctrina revisionista está mal planteado en la medida en que mediante la ideologización de las iniciativas materiales del juez pretende politizarse

²⁸ MONTERO AROCA, Op.cit., p.329

²⁹ MONTERO AROCA, Op.cit., 282

una cuestión puramente técnica. Lo relevante no es si el juez debe tener iniciativa probatoria o no, o si debe velar por el respeto a la buena fe de las partes, sino cuáles deben ser los límites de tales iniciativas”³⁰

VII Diagnóstico del Estado de Justicia

En el contexto general, Nino expone que “[E]n los países latinos, y sobre todo en los de origen hispano, el procedimiento judicial suele ser engorroso, lleno de formalidades solemnes y en general elusivo al control por parte de la opinión pública. Todavía se advierten, en esos ámbitos, resabios de una actitud mágica ante el procedimiento judicial, según el cual, pronunciar ciertas palabras o cumplir ciertas fórmulas es condición necesaria y suficiente para obtener determinados efectos jurídicos. Estos obstáculos en el procedimiento judicial son, obviamente, represivos respecto de la capacidad del derecho de influir en la realidad social. Crean una actitud ritualista y medrosa en los abogados y el gente en general, quienes terminan por ver el proceso judicial como un juego del que saldrá triunfador quien supere todos los obstáculos y haga caer a la otra parte en el mayor número posible de trampas, en vez de enfatizar la discusión sobre los intereses que constituyen el telón de fondo del pleito sobre su compatibilidad con principios de moralidad social.”³¹

En el contexto peruano, la situación ilustrada en la siguiente cita no ha cambiado: “Hoy, ¿cuál es el balance del Código Procesal Civil (CPC) de 1993? Díficil tarea. Dependerá del ángulo desde donde ensayemos nuestra valoración. Si lo hacemos bajo la genérica mirada de la reforma de la justicia civil, el resultado será, sin la menor duda, catastrófico. La justicia peruana no mejoró nada en diez años; probablemente esté peor. Sin embargo, se trataría de una apreciación injusta. Ni siquiera el mejor cuerpo normativo que pudiera crear el intelecto humano podría sacarnos de la crisis de nuestra justicia si, como le sucedió a nuestro CPC, la reforma normativa no es acompañada de una auténtica política de reforma judicial.”³²

El panorama del servicio de Justicia no es nada alentador y ello lamentablemente es una constante, por lo tanto el debate, tal vez destructivo, del Garantismo vs. El

³⁰ PICO i JUNOY, Op.cit., p. 65

³¹ NINO, Carlos Santiago, Introducción al análisis del Derecho, Editorial Ariel S.A., , 11º edición , noviembre 2003, Barcelona, España, p. 303

³² Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, , Op.cit., p. 7/8

Activismo judicial no nos lleva a superar la situación de retardo judicial y los focos de corrupción, entre otros.

Los modelos no fracasan, los que fracasan son las personas. A propósito, recuerdo un interesante reportaje a un jugador de fútbol español Emilio Butragueño” El “Buitre”, en el contexto de la crisis financiera de algunos clubes deportivos luego de transformarse en sociedades anónimas en España (Ley del 15/10/1990); titulado “*La sociedad anónima fracasa en el fútbol de España*” (diario Gestión- 09/06/10), quien ante la pregunta del ¿por qué del fracaso de las transformaciones en sociedades anónimas?, respondió- “Porque una cuestión es el modelo y otra es la gestión. Si gastas más de lo que ingresa dará igual el modelo empresarial que apliques” y por ello propuso formar dirigentes deportivos en las universidades. A ello agrego lo que dijo Augusto M. Morillo, “¿Cómo podría ser entonces el Derecho una “caja vacía”, carente de utilidad? Si a su través posibilita lo mejor de sí mismo en miras de asegurar la paz social con justicia. Claro es que ello supone la actuación de hombres morales, que no han sido ganados por la corrupción, la pérdida de confianza, la indisciplina o el vaciamiento de las convicciones, arbotantes todos ellos sustentadores de la democracia madura e igualitaria. De estar ausentes no habría Política ni Derecho que valgan. Así de simple;...”³³

La revisión del papel del juez en el proceso civil es necesaria e importante, no hay que ver el activismo judicial técnico y político como un poder autoritario o dictatorial, sino como una oportunidad de cambio.

La posición activa del juez en el proceso civil es, en mi concepto, irreversible, pero lo que se requiere es una autolimitación. Se espera entonces una tarea reflexiva, de admisión de aciertos y desaciertos, la que puede esperarse de jueces progresistas y comprometidos con el cambio. Los términos y frases de Activismo judicial que resaltamos anteriormente nos ilustran que la tendencia es hacia un Juez identificado con un activismo judicial moderado, que establezca una autolimitación, que resuelva con prudencia y ponderación, que mantenga el equilibrio entre las partes, aún en la búsqueda de la verdad real, que brinde soluciones innovadoras que permiten hacer

³³ MORELLO M., Augusto, “ El nuevo horizonte del Derecho Procesal”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina 2005, p.19

justicia y sentencias creadoras de Derecho y promueva el cambio en la legislación, la Jurisprudencia o la sociedad.

Finalmente, entre algunos puntos a tener en cuenta señalo los siguientes:

- a) Exigencia a los abogados para que en las demandas no se limiten a señalar el artículo de la norma sustantiva sino que la fundamenten en el contexto de su pretensión o contradicción, ya que lo que es requisito de demanda, es la fundamentación jurídica y no la sola mención de la norma.
- b) La aplicación del principio de iura novit curia, oportunidad y garantía de contradictorio.
- b) Correcta fijación de puntos controvertidos. Las partes deberán proponer los que realmente correspondan y el juez deberá revisar que éstos sean efectivamente el punto de la controversia, sólo así podrá admitirse y actuarse los medios probatorios necesarios sin desviar el contradictorio.
- c) Los medios probatorios de oficio: supuestos, límites establecidos por la fuente de prueba.
- d) Mejor uso del Despacho Saneador, para no declarar nulidades innecesarias promovidas por las propias partes, con ánimo dilatorio.
- e) Las sentencias controvertidas deben ser comentadas en foros en los cuales participen tanto jueces como abogados y estudiantes.

VIII Bibliografía

ANGEL RUSSO, Eduardo, Teoría General del Derecho, segunda edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina.

FERREYRA de De la Rúa, Angelina/ GONZALES de la Vega de Opl, Cristina, Lineamientos para un proceso civil moderno, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 1997.

GUASP, Jaime, "Derecho Procesal Civil", cuarta edición, Editorial CIVITAS, Madrid, España 1998.

LARENZ, Karl, Derecho Civil, parte general, Tratado de Derecho Civil Alemán, Editoriales de Derecho Reunidas, EDERSA, Jaén, España, 1978.

MERRYMAN, MERRYMAN, Jhon Henry, Sistemas Legales de América Latina y Europa Tradición y modernidad, Breviarios, Fondo de Cultura Económica, primera reimpresión de segunda reimpresión de segunda edición corregida, Chile.

MONTERO AROCA, MONTERO AROCA, Derecho Jurisdiccional, I parte general, José María Bosch Editor S.A., Barcelona, España, 1994.

MORELLO M., Augusto, "El nuevo horizonte del Derecho Procesal", Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina 2005.

NINO, Carlos Santiago, Introducción al análisis del Derecho, Editorial Ariel S.A., , 11ª edición , noviembre 2003, Barcelona, España, o, p. 205

PEYRANO, W., "La acción preventiva", en Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, Fondo Desarrollo Editorial, Universidad de Lima, Perú, 2003, pp. 11/53.

PEÑUELAS i REIXACH, Luís, La docencia y el aprendizaje del Derecho en España, Marcial Pons, tercera edición, Madrid, España 2009.

PICO i JUNOY, Joan, "El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado" en Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, Fondo Desarrollo Editorial, Universidad de Lima, Perú, 2003, pp. 55/66