

EL ACTIVISMO JUDICIAL

por Federico J. Peyrano y Jorge W. Peyrano

I. Introducción

No es la primera vez (1) que nos referimos al activismo judicial, neologismo que, por lo que sabemos, fue usado primigeniamente por la Suprema Corte de Justicia de E.E.U.U *circa* 1992. En la actualidad, se le suele adicionar el calificativo de “democrático” para poner de resalto que su ideario respeta las garantías procesales, rectamente entendidas, que fluyen de la Constitución Nacional y de los tratados con rango constitucional. En los días que corren, también sirve para identificar una manera de pensar el proceso civil diametralmente distinta de la preconizada por el autodenominado garantismo procesal, corriente ésta minoritaria no sólo en el plano nacional sino asimismo en el internacional. Dicha corriente de pensamiento participa de una visión conforme a la cual sería válida una suerte de teoría deportiva del proceso, condenada expresamente por POUND y CAPPELLETTI (2), que entiende que los juicios sólo deben velar por el respeto de las reglas del juego. El activismo judicial, en cambio, presupone la asignación de un rol mucho más protagónico para los magistrados. Seguidamente, examinaremos sumariamente algunas notas distintivas del activismo judicial democrático.

II. Notas distintivas del activismo judicial democrático.

1. El activismo judicial es realista.

Distingue perfectamente la forma de actuación judicial que le corresponde al juez “distribuidor de justicia” de la que le incumbe al “juez dador de paz social”. Mientras algunos jueces se encuentran hondamente preocupados por distribuir el pan de la Justicia de la mejor manera que se pueda, otros se conforman 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. Obviamente, la tarea del juez distribuidor de justicia es más ardua y comprometida puesto que requiere, v.gr, despachar pruebas oficiosas cuando correspondiere, que no es siempre y generar nuevas herramientas procesales aptas para solucionar adecuadamente el caso. 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. 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 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 cualquier caso, siempre se pone el sayo de juez “distribuidor de justicia” o de juez “dador de paz social”, con palmario y condenable desprecio por el 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 elogiado no es ser el juez, más justo o el más expeditivo, sino el que corresponde ser en el caso.

2. Plena conciencia acerca de cuál es el fin de todo proceso civil

Dicha finalidad no es otra que la de tornar realidad los derechos prometidos por la legislación de fondo y así lo consignan recientes ordenamientos procesales (3). Nada más alejado ello que la formulación de una suerte de “teoría pura del proceso”, que parece preferir el garantismo procesal, interesada primordialmente por obtener soluciones que no se aparten del sistema aún a despecho de emitir decisiones injustas.

3. Nuevas formas de cumplir la faena judicial

La letra y el espíritu del Nuevo Código Civil y Comercial -que ha venido a entronizar legalmente el ideario activista- establecen que ya el juez no es únicamente la “boca de la ley” con su correlativa faena exclusiva de subsumir los hechos en normas legales infraconstitucionales. Es que hoy, además, debe desarrollar una labor de “ponderación” (4) que involucra la apreciación de los valores comprometidos en la causa sujeta a juzgamiento. Más aún: Los magistrados de hogaño poseen “responsabilidad social”, y así deben desarrollar tareas impensadas tiempo atrás (5).

4. Jurisdicción preventiva

Lo señalado al final del acápite anterior explica que el activismo judicial favorezca la consolidación de un accionar judicial preventivo hoy respaldado por el Código Civil y Comercial (6).

5. El activismo judicial es creativo

La creación pretoriana razonable es propia del activismo judicial que le reconoce a los jueces la potestad -excepcional, claro está- de generar nuevas herramientas procesales (poderes heurísticos de los magistrados); posibilidad hoy respaldada por lo declarado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Halabi” que puede sintetizarse así: de mediar una necesidad jurídica, debe existir un mecanismo procesal, pretoriano o legal, para satisfacerla y así mejor solucionar el caso. Cabe acotar que el activismo judicial ha propuesto pretorariamente varios artefactos procesales nuevos (cargas probatorias dinámicas, la medida autosatisfactiva, la reposición *in extremis*, la medida cautelar innovativa, las astreintes no pecuniarias, las medidas anticautelares, etc.), muchas de las cuales han merecido la consagración legislativa no sólo local. Así, por ejemplo, las cargas probatorias dinámicas no sólo se encuentran reguladas en el Código Civil y Comercial de la Nación y en varios ordenamientos procesales provinciales, sino que

también han sido incorporadas a los códigos procesales civiles de España, Colombia y Brasil.

6. El activismo judicial no privilegia a la demandada.

Es que está persuadido de que el “debido proceso” es una avenida de doble mano que ampara a ambas partes y no sólo a la demandada. Ciertamente, en los últimos años se ha buscado favorecer en exceso la situación procesal de la demandada, con olvido de que no siempre la actora es una entidad multinacional o un banco sin escrúpulos. Por el contrario, es frecuente que hoy la parte “débil” sea la actora.

7. El activismo judicial propone la búsqueda razonable y acotada de la verdad histórica.

El juez civil no es un investigador. Bien decía Wach que la “comprobación de la verdad no es el fin del proceso civil y no puede serlo, ello es un resultado deseado pero no asegurado”. Memórese que la obtención de la verdad depende de que las partes ofrezcan la prueba adecuada y que ésta se produzca en tiempo y forma. Además, y si no se han invocado los hechos conducentes, tampoco alumbrará la verdad en el seno del proceso civil respectivo.

8. El activismo judicial no trepida en depositar en manos de los jueces la facultad de dictar pruebas de oficio

He aquí uno de los campos de Agramante del debate “activismo-garantismo”: el de las tradicionalmente llamadas medidas para mejor proveer (7). El garantismo le coloca tantas cortapisas al ejercicio de dicha atribución judicial que, en los hechos, la desconocen. Claro está que el activismo también le coloca límites técnicos al ejercicio de tal facultad puesto que no pueden decretarse cuando no se ha producido prueba alguna (porque debe resolverse el caso de acuerdo con las reglas ortodoxas de distribución del *onus probandi*), y tampoco puede pretenderse con su auxilio introducir hechos a la causa no alegados por los litigantes (ello porque son las partes “soberanas” a la hora de configurar el entramado fáctico de la litis).

9. El activismo judicial prohija la regla que proscribe el abuso en el ámbito del proceso civil

El abuso procesal (8) o, mejor dicho la proscripción del abuso procesal es una institución con fuerte impulso y aceptación en nuestro medio. Se inscribe en un movimiento tendiente a restablecer un mínimo de Ética en el seno del proceso civil. Durante mucho tiempo se erradicó a toda idea moral de los mecanismos procesales civiles, ello posiblemente merced a la exagerada moralina reinante en los procesos civiles medioevales que, por ejemplo, regulaban la institución del perjurio. En la hora actual, el generoso recibimiento brindado al abuso del derecho por el artículo 10 del Código Civil y Comercial, facilita las cosas para quienes sostenemos que dicha norma puede y debe ser aplicada en los procesos civiles.

10. El activismo judicial confía en los jueces

Propicia el orgullo de usar, metafóricamente, la toga. En verdad, cuando se dice que no es aconsejable proporcionarles mayores facultades a los magistrados pues ello puede transformarlos en una especie de cogobernantes, se pierde de vista que si algo caracteriza a los magistrados argentinos es su prudencia. Realmente, pecan más por moderados que por imprudentes. Por añadidura, debe destacarse la experiencia nacional: en tiempos de fuertes crisis económicas financieras que azotaron sucesivamente el país, fueron los jueces los que, pretorianamente y supliendo el silencio (por lo menos inicial) del legislador, supieron diseñar los artefactos procesales gracias a los cuales fueron superadas: indexación, desindexación, desagio, etc..

III. Colofón

En el mundo terrible que describía Orwell en “1984” estaba prohibido imaginar. Afortunadamente, hoy los jueces -en quienes confiamos y en quienes reconocemos la facultad de emitir medidas para mejor proveer- pueden imaginar creaciones pretorianas razonables, imbuidas de la conciencia de que deben “ponderar” y no sólo “subsumir” para favorecer soluciones judiciales más humanas y ajustadas a la realidad. El ejercicio de dicha imaginación importa que los magistrados argentinos han asumido como propio el mandato bíblico “Justicia justa perseguirás”, y no cualquier remedo de Justicia.

NOTAS:

- 1) PEYRANO, Jorge W., “Sobre el activismo judicial”, en “Nuevas Tácticas Procesales”, Ed. Nova Tesis, p. 27.
- 2) Cappelletti, Mauro, “Proceso Oral y Proceso Escrito”, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ed. Egea, p. 89 y p. 81 al pie: “Son demasiados conocidos, por otra parte, también los arbitrios, los abusos y las flagrantes injusticias que por siglos se han ido cometiendo en nombre de una absoluta neutralidad y apartamiento del juez y de una igualdad puramente formal. La teoría de la prueba legal fue un antiguo ejemplo de ello. La teoría deportiva del Derecho Procesal es un ejemplo moderno de lo mismo ... Es conocida la incisiva denuncia de Roscoe Pound del procedimiento civil americano por haber degenerado en una teoría deportiva de la justicia, en la que el juez desempeña el papel de un mero árbitro que asegura que se observen las reglas del juego”.
- 3) El artículo 1 del Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia de la Ciudad de Buenos Aires dispone que: “La finalidad del proceso de familia es la efectiva operatividad de las normas del derecho sustancial”. Dicho cuerpo legal fue redactado por las doctoras Mabel De los Santos, Marisa Herrera y María de los Ángeles Baliero de Burundarena bajo la revisión de la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci.

- 4) Ello se infiere de toda la normativa del nuevo Código Civil y Comercial y en especial de su artículo 3.
- 5) PEYRANO, Jorge W., “Problemas y soluciones procesales”, Ed. Juris, p. 140: “¿De qué se trata, por ejemplo, el mandato preventivo? Pues de materializar procesalmente el ideario conforme al cual el órgano jurisdiccional puede y debe, oficiosamente, emitir órdenes judiciales (aun respecto de 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. La mencionada categoría procesal cuenta con pluralidad de votos de la doctrina autoral”.
- 6) El tenor de los artículo 1711/13 del Código Civil y Comercial de la Nación ha venido a reforzar la posición defensora de la llamada “Jurisdicción Preventiva”, más preocupada por prevenir el daño que por resarcirlo (vide “La Jurisdicción Preventiva” por Jorge W. PEYRANO, en La Ley, Boletín del día 01 de Julio de 2013.
- 7) PEYRANO, Jorge W., “Medidas para mejor proveer”, en La Ley, Boletín del día 30 de septiembre de 2015: “Nosotros las definimos diciendo que son facultades discrecionales que puede emplear el tribunal preocupado por la sospecha de que las pruebas aportadas al proceso no son suficientes para esclarecer la verdad real o “histórica”, en tanto y en cuanto su ejercicio se erija en un mero corrector del principio dispositivo y no en su verdugo”.
- 8) Conf. “Abuso Procesal”, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Ed. Rubinzal – Culzoni, *passim*.