

## ¿ACTIVISMO O GARANTISMO JUDICIAL?

Carlos PARODI REMÓN\*

SUMARIO: I. *Entorno del tema.* II. *Características del activismo y del garantismo judicial.* III. *Tendencia que adopta el Código Procesal Civil de 1993. Comparación con la tesis que regía en el Código de Procedimientos Civiles de 1912.* IV. *Visión panorámica de la doctrina actual.* V. *¿Cuál de las dos opciones garantiza mejor un proceso justo?* VI. *Solución más conveniente para la realidad judicial peruana.* VII. *Conclusiones.*

Conocí a Héctor Fix-Zamudio en abril de 1969 con ocasión de la celebración del IV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, que se realizó en la ciudad de Cuernavaca y a quien volví a ver en junio de 1970, en las V Jornadas Latinoamericanas (luego Iberoamericanas) efectuadas en Bogotá, con la asistencia de los procesalistas, Niceto Alcalá Zamora y Santiago Sentís Melendo. Nuestra amistad, pues, data de 38 años. Se ha mantenido durante este tiempo bajo las premisas de afecto recíproco y de respeto mutuo en lo intelectual, lo que la ha cimentado y fortalecido.

Al agradecer al Instituto Mexicano de Derecho Procesal, del que soy miembro desde esa fecha inolvidable, y al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, de gratísima recordación en lo personal, dedico a Héctor mi aporte a este merecido homenaje, con la esperanza que al leer estas líneas, recuerde a quien tanto lo estima.

### I. ENTORNO DEL TEMA

Históricamente la doctrina viene debatiendo sobre el grado de intervención que debe tener el juez durante el trámite del proceso. En los últi-

\* Profesor emérito de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

mos tiempos el debate se ha acentuado, a tal punto que ha alcanzado carta de ciudadanía con la denominación de por sí sugerente para el estudioso del derecho, activismo o garantismo judicial, según el juez tenga mayor o menor ingerencia en dicho trámite.

El presente trabajo pretende ofrecer una visión panorámica del estado actual de la doctrina sobre el tema y proponer las características positivas y negativas de una y otra opción, para que el lector, especialmente el alumno de derecho, elija la que le preste mayor convicción.

Y no se crea que el análisis del tema nos conducirá a comentarios teóricos que aporten poco o nada a la solución de la grave crisis judicial por la que atraviesa la mayor parte de los países, todo lo contrario, su dilucidación, de ser ella posible, influirá directamente en la adecuada marcha de los procesos, cuyo objetivo, como se sabe, es la paz social a través del reconocimiento de los derechos sustanciales.

El telón del fondo del problema que nos ocupa está dado por la realidad que vivimos. Ante la gravedad de los problemas socio-económicos a escala planetaria, que se presenta ante nuestros ojos, el irrespeto por la vida del ser humano y el desprecio por los valores, la persona se pregunta por el rol que corresponde al Poder Judicial en el Estado y en la sociedad y hasta qué punto está cumpliendo con su papel de máximo equilibrador de las relaciones sociales y de supremo dirimente de los conflictos intersubjetivos de intereses.

El ciudadano común y corriente al cual nos debemos y que es el verdadero destinatario de nuestros esfuerzos y del cumplimiento de la función jurisdiccional, quiere y tiene derecho a que se le absuelva esa pregunta. No con respuestas estereotipadas ni con fórmulas sacramentales que al ser aplicadas en la práctica no significan nada. Resulta hasta grotesco vender la idea que restringiendo nulidades, reduciendo el número de recursos o recortando los plazos judiciales o incluso, aumentando el número de jueces, los procesos se van a acelerar y las sentencias serán emitidas prontamente; todo ello sin referirse al acierto o desacierto en las resoluciones.

El intento de solución pasa necesariamente por dos elementos ineludibles; el primero, la honestidad acrisolada del juzgador, y el segundo, el grado de intervención que debe tener en el proceso, al ejercer la función jurisdiccional.

La honestidad, porque es la única forma de garantizar, hasta donde fuere posible en la condición humana, un mínimo de independencia que constituya una férrea coraza contra las inevitables presiones y tentaciones, y el nivel de intervención en el proceso, porque de ella depende en gran parte el conocimiento lo más preciso de los hechos ocurridos (aspecto fáctico), así como la subsunción en la regla legal que corresponda (aspecto normativo) para lograr una sentencia justa, basada en los valores (aspecto valorativo), que no solo sea expresión de la ley, sino además, del concepto de justicia, equidad y ética que pueda exhibir el juez.

No hay duda que el énfasis que la doctrina está dando al problema en los últimos tiempos, se deba en gran parte a la falta de soluciones concretas que se ofrecen en relación con el drama judicial que todos vivimos, lo que deviene en una falta de credibilidad, cada vez más notoria, en el Poder Judicial, vislumbrándose al respecto un futuro impreciso que es imprescindible remontar, si queremos realmente una paz social verdadera y permanente y no precaria ni aparente.

Otro factor que hace más interesante el tratamiento del tema es su evolución histórica. Hasta los últimos años del siglo XIX se consideraba que el proceso era cuestión de las partes y, por consiguiente, el juez debía limitarse a tramitarlo, sin influir mayormente en su desarrollo, reduciendo su intervención en atender los pedidos que formulaban aquellas, a la manera de un intermediario o árbitro. Tal concepción era una de las expresiones del pensamiento imperante en esa época y que venía desde el siglo XVIII, en el que, conjuntamente con acontecimientos de dimensión universal como la Revolución francesa, se privilegiaba el concepto de “libertad”, referido a la persona individual, valor que tenía primacía sobre cualquier otro. En este contexto adquiriría cierta lógica que tratándose de un proceso judicial, fueran las partes y no el juez quienes dispusieran del mismo, porque lo que en él se debatía eran los derechos materiales de las mismas. Esta versión ha sido ya mencionada. “En la concepción propia del siglo XIX se partía de la idea de que la naturaleza privada de los intereses en juego en el proceso civil, debía significar que las partes tenían que ser también las dueñas del proceso”.<sup>1</sup>

Puede afirmarse que otra manifestación histórica de dicha concepción fue el recurso de casación surgido como una de las consecuencias de la

<sup>1</sup> Montero Aroca, Juan, “Los poderes del juez en el proceso civil”, *Teoría unitaria del proceso*, Rosario-Argentina, Iuris, 2001, p. 219.

Revolución francesa y cuyo verdadero y último objetivo era mantener el imperio de la ley escrita, en su mismo texto, eliminándose de esta manera la posibilidad del juez intérprete y menos la del juez creador. En anterior oportunidad hemos calificado como “mito” a la casación, a la vista del mundo de hoy.<sup>2</sup>

Pues bien, las trascendentales transformaciones sociales, económicas y políticas ocurridas en el siglo XIX, hicieron necesarias otras soluciones para los graves problemas que afrontaba la humanidad, variándose paulatinamente el concepto que se tenía de determinadas instituciones relativas a las relaciones sociales, entre ellas el proceso, al que se fue despojando poco a poco de su excesivo individualismo conocido como versión privatista, surgiendo la consideración del aspecto social, en una tendencia que se dio en llamar su publicización.

Para muchos autores, tal publicización se inició en la normatividad austriaca de fines del siglo XIX, inspirada por Franz Klein.

“Frente a la idea de que el proceso es “cosa de las partes”, a lo largo del siglo XX se ha ido haciendo referencia a la llamada publicización del proceso, estimándose que esta concepción arranca de Klein y de la Ordenanza Procesal Civil Austriaca de 1895”. Posteriormente se refiere a que en esta concepción se trata de “garantizar no sólo los derechos de las partes, sino principalmente los valores e intereses de la sociedad”, hablándose de una “pretendida función social del proceso”.<sup>3</sup>

Otro punto de vista que acredita la complejidad del problema, pero al mismo tiempo demuestra la urgencia de su clasificación, es el que señalamos a continuación:

Constituye clara evidencia de la precedente afirmación la circunstancia de que la tendencia publicística del proceso civil precisamente nace —conforme los estudios de Perelman y contrariamente a lo que sostienen los doctrinarios del galantismo— a partir del proceso de Nuremberg, vale decir con la nueva concepción del Derecho y del proceso que surge con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Esa corriente de pensamiento importó una reacción contra el positivismo y se tradujo en una concepción

<sup>2</sup> Parodi Remón, Carlos, “Dos mitos que desaparecen”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, núm. 3, año 2003, p. 61. En *Cuadernos Procesales*, Órgano de divulgación del Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México A. C., núms. 17 y 18, p. 54.

<sup>3</sup> Montero Aroca, Juan, *op. cit.*, nota 1, pp. 219 y 220.

del derecho menos rígida y formalista, que asigna rango preferente a la solución justa del conflicto a través del rol activo del juzgador, quien para resolver los litigios ha de acudir a la metodología de los “tópicos jurídicos” a los fines de llegar a la solución equitativa o mas aceptable, aunque siempre tomando como marco de referencia a la ley.<sup>4</sup>

Este planteamiento resulta de gran interés para el análisis del tema que estamos estudiando, pues, según la opinión citada, no se trata ya sólo de determinar cual es más conveniente, el activismo o el garantismo, sino que el dilema se relaciona con la búsqueda de la justicia a través de la aplicación de la ley, mediante una u otra opción, haciéndose referencia nada menos que al Tribunal de Nuremberg, cuya actuación puede señalarse como un caso paradigmático en lo que corresponde a la eterna disyuntiva entre el derecho natural y el derecho positivo.

Conocida es la versión que de dicho Tribunal ofrece el tratadista argentino Carlos Santiago Nino al reflexionar sobre la ley y la justicia, defendida la primera por el juez Cayo y la segunda por el juez Sempronio. Se trata de determinar si la ley debe ser aplicada rígidamente, tal como está escrita, o si debe buscarse la justicia, siempre a través de la ley, pero sustentada en los principios de moral y de ética, que debieron inspirarla.<sup>5</sup>

La histórica alternativa entre el derecho natural y el derecho positivo, incluyendo el comentario a la versión de Nino ha sido analizada por el autor.<sup>6</sup>

Es por demás sugestivo tratar el tema activismo vs. garantismo y relacionarlo con el problema derecho natural vs. derecho positivo. En efecto ¿qué debe lograr el juez? ¿La aplicación de la ley o la tendencia a la justicia? Y para una u otra opción, qué es preferible ¿el activismo o el garantismo?

En el desarrollo del tema ofrecemos las alternativas que vayan surgiendo a través de su análisis.

Pero no se agota en estos comentarios el repaso del marco que cubre este asunto. En los últimos tiempos ha surgido en la doctrina una corrien-

<sup>4</sup> Santos, Mabel de los, “Postulación y flexibilización de la congruencia”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, núm. 6, p. 241.

<sup>5</sup> Santiago Nino, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, 9a. reimp., Buenos Aires, Astrea, 1998, pp. 18-22.

<sup>6</sup> Parodi Remón, Carlos, “El derecho natural humanista”, *Del sistema legal al sistema jurídico*, Lima, Universidad “San Martín de Porres”, 2004, pp. 68 y 69.

te que podría denominarse, “la vuelta al garantismo”, que trata de reivindicar sus virtudes y que rechaza, incluso con dureza las características del activismo.

Quienes han enarbolado con mayor énfasis la bandera del garantismo son los juristas Juan Montero Aroca y Adolfo Alvarado Velloso, español y argentino respectivamente, y que respaldan esta tesis con firmes y consistentes argumentos.

Participan de esta tesis, entre otros estudiosos del derecho procesal, los juristas italianos Franco Cipriani y Girolamo Monteleone.

En los últimos años estamos asistiendo, primero, al reconocimiento de que el aumento de las poderes del juez es algo propio de una ideología que propicia el aumento de los poderes del Estado en detrimento de la libertad del ciudadano...

La LEC parte de una concepción que puede calificarse claramente de liberal y en la que el principio dispositivo es su elemento determinante. Son las partes las que han de determinar el objeto del proceso y la clase de tutela y al juez no le incumbe investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados...<sup>7</sup>

Este es pues el entorno del presente trabajo de investigación. Dada la actualidad del tema y el intenso debate doctrinario al que estamos asistiendo, este estudio se propone ofrecer al lector los argumentos que garantistas y activistas formulan, incluyendo obviamente la opinión del autor, a efecto que el lector asuma la suya propia.

## II. CARACTERÍSTICAS DEL ACTIVISMO Y DEL GARANTISMO JUDICIAL

Ya hemos dicho, como premisa general, que tales opciones dependen del grado de intervención que tenga el juez en el proceso; mínima en el garantismo y amplia en el activismo.

Dice Gozaíni que el garantismo sostiene que: “El proceso es un problema entre partes y de este modo, cualquier conflicto celebrado ante jueces o tribunales, se rige por el principio dispositivo, según el cual, *nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*, es decir que no hay proceso sin petición de parte y no puede el juez promover él mismo un conflicto entre

<sup>7</sup> Montero Aroca, Juan, *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, pp. 53 y 54.

partes”. Y agrega: “La prueba de las partes se convierte en una suerte de juego de persuasiones, porque hay que convencer al juez de la razón, antes que demostrarle la verdad auténtica de las realidades”.<sup>8</sup>

Es decir, como se trata de un asunto de partes, el juez debe intervenir lo menos posible. El proceso se inicia necesariamente a instancia de parte, jamás por iniciativa de un juez, el mismo que debe atenerse a las pruebas que las partes le ofrecen, sin tener ninguna iniciativa probatoria y además la decisión que adopte en la sentencia necesariamente estará dentro de los límites de la pretensión del demandante y de la contestación del demandado. Lo contrario sería convertir al juez en un ente parcializado, lo que es rechazado por el garantismo, pues cualquiera de tales actitudes u otras similares equivaldría a una indebida intromisión en el derecho material de las partes que se está debatiendo en el proceso, y que es de exclusiva disposición de ellas.

El mismo autor argentino al definir la publicización nos dice: “El proceso judicial tiene dos variables. Por un lado se puede interpretar que es una actividad política del Estado por medio de la cual ejerce el poder de resolver el conflicto que tienen las personas que habitan en su suelo”.

Y por otro, “El proceso judicial es una garantía constitucional. Preeviste al conflicto y es la reserva de justicia que tiene asegurada cualquier persona cuando encuentra que sus derechos están afectados”.<sup>9</sup>

En el activismo judicial, al que se identifica con la publicización del proceso, el juez actúa como el director del proceso e incluso lo impulsa aún que las partes no lo soliciten, tiene iniciativa probatoria e indaga a través de ella y hasta donde sea posible, la verdad material, es decir la realidad de los hechos ocurridos, para expedir una sentencia que dentro de la ley, los aprehenda y constituya no sólo la aplicación de la ley, sino de la tendencia a la justicia.

“Los jueces ¿aplican la ley o hacen justicia? Acaso ¿no es lo mismo?”<sup>10</sup>

La respuesta ya la hemos propuesto anteriormente:<sup>11</sup> “Una cosa es hacer justicia y otra aplicar la ley”.<sup>12</sup>

<sup>8</sup> Gozáni, Osvaldo Alfredo, “Problemas actuales del derecho procesal”, *Garantismo vs. Activismo Judicial*, México, p. 28.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>11</sup> Parodi Remón, Carlos, *Ensayos de derecho procesal*, Lima, Editorial Huallaga, 2000, p. 7.

<sup>12</sup> *Ibidem*, presentación.

Montero Aroca, quien sostiene enfáticamente que existe una relación causal entre la ideología política de cualquier país y las leyes que en él se expiden, incluidos especialmente los códigos, dice: “Mi punto general de partida es una elemental máxima de la experiencia: una ley o código, sea cual fuere la materia que regula, es siempre expresión de la concepción ideológica propia de la sociedad en que se hace y de la sostenida por los responsables políticos que lo hacen”.<sup>13</sup>

Precisamente, al comentar el código italiano de 1940 y haciendo referencia a la época en que se expidió, expresa:

Cualquier persona razonable y con experiencia no llegaría ni siquiera a cuestionarse que un código promulgado en Italia y en 1940, tiene que tener una base ideológica fascista y que el mismo no puede estar elaborado sobre la idea liberal y garantista de la tutela de los derechos de los ciudadanos, sino sobre la preponderancia de lo público sobre los intereses de los súbditos. Siempre esa persona podría llegar a cuestionarse el grado de autoritarismo que se alcanza en el código pero no la base autoritaria del mismo.<sup>14</sup>

En el garantismo, comentado por Montero, se excluye al juez de las facultades materiales en el desarrollo del proceso, no puede aportar hechos, no puede practicar pruebas no propuestas por las partes y se privilegia a éstas en su trámite.<sup>15</sup>

En el activismo, el juez sí tiene facultades para dirigir e impulsar el proceso, desde el punto de vista procesal, no material, y puede disponer de oficio la actuación de medios probatorios, indagando sobre la verdad material, la misma que será la base de la sentencia a expedirse.

Al respecto pensamos, que si bien es cierto que toda normatividad legal que se dicte en un país, debe responder a la tendencia política que asumen sus gobernantes, esta premisa, de suyo genérica, no es absoluta en algunos casos, por lo menos en el mismo grado, como ocurre con los códigos o con las leyes orgánicas, cuyo sustento, por encima del texto que pueden tener, debe inspirarse en los valores que toda constitución ha de proteger y preservar.

<sup>13</sup> Montero Aroca, Juan, “El proceso civil llamado social como instrumento de justicia autoritaria”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, núm. 6, p. 20.

<sup>14</sup> *Idem*.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 28.

Una cosa son los principios de política autoritaria y otra un código aprobado en un régimen autoritario. Un código procesal puede contener reglas que sean expresión del activismo e incluso con tendencia a proyectarse socialmente y no ser necesariamente de carácter totalitario.

Más aun, los códigos, en este caso el procesal civil, han de ser interpretados, primero por los abogados para demandar o contestar las demandas y posteriormente por los magistrados para aplicarlos y resolver conflictos de intereses. Es el juez, en último término, quien debe extraer lo mejor de la norma positiva para, a través de su aplicación, hacer justicia, o por lo menos tender a ella.

Es cierto que la gran mayoría de las normas procesales son de orden público, pero también lo es que el juez puede adecuarlas a los fines del proceso, como lo reconoce expresamente el artículo IX del título preliminar del Código Procesal Civil y el fin esencial del proceso es la justicia.

Comparando las características de ambas conductas del juez, el activismo y el garantismo, encontramos lo siguiente.

a) Toda sentencia debe reflejar los valores que son el sustento y justificación de la Constitución. Siendo el activismo un modo de proceder del juez y no un sistema, no se ven las razones por las cuales en caso que el juez lo aplique, no se preserven los principios constitucionales. El activismo incide sólo en el trámite propiamente dicho del proceso, sin que se melle el derecho material de las partes, por lo que las críticas que se le puedan hacer se referirán únicamente a la forma en que se lleve el proceso, la cual sólo se pervierte, en el caso que el juez que lo tramita sea deshonesto o prevaricador, y pretenda favorecer a una de las partes con detrimento de la otra. Y ello puede ocurrir en la práctica, tanto en una conducta activista como en una garantista. Ninguna es mejor que la otra cuando el juez actúa sin ética en el cumplimiento de su función jurisdiccional.

b) En el activismo se aumentan los poderes del juez pero, como se ha visto reiteradamente, sólo en el trámite propiamente dicho, sin rozar siquiera, con el derecho material de las partes. Tales poderes no se ejercen en beneficio de éstas, ni como manifestación del exceso del poder jurisdiccional, sino como la materialización del esfuerzo para lograr una justicia limpia, pronta y lo más acertada posible, y al alcanzarlo, o pretenderlo, no sólo se está cumpliendo con las exigencias de la función pública, sino con el compromiso legal y moral que todo funcionario público adquiere, por el simple hecho de serlo, con toda la sociedad. Esta reflexión cobra una dimensión especial, cuando se trata de los magistrados, quienes tienen que

decidir sobre el patrimonio y la vida de sus semejantes. Sólo cuando un magistrado actúa “viviendo” el proceso, lo que singularmente se puede obtener con el activismo, y bajo la sagrada e invariable premisa de la honestidad, la ética y la moral, se puede dar cabal respuesta a la interrogante ¿quién es el hombre para juzgar al hombre?

c) Como quiera que en el garantismo se limita más y más cada día, la intervención del juez en el proceso, esta abstención puede devenir en la distorsión del debido proceso, cuya eficacia y vigencia se va debilitando paulatinamente en la medida que las partes procesales hacen todas los esfuerzos posibles para imponer sus puntos de vista, único objetivo que les interesa, a efecto de lograr una sentencia favorable. Esta posición ignora totalmente el aspecto social del proceso, pues sólo importa el éxito individual.

Queda entendido que el término “social”, en el entorno que estamos estudiando, no tiene ninguna connotación, menos política, que estrictamente jurídica. El proceso no es social en sí mismo ni por sí mismo. Lo que tiene es *proyección* social, que no es igual. Se prolonga a la sociedad porque el juez ejerce la función jurisdiccional, pública por excelencia y tramita el proceso, de naturaleza también pública, pretendiendo una sentencia que no sólo signifique la aplicación de la ley, sino, además la expresión de la justicia. Y la labor del Poder Judicial, así en genérico, tiene que ser vista, analizada y criticada, en su caso, por toda la sociedad, a la cual se debe y es, en último término, su razón de ser.

El cumplimiento de esta tesis se posibilita más en el activismo que en el garantismo.

Si el proceso es el instrumento para la realización del orden jurídico y el reconocimiento de los valores fundamentales, a través del ejercicio de la acción y de la función jurisdiccional, es en el activismo, es decir la opción que confiere al juez más facultades en la prosecución del trámite, donde se puede pretender mejor aquello. El proceso es uno. La diferencia está en el derecho material que se debate, y que se define, precisamente al culminarse el proceso, mediante la expedición de la sentencia.

d) El problema de la igualdad de las partes en el proceso. Esta igualdad es uno de los conformantes del debido proceso y también un reconocido principio procesal. Lo mencionan expresamente todas las legislaciones y es invocado permanentemente en la doctrina y en la jurisprudencia.

Anteriormente hemos tratado el tema, diferenciando la igualdad ante la ley, norma genérica considerada como garantía constitucional y la igual-

dad en el proceso, que debe materializarla obligatoriamente el juez en todo proceso.<sup>16</sup>

En relación con la primera, pensamos que es sólo un ideal, irrealizable en la práctica, e incluso hemos propuesto la modificación de la conocida y sacramental frase, “Todos somos iguales ante la ley”, por “Todos somos iguales ante la ley, pero la ley no es igual para todos”.

No ocurre lo mismo en lo que se refiere a la igualdad de las partes en el proceso, la que sí es posible y constituye un deber del juez alcanzarla.

Esta reflexión fue materia de la modificación que propusimos al texto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, convirtiendo en un deber lo que era una mera facultad del juez, “mantener la igualdad de las partes en el proceso”. Así, imperativamente. Tal igualdad se encuentra prevista expresamente en el artículo VI del título preliminar del Código Procesal Civil y en el inciso 2 de su artículo 50, como deber del juez.

Así mismo en el artículo 60. de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El objetivo de lograr la igualdad de las partes en el proceso, adquiere relevancia especial según se trate del activismo o del garantismo.

En el caso de la primera opción, el juez tiene la posibilidad de ejercer las facultades que la ley le otorga para procurar la igualdad, la que obviamente se refiere sólo al trámite del proceso, es decir el tratamiento jurisdiccional a las partes procesales.

No ocurre lo mismo en el caso del garantismo, en el que, dependiendo la prosecución del proceso únicamente de las partes, resulta muy difícil alcanzar la igualdad entre las mismas. De este modo, la garantía que sugiere el término “garantismo”, funciona en beneficio de las partes, lo que no es incorrecto en una visión privatista del proceso.

Pero que no basta en una concepción publicista, entendiéndose esta última acepción como expresión de la naturaleza pública del proceso y como consecuencia, de su proyección a la sociedad, que requiere un Poder Judicial confiable, sin que la existencia de estas dos últimas características, atente en modo alguno contra el derecho material de las partes, siempre respetable e inviolable.

Reiteramos que el activismo sólo se refiere a la conducta que asume el juez al tramitar el proceso y eventualmente puede ser considerado como una modalidad del publicismo. Pero no se identifica en forma alguna con el sistema inquisitivo ni es una manifestación del autoritarismo. Huelga

<sup>16</sup> Parodi Remón, Carlos, *El derecho procesal del futuro*, Lima, 1996, pp. 134 y ss.

agregar que menos aún guarda conexión o afinidad con cualquier tipo o versión del totalitarismo ni el decisionismo.

Se incluye también en esta reflexión el llamado “decisionismo”, versión mencionada en los últimos tiempos y que concibe al juez como todopoderoso que admite cualquier pedido que se le formula, llegando muchas veces al abuso y hasta el absurdo, como sería ignorar la existencia del proceso, lo que podría ocurrir en las medidas denominadas “autosatisfactivas”. Una cosa es el activismo, que presupone una saludable dirección del proceso por el juez para lograr la igualdad procesal de las partes y otra que el magistrado actúe abusivamente en el ejercicio de la función jurisdiccional, lo cual devendría inevitablemente en el indebido favorecimiento de una parte en detrimento de la otra, llegándose así a una desigualdad procesal de las partes que es precisamente lo contrario de aquello a lo cual está obligado, es decir un tratamiento equitativo a aquellas.

- No al decisionismo.
- No al totalitarismo.
- No al autoritarismo.
- Sí a un activismo eficaz, honesto y responsable, que posibilite la igualdad de las partes en el trámite del proceso.

En el activismo pues, la garantía funciona, en atención al derecho de las partes, pero se extiende al grupo social, recipiendario en último término del ejercicio ético, honesto y eficaz de la función jurisdiccional.

La igualdad teórica, ideal, es imposible de lograr. Pero la igualdad procesal sí se puede alcanzar si el juez dispone de las normas legales que la hagan posible y actué con honestidad y con ponderación al disponer el trámite del proceso.

Y esta igualdad sí es una garantía en el empeño de obtener una sentencia que, dentro de las limitaciones humanas, que todos reconocemos, sea la expresión de la buena fe de un juez, para quien el límite al momento de expedir una sentencia, no sea solamente la ley, sino también y además, su propia conciencia.

e) Otro importante aspecto que demuestra gráficamente la distinción, según el juez asuma la conducta activista o garantista, es el referente a la estructura de la sentencia. Aparentemente no existe mayor relación entre una cosa y la otra, pero si se analiza el tema en función de las consecuen-

cias sociales que debe proyectar toda resolución judicial, se advierte una diferencia sustancial.

Es harto conocido que toda sentencia consta de tres partes inherentes a su naturaleza, en el fondo y en la forma. La expositiva, la considerativa y la resolutive. No es necesario detallar cada una de ellas, pues la primera es la narración de los actuados, la segunda se refiere a la motivación de la resolución y la tercera a su sentido, es decir, determina el éxito del demandante o del demandado.

La motivación de la sentencia es una garantía constitucional y obviamente también legal, como es de verse del artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política y de los artículos 50 inciso 6 del Código Procesal Civil y 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En la parte resolutive el juez decide el conflicto de intereses y se pone fin a la instancia.

Ahora bien, es obvio que las tres partes tienen la misma importancia, pues no se concibe, incluso desde un punto de vista elemental y hasta de sentido común, que se tome una determinación de envergadura sobre los derechos de otra persona, sin señalar clara e indubitadamente las razones para ello, y la decisión, que es la razón de ser de la función jurisdiccional.

Hemos sostenido que la motivación de la sentencia es un deber ineludible del magistrado y que está en la misma base del Estado y de la sociedad. Incluso nos hemos referido a la conveniencia y necesidad que las resoluciones del tribunal superior, cuando se confirman las venidas en apelación de los juzgados de primera instancia o especializados, no se limiten a ratificar los fallos inferiores, sino que abunden en su sustentación, agregando otros fundamentos o, por lo menos, glosando los del juez.

Oportunamente, se ha promulgado la Ley núm. 28489 del 11 de abril de 2005 cuyo texto, precisamente incide en el aspecto mencionado, corroborando la tesis mencionada, al modificar el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y establecer lo siguiente:

Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustenten. Esta disposición alcanza a los órganos jurisdiccionales de segunda instancia que absuelven el grado, en cuyo caso, la reproducción de los fundamentos de la resolución recurrida, no constituye motivación suficiente.

Sin embargo, la visión genérica que hemos reseñado de la estructura de la sentencia, varía en la práctica, según se trate de la conducta activista o garantista.

Como quiera que en esta última prevalece la voluntad de las partes en el trámite del proceso, en su extensión y culminación, y cada una de ellas pretende constituirse en la ganadora, es decir, la parte demandante lograr que se declare fundada la demanda y la parte demandada, que se desestime, la parte de la sentencia que realmente interesa a una y a otra, es la resolutive, en la que el juez decide el conflicto de intereses y le otorga la razón a una o a otra.

En esta opción, no importa tanto las razones que adujo el juez en la parte considerativa de la sentencia para definir el proceso; lo que la parte procesal busca de inmediato es el resultado concreto del proceso, es decir en la terminología acostumbrada, si ganó o perdió. Como en el ámbito garantista no se contempla la naturaleza social del proceso ni la proyección de la sentencia a la colectividad, los límites del interés de las partes están dados exclusivamente por el sentido del fallo, que se encuentra en la parte resolutive, donde se decide el destino de su derecho material.

Diferente es la situación en la opción activista. La facultad directriz que tiene el juez en la tramitación del proceso y que debe ejercerla teniendo en cuenta en todo momento que la sentencia a expedirse ha de ser reflejo de los valores constitucionales, y que, atenta la proyección social del proceso, su labor como funcionario público debe y tiene que ser fiscalizada por los ciudadanos, que exigen con razón un Poder Judicial honesto y eficiente. Por eso mismo afirmamos que la responsabilidad del juez no termina con la sentencia. Empieza con su expedición.<sup>17</sup>

Entonces, en la visión activista importa tanto la parte resolutive como la considerativa, compete a la ciudadanía en general y no sólo a las partes procesales, a quienes únicamente les interesa su derecho material, observar la forma en que el juez ejerce la función pública de la jurisdicción, y la mejor manera de la evaluación es analizando su labor a través de sus fundamentos, léase la parte considerativa. Tanto más que con su consecución e insistencia, se va delimitando paulatinamente la jurisprudencia nacional, importante fuente formal del derecho.

Y es en este punto de la cuestión que precisamente se advierte la distinción entre el juez honesto y el que no lo es. Hemos sostenido que con

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 274, sexta conclusión.

los mismos argumentos y similares citas legales, se pueden elaborar dos sentencias, ambas aparentemente bien fundamentadas y con argumentos teóricamente sólidos, pero con definiciones diferentes, en la parte resolutive. Si en lo civil, expedir una sentencia injusta con fundamentos más o menos convincentes pero distorsionados intencionalmente por un juez prevaricador, deviene indigno, tal cosa en el campo penal, resulta monstruosa, pues se materializa en la absolución de un culpable o en la condena de un inocente.

En consecuencia, puede afirmarse que la distinción entre el activismo y el garantismo también se refleja en la estructura de toda sentencia, prevaleciendo en el último la parte resolutive, pues a las partes procesales les interesa fundamentalmente el éxito individual, en tanto que en el activismo, importa también y además, la parte considerativa, por la trascendencia de la función jurisdiccional y porque es allí donde se acredita la idoneidad personal, profesional y moral del juez responsable de la sentencia, conformante de un Poder Judicial con esas mismas características. Y ello es consecuencia de las facultades directrices del juez en el proceso admitidas en la conducta activista y por los cuales debe rendir cuentas a la opinión pública, verdadera destinataria de su esfuerzo y de la calidad que debe demostrar en el cumplimiento de la misión que se le encomendó.

f) El derecho siempre ha sido considerado como el medio ideal y civilizado para sustituir la venganza por la justicia. No cabe ejercer ésta por mano propia. En caso de conflicto intersubjetivo, es un tercero quien lo resuelve, el Estado en la actual etapa histórica, a través del Poder Judicial y mediante los procedimientos correspondientes, que son propios del derecho procesal.

Los tres conceptos fundamentales de esta rama jurídica son la acción, la jurisdicción y el proceso. Es decir quien pide, quien resuelve y como se pide y como se resuelve.

Debemos preguntarnos cual de esos tres conceptos es el que mejor acredita al derecho como el límite entre la venganza o justicia por mano propia y la justicia formal ejercida por el Estado.

La respuesta no se hace esperar: es el proceso, instrumento que en manos de quien tiene el poder-deber de la jurisdicción, permite lograr una sentencia que ponga fin al litigio y reivindique la paz social.

Con las premisas anteriores es de suyo trascendente determinar la forma en que el proceso debe tramitarse, para mejor alcanzar el objetivo mencionado.

Surge el dilema: ¿activismo o garantismo? ¿Con cual de estas opciones se advierte con mayor claridad la eliminación de la justicia por mano propia y la vigencia de la justicia formal?

En absoluto insinuamos siquiera que un proceso tramitado de acuerdo con las pautas del garantismo, recuerda la búsqueda de la justicia por mano propia. Pero no cabe duda que una conducta judicial activista moderada, no autoritaria ni inquisitiva y que pretenda en lo fundamental, la igualdad procesal de las partes, resulta más esperanzadora en cuanto a obtener, como consecuencia de esa igualdad, una culminación feliz del proceso a través de una sentencia más justa, que atienda con la mayor precisión posible la necesaria coherencia del sentido del fallo con los hechos ocurridos en la realidad que propiciaron el conflicto de intereses y el consiguiente inicio del proceso.

La razón es muy simple. En la conducta garantista la parte privilegia su éxito en el proceso prescindiendo de cualquier otra consideración. Importa más convencer al juez que demostrar la llamada verdad real. No hay duda que sí no se logra la igualdad procesal de las partes, la más fuerte de éstas, social, económica o políticamente hablando, tiene más posibilidades en la práctica que la otra, si se tiene en cuenta, entre otras razones, la inevitable y tradicional dilación de los procesos, que en ocasiones llega al absurdo o a lo festivo, y la consiguiente tardanza en su culminación con la expedición de las sentencias, que en la mayor parte de los casos, en el contorno mencionado, resultan inoperantes o impracticables y en algunos casos, hasta inútiles. Otra razón más que acredita la conveniencia del activismo moderad

g) Un aspecto importante que varía su manifestación en el proceso, según se trate del garantismo o del activismo, es el que se refiere a la eficacia de la tutela jurisdiccional y al cumplimiento de las garantías constitucionales, así como el respeto a los derechos fundamentales.

En la actitud garantista se privilegia la aplicación de la norma positiva tal como está elaborada, es invocada por las partes en beneficio propio y en resguardo de sus intereses personales. El juez se atiene a esta premisa tanto al tramitar el proceso como al expedir sentencia.

Sin embargo lo cierto es que la ley es una parte importante del derecho pero no lo agota. Además, está sujeta a la interpretación de quien la invoca o de quien la aplica. La invocación o la aplicación es más rígida, en cuanto al texto de la ley, en la conducta garantista que en la activista,

pues en aquella sólo interesa la solución del conflicto, mientras que en ésta, además, importa también la proyección social del fallo.

“Los sucesos ocurridos en Alemania después de 1933 demostraron que es imposible identificar el derecho con la ley”.<sup>18</sup>

“Más recientemente ha sealado el maestro Morello la importancia del rol protagónico del juez, la flexibilización de los principios procesales y la actualización de los criterios de hermenéutica para liberar al proceso civil de estériles chalecos de fuerza, de manera que por su intermedio adquiera verdadera operatividad del derecho de fondo”.<sup>19</sup>

“De allí la relevancia del activismo judicial y de rol integrador de la interpretación judicial para alcanzar el dictado de sentencias justas que aseguren la paz social”.<sup>20</sup>

Comentando el principio de congruencia en el Código Procesal Civil Peruano de 1993, dice Mabel de los Santos: “En el caso es clara la colisión de dos valores: por un lado la seguridad jurídica que parece mejor satisfecha con un estricto apego a una interpretación rígida de la congruencia . Por el otro, la eficacia del sistema judicial, que se traduce en la necesidad de resolver el litigio sin gastos o dilaciones evitables, en tanto el debate satisfaga razonablemente las exigencias de la defensa en juicio”.<sup>21</sup>

Si por eficacia de la tutela se entiende otorgar más facultades al juez para conducir el proceso, limpiándolo de trabas ilegales y antijurídicas, generalmente propuestas por la parte demandada y propiciando la necesaria igualdad procesal de las partes, para asegurar un mínimo de certeza en el fallo, no se acierta a ver, en ese contorno, por qué razones se va a lesionar las garantías procesales o los derechos fundamentales de las partes, los que deben ser respetados cualquiera que sea la actitud del juez al tramitar el proceso.

Lo contrario podría hacer pensar que la eficacia solo se puede lograr en el activismo, cuando también deba lograrse en el garantismo, obviamente en el marco del respeto a las garantías constitucionales. Lo que ocurre es que en la conducta activista resulta más viable la posibilidad de la eficacia, porque tiende a obtener la igualdad procesal de las partes, antecedente indispensable, lo reiteramos, para pretender una sentencia justa.

<sup>18</sup> Perelman, Charles, citado por Mabel de los Santos, *op. cit.*, nota 4, p. 241.

<sup>19</sup> Morillo, Augusto Mario, *ibidem*, nota 11.

<sup>20</sup> Storme, Marcel, *ibidem*, notas 12 y 15.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 251.

Franco Cipriani, citado por Picó i Junoy, dice:

Es cierto que en la base de la denominada concepción publicista hay un error de fondo; que el juez pueda tener en las causas civiles más protagonismo que el que tienen las partes. Sin embargo es tiempo de convencerse que cuando se eliminan derechos de las partes y se dan poderes discrecionales al juez, esto es, cuando se busca obtener la eficacia en perjuicio de las garantías, no se resuelve ningún problema y se hace solo un autoritarismo inútil y contraproducente... ..en esta perspectiva, puesto que esta defendida la idea de que si se quiere un proceso eficaz, se necesita estar dispuesto a renunciar a las garantías, o al menos, a alguna garantía...<sup>22</sup>

Insistimos: el juez puede tramitar el proceso con una conducta activista, sin que ello presuponga en modo alguno una expresión de autoritarismo, ni tampoco la lesión o ignorancia de los derechos procesales de las partes, o de las garantías constitucionales, inviolables por ser la manifestación normativa de los valores.

Otro aspecto a comentarse es el que se relaciona con la dimensión que se le quiera dar a la materialización del activismo o del garantismo.

En efecto, quienes sostienen la conveniencia del garantismo, lo identifican como el medio apropiado para asegurar las garantías de las partes durante la tramitación del proceso, pues según esa tesis, aquellas perderían vigencia en la medida que se privilegie la eficacia del proceso.

Sin embargo para lograr esa “seguridad”, puede recurrirse a extremos durante la tramitación procesal, como sería llegar a lo que se conoce como “ritualismo”, figura en la que la forma prima exageradamente sobre el fondo. Es decir con el pretexto de mantener la seguridad de las partes en los derechos que invocan, se exagera la realización de trámites muchas veces innecesarios, casi con “exquisitez”, deviniendo ello en la angustiosa dilación de los procesos, obteniéndose así lo contrario de lo que aparentemente se quería lograr.

“El exceso de formalismo conduciría, por otro lado, a la exaltación de las prescripciones formales, como fin en sí mismo, de modo manifiestamente incompatible con las finalidades sociales del proceso moderno”.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Picó i Junoy, Joan, “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, núm. 4, pp. 257.

<sup>23</sup> Comoglio, Luigi Paolo, *ibidem*, núm. 4, p. 38.

El derecho procesal moderno, sin embargo, viene constantemente evolucionando en el sentido del ablandamiento de la última restricción, de modo a liberar al juez de esas cadenas formalísticas, atribuyéndole poderes intensificados para la investigación probatoria, facultándole de consiguiente mejor conocimiento de los hechos, punto importante en la formación de su convicción.<sup>24</sup>

“Semejante retroceso traería como inamovible consecuencia un indeseable incremento del procesalismo, apartando el juicio de la verdad real o material, ideal que debe ser siempre buscado”.<sup>25</sup>

“Es que muchas veces con la excusa de la “seguridad” en los procesos se configuran verdaderos ritualismos que atentan contra la garantía de la defensa y constituyen causa de inseguridad al generar dilaciones indebidas”.<sup>26</sup>

Las garantías y los derechos de las partes, pueden y deben ser reconocidos y respetados tanto en el activismo como en el garantismo. Una cosa es el respeto a las formas y otra el servilismo ante el rito.

*h)* También se ha hecho referencia a los poderes del juez y de las partes durante la tramitación del proceso, desde un punto de vista comparativo.

La publicización del proceso tuvo su origen en un momento y en un país determinado y se plasmó en una Ordenanza Procesal Civil que, al menos, debe calificarse de antiliberal y autoritaria, y opuesta a su alternativa que es la concepción liberal y garantista del proceso civil. El conceder amplios poderes discrecionales al juez, y precisamente a unos jueces como el austriaco o el ruso o el alemán o el italiano de sus épocas, fuertemente sujetos al Poder Ejecutivo, solo se explica si al mismo tiempo se priva de esos poderes a las partes, poderes que en realidad se resuelven en garantías de las mismas en el inicio y en el desarrollo del proceso civil.<sup>27</sup>

Sin embargo, sobre este mismo asunto y en una polémica con Giovanni Verde, expresa Montero: “Debe quedar claro que en las páginas de mi libro no he imaginado ni soñado que en un sistema autoritario la atribución de poderes al juez se justifique solo si, al mismo tiempo, se priva de ellos a las partes, por cuanto que en el reparto de facultades no hay que

<sup>24</sup> Oliveira, Álvaro de, *ibidem*, p. 51.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>26</sup> Santos, Mabel de los, *ibidem*, p. 188.

<sup>27</sup> Montero Aroca, Juan, *op. cit.*, nota 1, pp. 220 y 221.

imaginar nada, pues en el mismo o se favorece al juez o se favorece a las partes”.<sup>28</sup>

Conforme se dice en esta última cita, unas facultades y otras se advierten claramente en el desarrollo procesal. Las partes disponen de las que le son propias en el ejercicio de su defensa. Y el juez, las que corresponden a la función jurisdiccional, como el “tercero imparcial” que debe dirimir el conflicto. La ley puede otorgarle más o menos facultades en la conducción del proceso, quedando preservadas las de las partes, y viceversa.

Si el juez puede devolver la demanda por la omisión de un requisito formal, la parte puede y debe enmendar la falta, subsanándola y requiriendo al juez para que admita y provea la demanda.

Si la parte procesal tiene que ofrecer la prueba pertinente para convencer al juez de su derecho, en el ámbito publicista, no inquisitivo, no autoritario y no decisionista pero sí anterior.

El objetivo de ello es aclarar el hecho relacionado con esa prueba, pero no disponer una, *no ofrecida por la parte*, que pudiera ser decisiva a las resultas del conflicto. La validez procesal de esta posibilidad se advierte en que el juez puede, y no merecer crítica por ello, en vez de ordenarlo él, requerir a la parte interesada para que complemente la actuación de su propio medio probatorio, bajo apercibimiento de no incluirlo en la evaluación de las pruebas que debe realizar para dictar sentencia.

Una conducta judicial realizada de esta manera no puede ser acusada como inquisitiva, ni autoritaria, ni decisionista, pero sí activista, que no roza la disposición del derecho material de las partes, pero que se nutre de más elementos válidos de juicio para pretender mayor certeza en el fallo a expedirse.

Además, esta posibilidad de que el juez ordene la actuación de una prueba, en el entorno mencionado, no impide que la misma parte lo haga motu proprio, en el ejercicio de su derecho de defensa.

Como tampoco la facultad del juez, para avanzar el proceso, sin que las partes lo soliciten, excluye la posibilidad que estas mismas lo requieran formalmente al juez, en cualquiera de sus etapas secuenciales.

El otorgar pues al juez, facultades directrices en la progresión del proceso, no significa en modo alguno privar a las partes de su legítimo ejercicio.

<sup>28</sup> Montero Aroca, Juan, *op. cit.*, nota 13, p. 26.

Los comentarios que preceden permiten concluir que las características del activismo y del garantismo no deben apreciarse como absolutamente antagónicas o implicantes entre sí, tanto más que no se trata de sistemas, sino de la conducta que el juez asume en relación con la tramitación del proceso.

Por ello resulta oportuna la cita siguiente:

El garantismo exacerbado puede originar la ineficacia del proceso, y la eficacia extrema puede propiciar la vulneración de las garantías básicas de la actividad del juez —con su deber de imparcialidad— y de las partes —con sus derechos a la defensa—. Por ello, el debate garantismo-eficacia no debe plantearse en términos de prevalencia de uno sobre otro, sino de compatibilidad, esto es, debe buscarse la máxima eficacia del proceso respetando las garantías procesales del juez y de las partes.<sup>29</sup>

Esta fórmula, que podría denominarse “activismo moderado”, no incide en el derecho material de las partes, sino en una razonada conducción del proceso por el juez, evitando dilaciones indebidas y premiándose del mayor número de elementos de juicio para posibilitar, en un plazo adecuado, la expedición de una sentencia, que en el marco legal correspondiente refleje la justicia humana, la expresión de la ética del juzgador y que realmente contribuya a la paz social alterada por el conflicto de intereses.

### III. TENDENCIA QUE ADOPTA EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 1993. COMPARACIÓN CON LA TESIS QUE REGÍA EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE 1912

En el desarrollo del tema es indispensable señalar con precisión la línea que sigue el actual Código Procesal Civil de 1993 y las modificaciones que ha admitido en relación con la legislación anterior.

El Código de Procedimientos Civiles de 1912, que tuvo vigencia en el Perú durante ochenta años, siempre ha sido considerado como una copia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, de 1881, incluso hasta en el aspecto numérico de las disposiciones que contenía, como sucede en el caso del artículo 340, referido a la facultad del juez para disponer prue-

<sup>29</sup> Picó i Junoy, Joan, *op. cit.*, nota 22, p. 269.

bas de oficio, con excepción de la testimonial y del juramento decisorio, medio de prueba este último, suprimido en el Código de 1993, siendo inapelable la resolución que así lo determinare.

Podría creerse que la naturaleza de la facultad del juez mencionada, sería un índice de que el Código de 1912 respondería a un criterio que podría ser estimado ahora como activista. Contribuye a esta posibilidad la existencia de otros numerales que, más o menos, se inscriben en el mismo sentido, como el artículo 307 que permitía al juez la devolución de la demanda al demandante, cuando faltara alguno de los requisitos contenidos en el artículo 306, o el artículo 1087 que otorgaba a los jueces y cortes la posibilidad legal de declarar de oficio la nulidad de resoluciones expedidas, en determinados supuestos.

Aparentemente puede llamar a sorpresa que un Código vigente a partir de 1912, época en que aún regía la concepción privatista, contuviera las reglas mencionadas. Pero si se profundiza en el análisis, se advierte lo que ocurre en la práctica. Cuando un juez ejerce la jurisdicción y resuelve un proceso, responde no solamente a la normatividad legal que en su concepto debe aplicar, sino conjuntamente al momento social y político que se está viviendo, lo que es inevitable.

En coherencia con las premisas que informan este trabajo y confirmando nuestro pensamiento de que la responsabilidad del juez no termina con la expedición de la sentencia sino que se inicia con ella, debemos admitir que otro de los factores que el juez no puede dejar de tener en consideración al momento de sentenciar, es el relativo a las derivaciones o consecuencias que ha de traer consigo la sentencia a emitirse. No nos referimos a la ejecución propiamente dicha del fallo, esto es por ejemplo, un embargo, un lanzamiento o una firma. Más bien pensamos en las consecuencias más amplias, más extensivas, que nos llevan al contorno socio-económico o político en que se dictan tales sentencias. El juez de hoy no puede ignorar este aspecto fundamental, en especial por la complejidad e interdependencia del mundo actual.<sup>30</sup>

Esta es una realidad que no puede negarse. Está ligada íntimamente con la tan mentada independencia judicial, que, no pasa de ser un buen deseo o si se quiere una ilusión sempiterna, pero que jamás podría alcanzarse de manera absoluta.

<sup>30</sup> Parodi Remón, Carlos, *op. cit.*, nota 16, p. 112.

La mejor demostración de esta reflexión, la constituye la casi nula aplicación en la práctica, de los mencionados artículos 340, 307 y 1087 del Código de Procedimientos Civiles del Perú, de 1912 durante los ochenta años de su vigencia. Pocas veces o nunca, el juez civil devolvía una demanda por falta de un requisito, disponía de oficio la actuación de alguna prueba o anulaba su propia resolución. Eran numerales sin operatividad. Incluso, recordamos el artículo 103 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1911, promulgada conjuntamente en el Código de Procedimientos Civiles, que facultaba al juez a promover un comparendo con las partes procesales, obviamente para procurar o sugerir un entendimiento o conciliación que pusiera fin al conflicto. Como se trataba de una facultad y no de una obligación, no se hacía uso de posibilidad tan sugerente para concluir con el litigio.

En esa etapa histórica era impensable la materialización de reglas como las expuestas. Regía en todo su vigor la concepción privatista del proceso, prolongada hoy como garantismo y a ningún juez se le hubiera ocurrido avanzar el proceso sin que lo pidieran las partes, o disponer una prueba de oficio.

Es fácil la comparación con el Código vigente de 1993 que prácticamente detiene el proceso desde su mismo inicio al tener el juez la posibilidad de declarar la demanda inadmisibile o improcedente, artículos 426 y 427; dispone de amplia libertad tanto para ordenar la actuación de pruebas, aún no estén previstos expresamente en el Código, artículos 191 y 194, como para valorarlas, artículo 197 y puede declarar de oficio las nulidades insubsanables, último párrafo del artículo 176.

El Código actual se inscribe en la doctrina imperante, según la cual debe dotarse al juez de las facultades necesarias, llámense dirección del proceso, progresarlo de oficio, ordenar la actuación de pruebas, también de oficio, hacer uso de medidas correctivas e incluso el dictado de las llamadas medidas temporales sobre el fondo, modalidad del proceso cautelar.

Todo este marco tiende a una proyección social del proceso, como medio valido de poner fin a los conflictos intersubjetivos de intereses.

Como puede apreciarse, tales características no son propias del movimiento doctrinario que se puede denominar una “vuelta al garantismo” y que ha originado la interesante polémica a la cual asistimos.

Para Mabel de los Santos, “El moderno Código Procesal Civil peruano constituye un sistema procesal privatístico —o dispositivo— con notas de publicismo —o inquisitivismismo, como también se lo ha denominado—”.

Y después agrega: "Si bien el principio dispositivo prevalece en el proceso civil y el inquisitivo en materia penal, ni en materia civil existe disponibilidad absoluta, ni en materia penal indisponibilidad absoluta. Los fines del Derecho Procesal vinculados a estos tipos procesales han servido para que se identifique el tipo procesal dispositivo con la privatización y el tipo procesal inquisitivo con la publicización".<sup>31</sup>

Será por ello que en 1912, en plena época del dispositivismo, en el Código de Procedimientos Civiles de 1912, existían los comentados artículos 307, 340 y 1087 y actualmente, cuando venía rigiendo una ola activista, más aún, reflejada en la legislación, aparece una corriente garantista, que es como "volver a los inicios".

El análisis de ambas opciones y especialmente determinar cual es la más apropiada para la realidad judicial peruana, es el objetivo del presente trabajo.

Por lo demás es conveniente insistir que el texto de la ley por sí solo no basta en manera alguna para intentar una solución válida relacionada con el drama judicial que actualmente, más que siempre, agobia a todos por igual, justiciables, jueces, terceros, cualesquier ciudadano y ampliándose el concepto, a toda la sociedad toda.

Son dos aspectos más los que necesariamente influyen para acertar o no con la propuesta.

Los principios que inspiran a la regla escrita y la actitud que tome quien deba invocar o aplicar la ley, y que depende de la mentalidad que adopte.

Estos dos últimos parámetros son los que explican mejor la comparación entre el Código de Procedimientos Civiles de 1912 y el Código Procesal Civil de 1993.

El primero, perteneciente a una época privatista, con ciertos numerales aparentemente contradictorios como se ha visto.

El segundo, privilegiando la intervención del juez, con las limitaciones expresadas relativas al derecho material de las partes procesales.

Pero el marco majestuoso del drama judicial está dado por la conducta del juez. Su actitud, como la de todo ser humano responde no sólo a los conocimientos que detente, sino al concepto que tenga de los valores, en especial de la honradez y de la justicia.

<sup>31</sup> Santos, Mabel de los, *op. cit.*, nota 4, pp. 239 y 240.

Expresión de Couture: “Cuando una solución es justa decía un magistrado, raramente faltan los argumentos jurídicos que la puedan motivar. El buen juez siempre encuentra el buen derecho para hacer justicia”.<sup>32</sup>

Quizá por eso se ha dicho que más vale una mala ley con un buen juez que una buena ley con un mal juez. “No se ve razones, para que no pueda ocurrir exactamente lo mismo con el juez deshonesto o prevaricador; que no le falten argumentos para expedir una sentencia con aparente marco legal, pero que entrañe una injusticia, cuando no una inmoralidad”.<sup>33</sup>

Trátese de cualquier código o de cualquier conducta, activista o garantista, lo cierto es que en una contingencia humana, el hombre es la referencia final de todas las cosas.

Es cierto que al juez hay que dotarlo de una adecuada normatividad para resolver los conflictos intersubjetivos de intereses.

Pero ella no valdrá de nada si no se aplica con idoneidad intelectual, firmeza de carácter, vocación de justicia e independencia personal hasta donde ello fuere posible.

No pedimos mucho. No buscamos la perfección porque jamás la encontraremos. Sólo una conducta ponderada, reflexiva y ética.

Que el juez “viva” el proceso, por así decirlo, sin lo cual es poco menos que imposible que conozca y comprenda el drama humano que subyace en todo proceso.

Todo ello es difícil que se alcance con la conducta llamada garantista, que presupone un juez pasivo que se limita a atender los pedidos que formulan las partes sin que importe mayormente la proyección social del proceso, que sí tiene significado en la actitud publicista o si se quiere activista moderada.

Que juzgue y elija el lector una u otra.

#### IV. VISIÓN PANORÁMICA DE LA DOCTRINA ACTUAL

Promediando el siglo XX era notoria la tendencia a pronunciarse por un juez que condujera el proceso ejercitando las facultades que la ley debía otorgarle. La mayor parte de la doctrina se manifestaba en ese sentido, como una forma de rechazar al juez pasivo o inerte.

<sup>32</sup> Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3a. ed. Buenos Aires, Depalma, 1958, p. 289.

<sup>33</sup> *El derecho procesal del futuro*, p. 191.

Precisamente el cambio de posición del distinguido procesalista español, Juan Montero Aroca, en coincidencia con el jurista argentino Adolfo Alvarado Velloso, ha contribuido eficazmente a renovar el debate entre activismo y garantismo. El siguiente pensamiento suyo es aleccionador:

Después de que en buena medida todos hemos seguido por ese camino, en alguna publicación, que hoy debe calificarse de pecado de juventud, la mayor parte inconscientemente y deslumbrados por el mito, aunque no podemos negar que incurrimos en negligencia por no someter a la crítica intelectual propia e irrenunciable lo que se nos ofrecía, algunos hemos empezado a recapacitar sobre el modelo de juez que está implícito en algunas ideologías y sobre lo que ese modelo significa de supervivencia de concepciones autoritarias y estamos procurando poner distancia ideológica e intelectual de por medio. Nos estamos preguntando por ejemplo, como pudimos desconocer que la distinción entre juez espectador, juez dictador y juez director que hizo Alcalá Zamora, tenía su origen, incluso terminológicamente en la Exposición de Motivos del Código Fascista de 1940.<sup>34</sup>

El mencionado profesor español, en la conferencia de clausura de las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal realizada en San José de Costa Rica el 20 de octubre del 2000, expuso las ventajas del garantismo en relación con el activismo, originando poco después la acentuación del debate a propósito de la tendencia del Código Procesal Italiano de 1940, defendido por Giovanni Verde que confirma la naturaleza social del proceso y criticado por Franco Cipriani y por Girolamo Monteleone, calificando de fascista a dicho código.

Quien comparte plenamente con Montero Aroca la tesis “revisionista”, es el mencionado prestigioso jurista rosarino Adolfo Alvarado Velloso, quien sostiene que “la atribución de poderes al juez no es una cuestión técnica sino puramente política, siendo la ideología política del legislador, la que se plasma en las normas jurídicas”.<sup>35</sup>

Coincide así con Montero Aroca en relacionar la vigencia de un código autoritario con el sistema político, también de esa característica y del cual, es una de sus expresiones.

<sup>34</sup> Se refiere al Código italiano de ese año, Montero Aroca, *Teoría unitaria del proceso*, p. 240.

<sup>35</sup> Alvarado Velloso, Adolfo, citado por Picó y Junoy, *op. cit.*, nota 22, p. 259.

El mismo Montero expresa que “Desde 1999 Alvarado Velloso ha sido el núcleo en torno al que se han organizado ya cinco congresos de Derecho Procesal Garantista en la ciudad de Azul”.<sup>36</sup>

El profesor rosarino Omar Abel Benabentos coincide con la tesis de Montero y de Alvarado, tal como fluye del contenido de su libro referido al carácter unitario del derecho procesal.<sup>37</sup>

Como decíamos al comentar el entorno del tema, la disyuntiva entre una actitud y otra, el activismo o el garantismo, merece la reflexión y el análisis por su directa incidencia en la forma de tramitarse el proceso, lo que a su vez puede reflejarse en una sentencia legal o ilegal, justa o injusta.

El debate doctrinario que se ha producido al respecto se viene desarrollando “in crescendo”, a tal punto que los pronunciamientos a favor o en contra de una u otra tesis, como se ha visto, son cada vez más enfáticos y concluyentes.

El debate es saludable y sus frutos habrán de reflejarse pronto en la legislación y en la jurisprudencia.

Dos son las premisas que deben determinarse para llegar a conclusiones valederas.

La primera tiene que ver con la naturaleza de las dos opciones, el activismo y el garantismo, y la segunda con establecer si un código es expresión directa o no de la tendencia política existente en el país en que se dicta.

En cuanto a la primera, hemos sostenido desde el comienzo de este estudio, que ni el activismo ni el garantismo son sistemas sino actitudes o conductas que asume el juez al tramitar un proceso. Por consiguiente, en la práctica no están limitados por concepciones exageradamente teóricas, surgidas más para la lectura que para la realidad, pues basta la existencia de normas adecuadas que reflejan la vigencia de una norma u otra opción.

Por lo que respecta a la segunda, también hemos opinado que un código que otorgue ciertas facultades directrices del proceso al juez, como disponer la devolución de la demanda al demandante para que subsane una omisión o regularice un error procesal, ordenar la comparecencia de las partes para propiciar una conciliación o que aclaren determinados aspectos de sus posiciones como demandante o como demandado, acordar nulidades de oficio cuando se percate de algún error procesal cometido

<sup>36</sup> Montero Aroca, *op. cit.*, nota 13, p. 17, cita 4.

<sup>37</sup> Benabentos, Omar Abel, *Teoría general unitaria del derecho procesal*, Argentina, Juris, 2001.

por él mismo, disponer también de oficio la actuación de algún medio probatorio, *relacionado con los ofrecidos por las partes*, progresar las etapas del proceso aún las partes no lo soliciten, y otras medidas similares, no presupone *necesariamente*, que ese código sea la expresión de un régimen político totalitario o antidemocrático.

Activismo es una cosa; autoritarismo, decisionismo, totalitarismo, son otra.

En el intenso debate que se está produciendo con este motivo, quienes sostienen las ventajas del garantismo con mayor firmeza son Montero Aroca, Alvarado Velloso, Omar Benabentos, Franco Cipriani y Girolamo Monteleone. Y entre aquellos que se pronuncian por la conveniencia del activismo, encontramos a Giovanni Verde, Mario Morello, Marcel Storme, Luigi Paolo Comoglio, José Luis Vásquez Sotelo, Roland Arazi, José Almagnò Nosete y José Carlos Barboza Moreira.

Exponentes de un punto de vista que podría considerarse intermedio, son Manuel Picó i Junoy, Osvaldo Gozaíni y Mabel de los Santos.

La solución sería un activismo signado como “moderado”, extraño a todo autoritarismo, decisionismo o inquisitivismo, en el que, el juez sin atentar en modo alguno contra el derecho material de las partes, conduzca el proceso dotado de ciertas facultades que le permitan premunirse de elementos de juicio suficientes para que su decisión final, no sólo signifique la mera aplicación de la ley, sino que, a través de ella, interpretándola de acuerdo con la naturaleza del proceso, sus características singulares y en un encuentro con su propia conciencia, constituya también la expresión de la justicia.

Las virtudes y defectos del activismo y del garantismo, como formas de la intervención del juez en un proceso, deben siempre visionarse en función del servicio al litigante, del que pide justicia y no tanto del magistrado.

Esta es una reflexión común para unos y otros tratadistas. Se puede discrepar respecto de cual de las dos actitudes judiciales es la más apropiada, pero la coincidencia deviene indispensable en lo que se refiere al esfuerzo para alcanzar un desenlace justo y en el derecho de los litigantes para requerirlo.

El caso de las conductas garantista o activista es por demás significativo.

La discrepancia doctrinaria que existe al respecto producirá sin duda la mejor de las soluciones en la normatividad escrita y en la consecuente función jurisdiccional. Ésta a su vez, deberá cumplir su rol de equilibra-

dor de las relaciones sociales basadas en el respeto mutuo y en la vigencia permanente de los valores.

La notoria falta de credibilidad en el Poder Judicial debe preocupar no sólo a los magistrados y abogados sino a todos los conformantes del grupo social. Por eso la función excelsa del ejercicio de la jurisdicción ha de encargarse a personas idóneas intelectual y moralmente, sin mengua de los errores que puedan cometer en su calidad de seres humanos.

El presente acápite también es oportuno para destacar la importancia de la doctrina, en que ha de reflejarse la producción legislativa y en la labor jurisdiccional. Las opiniones y planteamientos de quienes contribuyen con su esfuerzo intelectual a la evaluación y modernización del derecho, siempre en relación con las reglas escritas (derecho positivo), que puedan variar según las etapas históricas y lugares en que se apliquen, pero nunca en lo relativo a los valores (derecho natural) que son eternos y anteriores al Estado, puede y debe ser determinante.

Es por ello que la doctrina ha sido considerada desde siempre como fuente formal del derecho.

Incluso, una resolución judicial cualesquiera que sea el área en que se dicte, con adecuadas citas doctrinarias, predispone favorablemente a quienes tengan que ver con ella.

El conocimiento de la doctrina “al día”, es indispensable en el juzgador, no sólo para sustentar convincentemente sus resoluciones desde el punto de vista estrictamente jurídico, sino para propiciar una especie de “cultura del convencimiento”, a fin de recuperar o mantener, según fuere el caso, la confianza en los jueces.

En lo que respecta al problema tratado, tanto el activismo como el garantismo, tienen importantes exponentes en la doctrina.

Que el lector, especialmente el alumno de derecho, saque sus propias conclusiones y asuma la posición que mejor le parezca, basado en sus propias convicciones e idea que tenga del derecho.

## V. ¿CUÁL DE LAS DOS OPCIONES GARANTIZA MEJOR UN PROCESO JUSTO?

Para intentar resolver este dilema, debemos empezar por establecer la naturaleza de lo que debe entenderse por activismo y por garantismo. Ambos son considerados por lo general como sistemas, y éste, a nuestro entender, es el primer error. Ni uno ni otro lo son.

“Sistema”, según el *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed., 2001, tiene las siguientes acepciones:

Conjunto de reglas o principios sobre una materia, racionalmente entrelazados entre sí.

Conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente, contribuyen a determinado objeto.

Aplicado al derecho.

*Inquisitivo*. El que, a diferencia del acusatorio, permite al juzgador exceder la acusación y aún condenar sin ella.

*Acusatorio*. Régimen penal o sancionatorio, que impone a quien acusa, la carga, de probar las imputaciones delictivas para destruir la presunción de inocencia.

Puede apreciarse a simple vista que, ni el activismo ni el garantismo ensamblan con tales definiciones. Los llamados inquisitivo (con su variable penal de acusatorio) y dispositivo, sí son sistemas pues responden a su naturaleza.

¿Cómo, entonces, debemos considerar al activismo y al garantismo para deducir de su análisis cuál es el que puede garantizar su proceso justo?

La vía más adecuada para determinarlo es establecer con claridad los ámbitos del derecho material y del derecho procesal. El primero, como se sabe, se refiere a los derechos de cada persona desde el punto de vista sustantivo, mis bienes, mis cosas, etcétera, el segundo, lo conforman las pautas adjetivas que deben cumplirse en defensa o protección de tales derechos.

En lo que corresponde a nuestro tema, el primero está comprendido en el Código Civil y demás leyes sustantivas y el segundo, en el Código Procesal Civil y otras disposiciones de carácter adjetivo.

La relación entre uno y otro ámbito se advierte con claridad, en lo que respecta al proceso, en el pensamiento siguiente:

El fenómeno de la publicización se ha basado, creemos, en una gravísima confusión entre las facultades materiales y las facultades procesales de dirección del proceso. Una cosa es aumentar los poderes del juez respecto del proceso mismo (en su regularización formal, en el control de los presupuestos procesales, en el impulso para el desarrollo del proceso después de iniciado, por ejemplo, o en el reforzamiento de las facultades del juez para llevar a efecto las decisiones que adopta) y otra, aumentarlas con relación

al contenido del proceso y de modo que pueda llegarse a influir en el contenido de la sentencia.

No hay obstáculo alguno en aumentar las facultades procesales y con ello puede entenderse que se prima el interés público sobre el privado, pero si lo hay en que el juez pueda de oficio iniciar el proceso o alegar hechos o practicar pruebas no pedidas por las partes, pues de este modo se está afectando a la existencia de los derechos subjetivos reconocidos en la norma material.<sup>38</sup>

Establecidos claramente los ámbitos del derecho material y del derecho procesal, y como tanto el activismo como el garantismo, se refieren al grado de intervención que corresponde el juez al tramitar el proceso, deben ser considerados tanto el uno como el otro, como la *conducta* o la *actitud* del juez al participar en el proceso. No corresponden a un sistema determinado. Ni el activismo se confunde con el sistema inquisitivo ni el garantismo con el sistema dispositivo. Inciden sólo en la manera de comportarse del juez frente a un proceso. Y esa manera debe limitarse exclusivamente al aspecto procesal, al ámbito adjetivo, sin influir en el derecho material de las partes. La necesaria presencia del juez para definir un conflicto intersubjetivo de intereses, sólo se expresa en la parte propiamente dicha de las pautas procesales correspondientes, pero no en el derecho material, ni del demandante, ni del demandado.

Sin embargo, queda claro que esa abstención del juzgador sólo existe durante el desarrollo del proceso, pues al momento de sentenciar tiene forzosamente que decidir sobre el derecho material cuestionado, cualesquiera que sea el sentido del fallo. Por eso es difícil afirmar enfáticamente que el juez no debe incidir en la parte sustantiva, como sostienen los partidarios del garantismo, porque lo cierto es que paso a paso, durante la realización de todos los actos procesales, el juez se va formando una idea sobre cual de las partes tiene la razón y al sentenciar resuelve precisamente sobre el derecho material y cuando se trata de la última instancia, en forma definitiva, si bien esto último ya no es un concepto absoluto por la nueva versión doctrinaria y legal en muchos casos que se tiene actualmente de la cosa juzgada.<sup>39</sup>

No obstante ello, coincidimos en que durante la tramitación del proceso el juez no debe formalmente incidir en el derecho material de las partes.

<sup>38</sup> Montero Aroca, *op. cit.*, nota 1, p. 222.

<sup>39</sup> Parodi Remón, Carlos, *op. cit.*, nota 2.

Elegir entre la conveniencia del activismo (mayor intervención del juez) o del garantismo (menor intervención del juez), pasa necesariamente por establecer los fines del proceso. Doctrinariamente se dice que: “Las doctrinas que pretenden explicar el fin del proceso oscilan entre cuestiones diferentes: saber si se trata de resolver un conflicto material (sociológico) o de actuar el derecho (jurídico); si se persigue un fin individual, solucionar un conflicto subjetivo, o un fin público, la actuación de la ley del derecho y en ultimo término, los fines de éste; paz, justicia”.<sup>40</sup>

Pero en la realidad el problema es más amplio y al mismo tiempo más específico. No se trata del “¿qué es? Sino del ¿para qué es?” ¿Aplicar la ley, dirimir el conflicto, hacer justicia, proyectarse a la sociedad?

De uno u otro fin depende la conveniencia del activismo o del garantismo. Nuestro concepto a este respecto está expresado en la fórmula que propusimos para el contenido del primer párrafo del artículo 14 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, cuyo texto, dice: “Para interpretar la norma procesal, el Tribunal deberá tener en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales”.

La modificación que hemos propuesto al Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, es la siguiente: “Para interpretar la norma procesal, el Tribunal deberá tener en cuenta que el fin del proceso es la paz social a través de la efectividad de los derechos sustanciales”.

En un mundo como el actual y con vista de los graves problemas socio-económicos, tanto a nivel nacional como internacional, no puede, no debe separarse el objetivo de un proceso judicial, de la paz social. No basta aplicar la ley, no basta dirimir el conflicto, no basta ponerle término mediante una sentencia, si con ello no se consigue la reivindicación de la paz social alterada por el conflicto de intereses. El reconocimiento de los derechos sustanciales tiene que ligarse necesariamente a la restauración del equilibrio social.

El texto del artículo III del título preliminar del Código Procesal Civil del Perú, de 1993, confirma esta versión:

El juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.

<sup>40</sup> Véscovi, Enrique, *Teoría general del proceso*, Bogotá, Temis, 1999, p. 89.

Sin embargo conviene advertir que el término “abstracta” puede inducir a cierta confusión, pues lo abstracto es lo no concreto, aquello que denota una cualidad considerada con exclusión del sujeto. Y la paz social debe ser considerada como algo preciso, determinado, real en suma. Es decir un mínimo de tranquilidad, de seguridad, de certidumbre. Algo tangible, que pueda verse, que pueda vivirse y que exista precisamente por y para el hombre, para el ser humano.<sup>41</sup>

En este marco, ¿cómo se garantiza mejor un proceso justo? ¿Cómo se puede llegar a él? ¿Cómo puede obtenerse el cumplimiento de sus fines? ¿Cómo puede reivindicarse la paz social? ¿Con el activismo o con el garantismo? El activismo, tal como se entiende actualmente, ¿significa un inaceptable abuso del juez?, ¿ocurre ello en los casos siguientes?

### 1. Resolver de oficio sobre los presupuestos procesales

Como tales, se considera aquellas condiciones indispensables para la validez del proceso. Clásicamente se ha comprendido entre ellas la competencia del juez, la capacidad de las partes y el cumplimiento de los requisitos de la demanda. A éstas habría que agregar los conformantes restantes del llamado “debido proceso”, como son el derecho a la defensa, la motivación de las resoluciones, la instancia plural, etcétera.

A manera de aclaración conviene recordar que una cosa son los presupuestos procesales y otra las llamadas condiciones de la acción, las mismas que, según la doctrina clásica, son la voluntad de la ley, el interés para obrar y la legitimación para obrar.

La primera es la existencia de una norma, la segunda el motivo para demandar y la tercera, la calidad que debe tener el demandante para interponer la demanda.

Es fácil percatarse que si la acción es un derecho humano y como tal, absolutamente incondicionado, tales condiciones se refieren a la pretensión y no a la acción. Es decir, si pretendo ganar un proceso, debo sustentarme en un fundamento legal o jurídico, tener interés para hacerlo y detentar la calidad jurídica correspondiente ( acreedor, propietario, coheredero, etcétera). Todo esto es contra el demandado (pretensión), pero

41 Parodi Remón, Carlos, *op. cit.*, nota 16, p. 170.

para lograrlo necesito solicitárselo al Estado (acción) y ello no exige requisito ni condición alguna.

Ahora bien, ¿comete un abuso el juez cuando declara de oficio que no puede tramitar la demanda porque falta un presupuesto procesal?

Evidentemente que no. Sin el cumplimiento de los presupuestos procesales no existirá proceso sino expediente. Eliminar esa calificación previa y seguir el proceso a sabiendas que en algún momento será declarado nulo y que la sentencia que en él se expida carecerá indefectiblemente de efectos legales, resulta notoriamente absurdo. Pero especialmente no es abuso, porque al no disponer el juez la tramitación de la demanda, no roza con el derecho material del demandante, el mismo que queda incólume.

Esta eventualidad está prevista, en el caso del Perú, en los artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil, los cuales facultan al juez para declarar la demanda inadmisibles o improcedentes, respectivamente, en los casos que allí se mencionan.

La calificación previa de la demanda, y su eventual postergación por omisión de algún requisito que conlleve la invalidez del proceso, no puede en manera alguna considerarse como un exceso judicial, no sólo porque no se roza con el derecho material, sino porque se admitiría un proceso inútil y carente de efectos válidos legales y procesales.

El mismo jurista español Juan Montero Aroca, quien es un destacado representante de la doctrina procesal actual que aboga por “la vuelta al garantismo”, opina en el mismo sentido, como ya se ha visto.

Más aun; comentando la nueva legislación española, dice:

En la LEC del 2000, el aumento de las facultades del juez sobre los presupuestos procesales se manifiesta en que, en la audiencia previa, puede proceder de oficio al control de todos los presupuestos procesales. Según el artículo 416.1, el Tribunal resolverá en esa audiencia sobre cualesquiera circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y termino del proceso mediante sentencia sobre el fondo.

Y agrega:

Un aspecto concreto del control de los presupuestos procesales es el relativo a la inadmisión in limine o inicial de la demanda, pues debe tenerse en cuenta que una cosa es que el juez controle en ese momento la concurrencia

de los presupuestos (determinando cuáles son insubsanables y cuales subsanables) y otra que pueda inadmitir la demanda por razones de fondo.<sup>42</sup>

Lo cierto es que el juez tiene que asumir la responsabilidad de resolver de oficio sobre la existencia de los presupuestos procesales, cuando recibe una demanda y someter su trámite a la vigencia de aquella.

Así lo entiende el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, cuando determina en el inciso 1 de su artículo 33, que el Tribunal está facultado, “para rechazar in limine la demanda, cuando ella fuere manifiestamente improponible, cuando carezca de los requisitos formales exigidos por la ley o cuando se ejercite una pretensión especialmente sujeta a término de caducidad y éste haya vencido”.

Imperativamente reproduce esta posibilidad en el artículo 112.2.

Obsérvese la amplitud de la facultad en la frase “manifiestamente improponible”.

En la misma forma legisla el Código General del Proceso del Uruguay, aprobado por la Ley 15982 del 18 de octubre de 1988 y que entró en vigencia el 1o. de febrero de 1989, el mismo que establece en su artículo 24 las facultades del Tribunal, siendo la primera de ellas (inciso 1), la misma ya comentada del artículo 33 inciso 1 del Código Modelo, con texto idéntico que aquella.

## 2. *Convocar de oficio en cualquier momento del proceso a las partes para intentar una conciliación o un convenio que ponga fin al conflicto*

Como se sabe la sentencia, no es la única forma de terminar un litigio. Los modos extraordinarios, mal llamados anormales, que también lo finalizan, son el desistimiento (sea de la pretensión o del proceso), el abandono, la transacción, la conciliación, el allanamiento y el reconocimiento, denominadas como formas especiales en el Código Procesal Civil del Perú, artículo 323 al 354, de los cuales, en los dos últimos, sí se dicta sentencia.

Pues bien, el artículo 323, se refiere a la conciliación propiciada por las partes; en tanto que el artículo 468 la considera como una etapa obligatoria del proceso, posterior al auto de saneamiento procesal que debe

<sup>42</sup> Montero Aroca, *op. cit.*, nota 1, pp. 229 y 230.

expedir el juez y antes de la audiencia de pruebas, en el caso que aquella no se concrete.

Además, existe en la legislación peruana un dispositivo que permite al juez la convocatoria a las partes para intentar un arreglo que terminaría con el conflicto. El primer párrafo del inciso 1 del artículo 185 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece como facultad del magistrado, “Propiciar la conciliación de las partes mediante un comparendo en cualquier estado del juicio”.

De esta sugerente posibilidad se hace muy poco o ningún uso. A la excesiva carga procesal que tienen los jueces, se agrega la falta de costumbre para practicar diligencias de ese tipo y hasta cierto temor reverencial del magistrado a ser criticado de parcial en el desarrollo del proceso, por favorecer a una de las partes con detrimento de la otra.

Facultad y no deber, porque la conciliación, convenio, arreglo o cualquier denominación similar, resultante de una audiencia o comparendo, tiene que ser necesariamente voluntaria y no impuesta. Sugerida y no obligatoria.

Las ventajas de esta opción están a la vista. Disminuye la confrontación, que en algunos casos llega a la belicosidad o animadversión, promoviendo el juez, con su jerarquía y prestancia, una solución que puede ser satisfactoria para ambas partes.

Pensamos que la falta de costumbre o el temor a las críticas, no deben enervar la posibilidad de que el juez convoque a las partes amparado en nuestro caso por el citado inciso 1 del artículo 185 de la LOPJ, y en cualquier estado del proceso, para propiciar una conciliación, que ponga fin al proceso. Es una expresión saludable del activismo, que en manera alguna incide en el derecho material de las partes, porque al fin y al cabo, son ellas mismas, obviamente asesoradas por sus abogados, quienes disponen voluntariamente de él.

Otro respaldo legal que tiene el juez específicamente en este sentido, es el inciso 3 del artículo 51 el Código Procesal Civil que estatuye como facultad genérica del juez, “Ordenar en cualquier instancia la comparencia personal de las partes, a fin de interrogarlas sobre los hechos discutidos. Las partes podrán concurrir con sus abogados”.

Si bien es cierto que este texto no contiene explícitamente la palabra “conciliación”, no hay duda que ella puede obtenerse como consecuencia de la comparencia de las partes, ante la presencia del juez.

Queda claro que esta opción no puede ni debe darse en todos los casos. Depende de la naturaleza de cada proceso, de la oportunidad de la convocatoria y especialmente de la visión del juez que con conocimiento pleno del expediente, estime conveniente el llamado a las partes y posible la conciliación.

Conviene señalar que el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, lo reconoce expresamente al disponer en el artículo 33 inciso 5, que el Tribunal está facultado, “para disponer en cualquier momento la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito”.

En igual sentido, el inciso 5 del artículo 24 del Código General del Proceso del Uruguay, que señala como una de las facultades del Tribunal, la misma que estamos analizando, incluso con texto similar al anterior.

### 3. *Dirigir “de oficio” el proceso, progresándolo, aunque no lo pidan las partes*

Este deber del juez es una clara manifestación del activismo y en cierto modo una respuesta concreta a la creencia sempiterna, muchas veces cierta, de la dilación injustificada de los procesos, y es también la forma más idónea para graficar el ámbito que corresponde al derecho material y al derecho procesal y que justifica la conveniencia del activismo (procesal), sin incidir en el derecho material de las partes, garantismo (civil).

El derecho material es privado y sagrado y nadie, menos el Estado, puede ni debe interferir en él. Esta es una premisa que no se discute. La respaldan los textos constitucionales y legales y hasta el sentido común. Por lo demás, la historia así lo confirma. Un ejemplo sencillo de su aceptación lo constituye la expropiación. A este respecto no puede ser más claro el artículo 70 de la Constitución peruana de 1993, como lo eran también los artículos 124 y 125 de la Constitución de 1979.

Los bienes, cualesquiera que sean y cualquiera fuera la persona que los detenta, son propios y nadie puede inmiscuirse. Es el derecho de propiedad. Incluso, la concepción, ya no tan moderna, de que debe usarse en armonía con el interés social y, que ha tenido sanción legislativa, en el caso peruano, el citado artículo 70 constitucional (pues “bien común” como “bien social” tienen el mismo significado) y el artículo 923 del Código Civil de 1984, que explícitamente habla de “interés social”, no incide

en modo alguno en el derecho de disposición que tiene el propietario sobre sus bienes.

Por eso, Montero Aroca señala con acierto "...de que puede afirmarse, con razón, de si el proceso penal gira en torno al derecho a la libertad, el proceso civil lo hace sobre el de propiedad".<sup>43</sup>

Hasta allí todo bien, sin dudas ni hesitaciones. Es la tenencia pacífica y tranquila de los bienes que el Estado está obligado a reconocer y preservar a sus legítimos propietarios.

Pero las cosas cambian totalmente cuando alguna persona alega un derecho sobre un bien cualquiera y emplaza judicialmente al propietario para que un juez así lo determine.

A partir de ese momento el bien adquiere la condición de objeto litigioso, pero continúa siendo propiedad (derecho material) de quien venía ostentando la calidad de propietario, hasta que el juez establezca en la sentencia, a quien le corresponde en definitiva ese derecho.

El demandado, en este caso, continúa siendo el propietario del bien, pero no lo es del proceso, como tampoco lo es el demandante. El proceso es un instrumento público y entraña una sucesión de actos sistemáticos y coherentes, que culminará con la expedición de la sentencia, en la que, precisamente se decidirá sobre el derecho material. Su proyección social es indudable e inevitable. Corresponde a la evolución histórica de los conceptos procesales, en especial el proceso, que no hay que verlo como una simple contienda entre dos personas, sino como el medio apropiado para alcanzar el equilibrio social alterado por el conflicto de intereses.

De los tres conceptos procesales fundamentales, la acción, la jurisdicción y el proceso, es éste el que define mejor el límite entre la justicia y la venganza, entre la administración de justicia ejercida por el Estado y la justicia por mano propia. No se habla de "debida acción", ni "debida jurisdicción", sino de "debido proceso".

Es por ello que tiene naturaleza pública y proyección social. Porque lo tramita un juez que es funcionario público, porque su objetivo final es la paz social, pero no sólo por eso. La complejidad de la vida actual, la gravedad de los problemas socio-económicos y las limitaciones de todo orden, que sufren los seres humanos, hacen imperativo el privilegio de los sentimientos positivos sobre los negativos. En especial, en el área que

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 216.

nos ocupa, la solidaridad en vez del egoísmo, y la igualdad, más que la desigualdad y la discriminación.

A todos nos interesa un Poder Judicial probo, idóneo, igualitario, honesto y eficiente. No sólo a las partes procesales que intervienen en un proceso. Una cosa es el derecho material de éstos, siempre respetable, y otra la evaluación del Poder Judicial por el grupo social. Cualquier ciudadano, por el simple hecho de serlo, tiene el derecho de exigir jueces eficientes y honestos. La aceptación de éstos por la sociedad es su mejor retribución.

Las reflexiones anteriores ubican al juez en la tramitación del proceso para alcanzar los objetivos señalados, sin que su intervención incida en el derecho material de las partes, hasta que decida sobre él al expedir la sentencia que ponga fin al proceso.

Resulta así clara la conveniencia, la pertinencia y hasta la necesidad que el juez dirija el proceso, progresándolo en todas sus etapas, hasta la finalización, solo en la tramitación como se ha venido exponiendo.

Y ello aún cuando las partes procesales no lo requieran. La lógica nos indica que si una persona se convierte en demandante para que se le reconozca su derecho o se elimine una incertidumbre jurídica, es el primer interesado en que esa declaración judicial se efectivice lo más pronto posible. En igual forma, quien es demandado, para quedar absuelto de una demanda que se considera indebida o ilegal. Y en el caso que el demandado actúe de mala fe, dilatando el proceso con artilugios procesales o pedidos improcedentes, brilla más aún en tal supuesto, la facultad del juez de avanzar el proceso, siempre obviamente dentro de los cauces señalados por la ley, y no en beneficio del demandante, supuesto que es la crítica más visible que le hace el garantismo a esta facultad del juez, sino en aras de una justicia más pronta, más expeditiva y lo más acertada posible.

En los últimos tiempos la legislación ha venido aceptando ese principio, expresión del activismo como sucede en el Código Procesal Civil peruano, vigente desde 1993, en el artículo 2o. II de su título preliminar y en el inciso 1 del artículo 50. Las excepciones que el mismo código dispone, son las referidas a la separación de cuerpos o divorcio por causal, artículo 480, a la pretensión de litigio supletorio, prescripción adquisitiva y rectificación o delimitación de áreas o linderos, artículo 504, y a la responsabilidad civil de los jueces, artículo 509.

Se confirma esta facultad del juez en el artículo 5o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Idéntica solución se advierte en el Código Modelo para América Latina en los artículos 2o., dirección del juez y 3o., impulso procesal, reproducidos en los artículos 2o. y 3o. del Código General del Proceso de Uruguay, vigente desde 1989.

Incluso el Código Modelo va más allá, pues en el artículo 1o. de las disposiciones generales, facilita al juez civil a iniciar de oficio el proceso civil, “cuando la ley lo establezca expresamente”.

#### 4. *Iniciativa probatoria del juez*

Para los efectos de determinar cual de las formas de actuación del juez, la activista o la garantista, es la más conveniente en la realidad judicial peruana, es indispensable esclarecer el funcionamiento del sistema probatorio en uno y otro caso.

Los aspectos principales son los siguientes:

##### A. *Disponer de oficio la actuación de pruebas que el juez considere conveniente*

Tema interesante y si se quiere paradigmático para elegir entre el activismo y el garantismo. Esta última conducta procesal rechaza esa facultad judicial, sosteniendo que al ejercerla, el juez lo que hace es favorecer a una de las partes en detrimento de la otra. Que el objeto de todo proceso se relaciona con algún derecho material, de exclusiva disposición de las partes, y que el juez se debe limitar a tramitar el proceso, observando la gestión de aquellas y expedir sentencias basado únicamente en las pruebas aportadas por ellas mismas.

Para completar ese cuadro garantista en lo que se refiere a la prueba, sólo habría que recordar que el proceso, concepto fundamental del derecho procesal, existe como medio civilizado, precisamente para preservar y reconocer los derechos materiales de las personas, llamados también derechos de fondo.

Éste es el punto más difícil de determinar.

Supongamos que el proceso está para sentenciar y el juez se percata que con una prueba no ofrecida por el demandante, éste ganaría con jus-

ticia. El juez garantista no dispone su actuación, pues como corresponde al derecho sustancial del demandante, y éste no lo ha hecho valer, no debe intervenir en su función jurisdiccional y emite a sabiendas, la sentencia legal pero injusta.

En cambio el juez activista, a quien no sólo le interesa aplicar la ley, sino además, hacer justicia y que admite la proyección del proceso, ordena esa prueba y resulta una sentencia legal y justa, si bien queda la duda de haber intervenido en el derecho material de las partes.

Las preguntas surgen por sí solas; ¿ha procedido bien este último juez? ¿Al hacer lo que hizo no se ha sustituido al demandante? ¿Qué debe prevalecer: la tendencia a la justicia o el cumplimiento estricto, textual e impersonal de la ley? ¿El derecho adjetivo debe limitarse a funcionar como un mero conjunto de trámites que pone en movimiento los reclamos sobre los derechos materiales o reconocérsele como el medio civilizado por excelencia para la solución de los conflictos intersubjetivos de intereses, buscando siempre la realización de la justicia humana, dentro del marco legal correspondiente y proyectándose al grupo social?

No existe una sola respuesta. Los distintos puntos de vista obedecen a múltiples factores y de allí surge el dilema. Pero se le puede esclarecer a partir de ciertas pautas.

La primera de ellas es la referida a la facultad del juez para disponer la actuación de pruebas relacionadas con las ya ofrecidas y mencionadas o invocadas por las partes procesales en el curso del proceso y que no hayan sido actuadas debidamente.

La atribución de cierta iniciativa probatoria al juez tampoco lo convierte en un juez autoritario o fascista, pues, como analicé en otros trabajos, bien delimitada dicha iniciativa se evita esta objeción. Así, entiendo que al juez se le puede atribuir iniciativa probatoria siempre que se le limite a los hechos discutidos en el proceso —por lo que se protege el principio dispositivo—, a las fuentes probatorias que ya consten en la causa —impidiendo así una actuación inquisitoria, susceptible de vulnerar la debida imparcialidad judicial—, y se permita el ejercer el derecho de defensa a los litigantes, ampliando sus pruebas inicialmente propuestas. Con estos tres límites se evita la figura del juez autoritario o fascista.<sup>44</sup>

<sup>44</sup> Pico i Junoy, *op. cit.*, nota 22, p. 263.

A continuación de esta opinión, el tratadista español Picó i Junoy, transcribe el texto de los incisos I, II Y III del artículo 429 de la LEC española del 7 de enero de 2000, que en términos generales consagra esa tesis.

Preservándose debidamente la libre disposición del derecho material por las partes procesales, siendo necesaria lo que podría denominarse la complementación de la prueba ofrecida por ellas mismas e incidiendo la iniciativa probatoria del juez en la conveniente y saludable búsqueda de mayores elementos de juicio para lograr una sentencia justa, con la obvia audiencia a las partes, no se ve como esta forma de activismo pueda confundirse con autoritarismo, inquisitivismo o decisionismo.

Por otro lado no hay que olvidar que son los hechos mencionados por las partes, los que determinan qué pruebas pueden y deben actuarse y, en consecuencia, la iniciativa probatoria del juez debe limitarse a ellos, sin deformarlos o distorsionarlos y menos aumentarlos o disminuirlos.

Es quizá por ello que Montero Aroca al igual que Picó i Junoy transcribe el texto del mencionado artículo 429 I,II Y III de la LEC, del cual la parte siguiente:

“Al efectuar esta manifestación, el Tribunal ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestación por el Tribunal”.<sup>45</sup> demuestra claramente que tal actitud de un juez no es autoritaria, ni decisionista y menos inquisitiva, sino simplemente activista y saludable para los efectos de una mejor sentencia, por las razones siguientes:

- a) El juez no incorpora hechos nuevos al proceso; se trata de medios dispuestos por el juez relacionados con los hechos mencionados por las partes y con las pruebas que ellas mismas han aportado al proceso. En todo caso, la figura sería complementación probatoria, saludable para las resultas del juicio.
- b) La disposición del juez no incide en el derecho material de las partes. Absolutamente. Se trata de un trámite procesal, propio de la conducta activista y cuyo objeto es pretender una solución más justa.

<sup>45</sup> Montero Aroca, *op. cit.*, nota 1, p. 241.

- c) El mandato del juez no es *inaudita pars*, todo lo contrario. Se pone en conocimiento de las partes, las mismas que podrán aportar pruebas concordantes con la decisión judicial, quedando así a salvo el derecho de defensa.
- d) No podemos dejar de recordar el artículo 340 del Código de Procedimientos Civiles, promulgado hace cerca de 100 años; facultaba al juez a disponer pruebas de oficio con excepción de la testimonial y del juramento decisorio, en resolución inapelable.  
Preguntamos: ¿por qué va a ser correcto e indebido lo que era aceptado en 1912, en plena época privatista, término éste, equivalente al garantismo de hoy?
- e) Finalmente, un aspecto no estrictamente legal pero sí oportuno es el que se refiere a la decisión judicial propiamente dicha, por la cual se ordena pruebas de oficio. Entendiéndose que el juez lo hace para los efectos de premunirse de mayores elementos de juicio, indispensables para mejor resolver y que su decisión no obedece a razones extrajudiciales o subalternas, su actitud sólo ha de merecer elogios, pues demuestra que conoce el expediente, expresión material del proceso, lo está viviendo, por así decirlo, comparte el drama con las partes procesales y pretende, en el ejercicio de la función jurisdiccional, una sentencia que no sólo sea legal, sino también justa, contribuyendo así, eficazmente, a la paz social.

### B. *Valoración razonada de las pruebas*

Tan fundamental como la iniciativa probatoria del juez, resulta su libertad de criterio para valorizarla de acuerdo con la razón y la sana crítica. Ambas son posibles en lo que hemos denominado como activismo moderado.

Las tres teorías clásicas de la valoración probatoria se refieren a las pruebas tasadas, al método de la libre convicción y a la valoración razonada, basada en la razón y en las máximas de experiencia.

El sistema de la prueba tasada era el que regía en el Código de Procedimientos Civiles de 1912, que señalaba como pruebas plenas a la confesión, al juramento decisorio, a los instrumentos públicos, a los privados reconocidos y a la inspección ocular en la parte que el juez consideraba en el acta respectiva. En cambio eran consideradas como semi-plenas la prueba testimonial, la pericial y los documentos privados no reconocidos.

Como puede apreciarse, dicho sistema corresponde a una etapa histórica ya superada, pues cercenaba totalmente la capacidad interpretadora y creadora del juez.

En cuanto al sistema de libre convicción, que deja al juez libertad absoluta para la apreciación de las pruebas, no resulta coherente con un mínimo de seguridad en el trámite del proceso ni tampoco con la decisión final, la que siempre debe basarse en el mérito de lo actuado y en el marco legal que corresponda.

La solución, como siempre, parece encontrarse en el término medio, es decir en la valoración razonada y ponderada que deberá hacer el juez de la prueba actuada y sin que se sienta constreñido por parámetros pre-determinados que limiten su poder de análisis y de reflexión.

Otro mérito de este sistema es que esa apreciación se realiza en una compulsa integral de todas las pruebas actuadas, las mismas que no son estancos aislados y rígidos sino partes de un solo todo, pues para los efectos de una sola culminación, una tiene relación con la otra y viceversa.

Es clara pues, la conveniencia de este tipo de activismo en el sistema probatorio de los procesos.

## VI. SOLUCIÓN MÁS CONVENIENTE PARA LA REALIDAD JUDICIAL PERUANA

En el caso del Perú algunas de las características de su realidad judicial son comunes a las que muestran la mayoría de los países de Latinoamérica.

Dilación en la marcha de los procesos, trabas en la prosecución de su trámite, predominio de la forma sobre el fondo, distorsión del debido proceso, sentencias inútiles que no pueden ejecutarse, todo lo cual lleva a una inevitable falta de credibilidad en el Poder Judicial.

En manera alguna puede afirmarse que la causa principal de esta visión sea la falta de normatividad. En el caso del Perú, la Constitución Política, el Código Procesal Civil y la Ley Orgánica del Poder Judicial, vigentes a la fecha, contienen pautas cuya correcta aplicación, podría eventualmente superar los factores negativos señalados anteriormente.

Sin embargo la realidad diaria nos enseña otra cosa.

Esa realidad no hace sino ratificar la conocida frase “del dicho al hecho hay mucho trecho”, y además compromete al estudioso para que hurgue en el problema a fin de establecer con la mayor claridad posible cua-

les son los motivos para que permanezca ese “status” en la forma de administrar justicia, que es imprescindible remontar, para eliminarlos o atenuarlos, so pena de que la falta de credibilidad en los jueces se incremente hasta límites alarmantes, que hagan imposible la vida en común y un mínimo de paz social.

A partir de la ubicación de esos factores se podría determinar con conocimiento de causa cual debe ser la actitud del juez en la tramitación de los procesos que mejor pueda superarlos, el activismo o el garantismo para recuperar, aún que fuere progresivamente, la confianza de los ciudadanos y la paz y el equilibrio sociales.

Tales causales pueden ser los siguientes:

### 1. *Excesivo servilismo al texto de las normas*

En la clásica división de poderes heredada de Locke y de Montesquieu, el Poder Legislativo hace las leyes, el Poder Ejecutivo las hace cumplir y el Poder Judicial las aplica. Si tomamos esta premisa al pie de la letra, este último debe limitarse a aplicar la ley en sus términos, casi sin interpretarla e incluso sin valorarla, pudiéndose llegar en esta concepción al extremo de transcribir en la sentencia el texto íntegro de la ley, tal como está escrita.

Caso que en la actualidad fuera cierta esta versión, no se ha avanzado mucho desde el siglo XVIII, en el que, teniendo como telón de fondo el acontecimiento histórico que fue la Revolución francesa, surgió una especie de fetichismo de la ley, una de cuyas expresiones fue la institución del recurso de casación, cuyo único objetivo era y es preservar, hasta la exageración, el texto de la norma, y otra, la conocida frase *quo non est in actis non est de hoc mundo*, “lo que no está en el expediente no está en el mundo”, cuya aplicación ciega, priva al juez de sus dones más valiosos para pretender una mejor justicia: la independencia y la creatividad.

Conjugándose ambas en el marco legal correspondiente y mediante una adecuada y actual interpretación de la norma respectiva, se puede lograr una justicia más humana, adecuada al caso *sublitis*, y más certera, que es lo más que se puede requerir a una persona de carne y hueso, como el juez, todo ello sin desmedro del cumplimiento del texto y del espíritu de la norma respectiva.

Ha dicho Devis:

Los jueces modernos no pueden pegarse a la literalidad de las leyes, no pueden quedar amarrados a aquello de la intención del legislador, la cual desaparece en el momento en que el asunto llega a manos de los jueces. Los jueces deben tener libertad de criterio hasta para llegar a transformar el contenido de las leyes con interpretaciones de criterio social y humano.

Los jueces deben humanizar la justicia en lo posible y conseguir que la justicia judicial se convierta en una colaboradora de la lucha para una justicia social en el país respectivo; ellos no pueden desconocer las leyes, no pueden decir que no las aplican por ser injustas; la justicia social se hace primordialmente con leyes; pero sí pueden los jueces a través de la interpretación del contenido de las leyes sociales, conseguir que disminuyan las injusticias sociales contenidas en las leyes y sacarle el máximo de provecho al contenido de la justicia social que tengan. Ya Geny decía hace más de un siglo que la jurisprudencia es creadora de normas de derecho positivo”.<sup>46</sup>

Agregamos nosotros:

Y la única forma en que el juez puede y debe tender al mantenimiento o restauración de la paz social alterada por el conflicto de intereses, es efectuar una honesta interpretación de la ley para adecuarla al caso específico que el legislador no pudo prever en el momento en que expidió la norma y al momento socio-económico en que se expide la sentencia. La ley, como regla general y abstracta, puede devenir obsoleta al día siguiente de su expedición, si se dan las circunstancias sociales y humanas para ello; toca entonces al juez adecuarla a la realidad en una situación también real, teniendo así a la justicia, sin la cual es ilusorio que pueda pensarse en la paz social.<sup>47</sup>

El juez no puede ser un simple transcriptor de la ley. No puede ser la “boca de la ley” como se sostenía antaño. Este gravísimo error histórico no se limita al caso específico en el que un juez lo hace viable. Irradia su presunta verdad a causas o consecuencias conexas, como por ejemplo la enseñanza universitaria. En efecto, si ese dogma se adoptara como pre-

<sup>46</sup> Devis Echandía, Hernando, citado por Carlos Parodi Remón, *op. cit.*, nota 16, cita 160.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 122.

misa obligatoria, en las clases de derecho, bastaría con leer y comentar el texto de los códigos y de las leyes para dar por cumplido el curso. Es decir, se enseña la ley pero no el derecho, lo que resultaría antihistórico y riesgoso, no solo por limitar la capacidad creativa tanto del profesor como del alumno, sino porque es de las facultades de derecho que surgen los futuros magistrados, jueces y fiscales.

Los grandes problemas que aquejan al mundo de hoy, la globalización en que vivimos y la desproporción cada vez más notoria entre los bienes y servicios y la población que los necesita, hacen perentoria la existencia de jueces creadores, intérpretes de la norma y conscientes de la importantísima misión que deben cumplir. No se puede afirmar que el proceso no tiene proyección social, si precisamente existe para restaurar la paz social alterada por el conflicto de intereses.

Un juez que sea capaz de distinguir el diferente significado y las diversas connotaciones que existen entre un juicio de alimentos y un juicio de pago de soles; entre un juicio de filiación y uno de división y partición; entre un juicio de divorcio y otro de ejecución de garantías. Los une la existencia de un proceso para dilucidarlos. Pero no son lo mismo su naturaleza, ni sus objetivos, ni menos su incidencia en el grupo social.

No se trata de obviar o incumplir la ley. Absolutamente. Es imprescindible su conocimiento, su aplicación y su respeto. Pero la honradez y la ética de quien la deba aplicar, sabrá interpretarla de acuerdo al objeto del litigio, a las circunstancias específicas y peculiares del caso sublitis y a su proyección social.

Hablamos del juez creador, no del juez robot. Del juez justo, no del juez legal.

## *2. Predominio de la rutina en la función jurisdiccional*

El juez, el vocal o ministro y en general todos los magistrados que ejercen la función jurisdiccional, por lo menos en nuestro sistema político, y en los que son similares, son funcionarios públicos. Participan en consecuencia de sus características, su idiosincrasia, su “status laboral”, y también sus errores y aciertos. Y también, allí queríamos llegar, de la rutina, que a la larga es inherente al cumplimiento de la función pública y que poco a poco distorsiona su validez y traba cualquier pretensión de independencia o de creatividad.

Es interesante anotar que en la doctrina hay quien sostiene que debe considerarse al magistrado con un “status” superior al de cualquier funcionario público. Incluso se recusa la terminología conocida como “administración de justicia”, la que se estima, disminuye la importancia de la función jurisdiccional, por lo que debe mantenerse como Poder Judicial.

Dentro de la terminología jurídica es un lugar común, tanto en lenguaje técnico como vulgar, manejar como sinónimas dos expresiones: Poder Judicial y administración de justicia. En nuestra opinión esta equiparación es errónea, no ya técnicamente, sino, y sobre todo políticamente. Responde a una concepción de estructura y reparto de poder dentro del Estado que pretende, y ha conseguido, apartar al Poder Judicial del verdadero poder político, dejándolo reducido a mera administración, a un aspecto más de la administración del Estado, la cual queda confiada al Poder Ejecutivo. De aquí que no sea indiferente el utilizar una y otra expresión.

La asimilación tradicional del juez al funcionario ha tenido siempre como fin último el negar, directa o indirectamente, la independencia de aquel. De aquí que convenga ahora poner de manifiesto que la existencia de un verdadero Poder Judicial ha de partir del hecho de la independencia de los jueces, en primer lugar; y, en segundo, de que esa independencia diferencia radicalmente al juez del funcionario.<sup>48</sup>

Admitiéndose una u otra tesis, y sea cual fuere la denominación que se quiera dar a la función judicial, lo cierto es que, en la práctica, no hay duda que quienes la ejercen pueden ser presa de la rutina o lo son sin remedio.

El examen diario de procesos de toda índole, la monotonía en la elaboración de las llamadas “plantillas”, la permanente conversación entre los integrantes del “colegiado” que muchas veces trasciende lo judicial para pasar al ámbito personal, social o político, la confianza, a veces excesiva, en los auxiliares o personal de apoyo, las mil razones que existen en la realidad de hoy para interrumpir la labor normal y continuada, como son las paralizaciones del trabajo por causas laborales, las indebidas intervenciones políticas, etcétera, van creando insensiblemente en el magistrado un sedimento de resignación al *status*, y del juez creador de derecho que debe ser, partícipe activo en la marcha del proceso, que comparte su destino con los litigantes, pasamos casi sin darnos cuenta, al juez

<sup>48</sup> Montero Aroca, citado por Carlos Parodi Remón, *ibidem*, pp. 59 y 60, citas 67 y 68.

pasivo, desaprensivo, que aprecia el expediente y no el proceso, que ve sólo su número y no a las partes, sin advertir el drama humano que encierra y que va transformando lentamente la sublime misión de hacer justicia en una labor rutinaria que en ocasiones llega a la monotonía, propia, en la mayor parte de los casos, de los funcionarios públicos.

No escapa a esta realidad la figura del “vocal ponente” en los tribunales colegiados, pues si su ponencia no es analizada debidamente por los otros integrantes del tribunal, limitándose a aceptarla y a firmar la resolución, el colegiado resulta en la práctica, un juzgado unipersonal.

Puede, pues, afirmarse que la rutina es la muerte de la justicia.

### 3. *Culto a mitos legales o jurídicos*

El derecho es una ciencia social y como tal antidogmática. La libertad de pensamiento, la capacidad creadora que el juez debe exhibir al momento de tramitar y sentenciar el proceso, siempre dentro del marco legal correspondiente, no se concilia con verdades sabidas, ni con parámetros predeterminados que lo limiten en la apreciación de los hechos, en la determinación de la norma aplicable o en el sentido del fallo que debe expedir.

Un juez que se sienta “aprisionado” por alguno de esos mitos podrá emitir una sentencia legal, pero que puede no ser justa y no es el juez que necesita el mundo de hoy.

El litigante actual, sujeto de mil problemas personales de toda índole, acumula a ellos un litigio judicial, como demandante o como demandado, al cual se incorpora con evidente malestar e incertidumbre.

Si a todo lo dicho se agrega un juez pasivo, apartado del litigio y aparentemente indiferente a su preocupación que en ocasiones llega a la angustia, se comprende fácilmente la poca voluntad con que los litigantes observan a su Poder Judicial.

Quien se ve envuelto en un proceso judicial espera tener un juez que lo comparta con él, que respete sus vivencias durante su trámite y le inspire confianza con su conducta participativa y honesta, amén de su libertad de criterio para resolver, obviamente, lo decimos una vez más, dentro del marco legal que corresponda.

Ahora bien, para que esa libertad sea real y no artificial o aparente, se requiere que no se sienta atado con restricciones que en la práctica son

expresiones de verdaderos mitos, que lo único que hacen es trabar la posibilidad de llegar a un mínimo de justicia.

Sin referirnos en detalle a la tan proclamada independencia judicial, la cual en términos absolutos, como la pretenden algunos ilusos o interesados, es inexistente, pues no hay acto humano que no lleve el sello subjetivo de quien lo realiza, lo que la convierte en irreal, tanto más que en todo caso, depende del mismo juez como persona, sin que haya texto alguno, legal o constitucional, que pueda asegurarla y menos garantizarla, podemos considerar entre tales mitos a la cosa juzgada, a la casación e incluso a la jurisprudencia obligatoria.

Respecto de las dos primeras, ya hemos expuesto nuestra opinión (véase cita 2 de este mismo trabajo).

El concepto cerrado y mítico de la santidad de la cosa juzgada hace ya tiempo que pasó a la historia. No hay tal santidad ni infalibilidad, pues precisamente su falta de solidez y de verdad absoluta, deriva de la falibilidad humana.

Y puede constituir, en el caso del juez deshonesto, incapaz o mediocre, un manto protector de errores judiciales mayúsculos o de verdaderas monstruosidades judiciales, especialmente en el ámbito penal, irreversibles en ambos supuestos, pues no llegan a atenuarla o corregirla en el caso del Perú, ni el artículo 178 del Código Procesal Civil, ni el recurso de revisión en el campo penal.

En este orden de cosas, y tal como lo hemos sostenido, la cosa juzgada en esos casos produce seguridad legal pero no jurídica y menos social.<sup>49</sup>

No hay duda que ese temor reverencial a la cosa juzgada limita la capacidad creadora del juez, quien debe respetarla ciegamente aunque provenga de una sentencia ilegal, injusta o inmoral.

Otro tanto sucede con la casación. Ya hemos dicho anteriormente que ese recurso nació como una de las consecuencias de la Revolución francesa a efecto de mantener intacto el texto de la ley como toda fuente del derecho.

Pues bien, esa concepción y significado no han variado con el paso de los siglos, pues la mentalidad de quienes la aplican sigue siendo en la práctica, la misma.

Es cierto que en el caso de las legislaciones que adoptan el sistema mixto, como ocurre en el Perú, la Corte puede casar la sentencia y conociendo

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 247.

el fondo del asunto, resolver en forma definitiva, pero en esta opción actúa como instancia y no como Corte de Casación; sólo ejerce funciones propias de ésta cuando anula la sentencia por errores *in procedendo* y dispone el reenvío a la Corte de Apelaciones, para que enmiende el error que ocasionó la nulidad, tal como lo establece el artículo 396 del CPC.

Desenvolviendo el esquema legal, si la Corte actúa en sede de instancia, como se lee textualmente en sus resoluciones, ya no es casación. Y en el caso de los errores *in procedendo* y el consecuente reenvío, se trata de una clara nulidad con el nombre de casación; basta recordar el artículo 1133 del Código de Procedimientos Civiles de 1912, anterior al vigente, para percatarse de ello.

La aplicación tradicional del recurso de casación conduce a verdaderas sutilezas legales, las que demuestran palmariamente que su objetivo es preservar el texto legal tal como está concebido, sin importar, si mediante esa vía, se tiende o no a la justicia. La jurisprudencia casatoria así lo demuestra, pretendiéndose cumplir de ese modo con los fines de los recursos mencionados en el artículo 384 del Código Procesal Civil.

La cita de algunas ejecutorias nos brinda convicción sobre lo expuesto.

Al invocarse el primer extremo de la causal del artículo 386, referida a la “aplicación indebida”, no se puede invocar el segundo extremo de dicha causal referida a la “interpretación errónea de una norma de derecho material”, pues son conceptos diferentes e incompatibles entre sí... mal puede haberse dejado de aplicar una misma norma o interpretarla, si no fue aplicada o, aplicada indebidamente Cas. 55-95, Sala Civil de la Corte Suprema, *El Peruano*, La libertad, 19 de octubre de 1995, p. 8.<sup>50</sup>

Tiene que precisarse si la causal invocada se refiere a la interpretación errónea o a la aplicación, pues éstas son excluyentes entre sí”, Cas. 1506-96, Sala Civil de la Corte Suprema, *El Peruano*, Piura, 30 de diciembre de 1997, p. 216.<sup>51</sup>

La misma jurisprudencia de la Corte Suprema establece, en lo que respecta a la casación, que se trata de un recurso referido exclusivamente al derecho, debiendo prescindirse de los hechos.

<sup>50</sup> “Código civil. 4 códigos y legislación complementaria”, *Gaceta Jurídica*, 6a. ed., marzo de 2005, p. 433.

<sup>51</sup> *Idem*.

El recurso de casación tiene fines específicos, no está referido a arribar a una conclusión distinta a lo resuelto por el inferior jerárquico, pues significaría efectuar una revaloración de las pruebas, lo cual es ajeno a esta instancia casatoria, Cas. 648-96, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, *El Peruano*, Lima, 1o. de enero de 1998.<sup>52</sup>

El recurso de casación a diferencia de los recursos ordinarios, versa sobre cuestiones de derecho o de jure, con expresa exclusión de las de hecho y sobre apreciación de prueba, Cas. 153-97, Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, *El Peruano*, Ayacucho, 18 de noviembre de 1997, p. 71.<sup>53</sup>

Las dos primeras ejecutorias mencionadas son clara expresión del cumplimiento rígido y estricto de la norma, lo que en principio no es incorrecto, pues todos estamos obligados a acatar cualquier ley en sus términos, pero, en el caso de la casación esa estrictez llevada al extremo, pueda significar que se niegue la razón a quien realmente la tiene, por un error de apreciación, tanto por quien elabora y formula el recurso, como por quien deba resolverlo.

Ya lo hemos dicho: aplicar la ley es una cosa y otra, hacer justicia.

En cuanto a las dos últimas ejecutorias citadas, es cierto que en teoría el recurso de casación debe versar sólo sobre derecho y basado en él, resolverse. Pero es difícil que durante el proceso mental que debe seguir el magistrado para definir su fallo, prescinda totalmente de la consideración de los hechos probados o no en el proceso, aunque no lo mencione expresamente en el texto de la resolución.

Incluso podría pensarse que este último comentario abunda en lo mismo, porque resulta imposible que, cuando la Corte actúa en sede de instancia y resuelve el fondo del asunto, lo haga sin referirse a los hechos, valorarlos debidamente y basar en esa valoración el sentido del fallo.

En consecuencia, el recurso de casación responde exclusivamente al cumplimiento estricto del texto legal y con él termina su misión, sin prolongarse su existencia y significado, a verificar si con su decisión, se alcanzó o no, el sentido de justicia que debe informar toda resolución judicial.

Representa pues, en la realidad, una traba al sentido justo del fallo y, por ende, no contribuye a reivindicar la paz social alterada por el litigio.

<sup>52</sup> *Idem.*

<sup>53</sup> *Idem.*

El tercer mito que en gran medida puede limitar la capacidad creadora del juez y obligarlo a resolver en contra de su propio criterio y hasta de su conciencia, es la jurisprudencia obligatoria. Se dice que ésta es necesaria para mantener la uniformidad en el sentido de los fallos judiciales (precisamente uno de los fines históricos de la casación), afirmándose que ella trae consigo la necesaria seguridad en el desarrollo de la función judicial.

Esta propuesta puede haber sido válida en otros tiempos. Pero en la actualidad resulta obsoleta, contradictoria y hasta peligrosa.

Al comentar el mito de la cosa juzgada, hemos dicho que ella trae seguridad legal, y que sólo aquella que deriva de una sentencia justa, la trae también, jurídica y social.

Algo similar ocurre con la jurisprudencia obligatoria. Los jueces no deben verse constreñidos por un fallo anterior, cuando les corresponde resolver un proceso similar al anterior. No sólo porque jamás habrá dos casos exactamente iguales, sino porque las diferentes circunstancias de hechos de la vida real comprendidas en un proceso, determina forzosamente distintas evaluaciones y definiciones.

En la legislación peruana existe normativamente la jurisprudencia obligatoria a partir del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 400 del Código Procesal Civil.

Comentando estas dos últimas disposiciones, de sus textos se desprende claramente la tesis mencionada.

El artículo 22 de la LOPJ dispone que las Salas Especializadas de la Corte Suprema ordenan la publicación trimestral de las ejecutorias que fijan principios jurisdiccionales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. Tanto la misma Corte Suprema como los magistrados de otras instancias pueden apartarse de tales criterios jurisprudenciales, fundamentando adecuadamente la procedencia del cambio y su justificación.

La enfática declaración del artículo glosado y su inclusión dentro de los Principios Generales de la Ley Orgánica, equivalente a un título preliminar, cuyas pautas, en virtud de la sistemática y de la coherencia, han de inspirar todo el contenido de la ley, determina su acatamiento obligatorio por parte de los magistrados judiciales, sin excepción.

Sin embargo conviene aclarar hasta donde debe llegar la validez y el peso de la llamada jurisprudencia obligatoria y su relación con las conductas garantista o activista.

La forma en que está concebido el texto del reseñado artículo 22; no deja lugar a dudas. Desde el punto de vista garantista, el juez está obligado a acatar los principios jurisdiccionales acordados por la Corte Suprema, en sus términos y en sus consecuencias, incluyendo obviamente el sentido de la sentencia.

Obsérvese que en este caso, la radical reproducción de los principios jurisdiccionales dispuestos por la Corte Suprema, reflejados en la sentencia que pone fin a la instancia, disminuye la importancia del proceso y de los actos procesales en él contenidos, pues, en la práctica, ya se conoce de antemano el sentido del fallo judicial.

Es cierto que el mismo artículo 22 permite que la propia Corte Suprema y los magistrados de las instancias inferiores, pueden “por excepción” apartarse de tales criterios, motivando adecuadamente las razones del cambio; pero es difícil en la realidad judicial que ello ocurra, por las características del sistema y la mentalidad del magistrado, siempre dispuesto a seguir las pautas determinadas por las instancias superiores, en este caso la Corte Suprema de Justicia.

Es por ello que pensamos que en una conducta activista, la posibilidad de que un juez asuma una posición independiente en relación con a la jurisprudencia obligatoria, variándola con suficiente fundamentación y justificación, es más viable.

Reconocemos la conveniencia de una jurisprudencia sólida y confiable. Pero ella no puede ni debe enervar la creatividad del juez, porque la libertad de pensamiento y de creación intelectual es una de las expresiones más valiosas de la calidad del ser humano.

La categórica disposición contenida en el artículo 22 de la LOPJ, no parece haber sido atenuada por la norma contenida en el artículo 400 del CPC, vigente posteriormente a la mencionada Ley Orgánica. La regla procesal, incluida en el capítulo dedicado a la casación, se refiere exclusivamente a ésta y si bien su efectividad depende de que alguna de las salas lo solicite a la Sala Plena, su decisión constituye doctrina jurisprudencial y “vincula” a los órganos jurisdiccionales, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio.

En el contexto que antecede, la vinculación equivale a la obligatoriedad, la misma que alcanza cabal significación, al referirnos a la idiosincrasia del magistrado que, por lo general, como se ha visto, asume como propias las decisiones de las instancias superiores, independientemente de su sólida o insuficiente fundamentación e incluso del acierto o desacierto en el sentido del fallo.

Hay otros aspectos muy significativos relacionados con este punto.

El primero de ellos es llamar la atención sobre el alcance de la vinculación mencionada en el texto del comentado artículo 400 del CPC, la misma que comprende a los “órganos jurisdiccionales del Estado”. En lo que se refiere al proceso contencioso administrativo, el artículo 34 de la Ley 27584 del 7 de diciembre de 2001, despeja la duda al establecer que “las decisiones adoptadas en casación por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República constituyen doctrina jurisprudencial en materia contencioso administrativa”.

En cambio, tratándose del Tribunal Constitucional, el artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional, aprobado mediante Ley 28237 del 31 de mayo de 2004, dispone que sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, “constituyen precedente vinculante, cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo”.

En los tres casos, artículo 400 del CPC, artículo 34 de la Ley 27584 y artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional, es posible apartarse de la decisión tomada, acordándose otra doctrina jurisprudencial, fundamentándose debida y obviamente los motivos del cambio.

Esta es otra de las razones que acreditan la relatividad tanto, de la cosa juzgada, como de la jurisprudencia obligatoria.

En relación, pues, con la jurisprudencia obligatoria, la conducta activista parece más conveniente que la garantista, ello en función del litigante, y del sentido de justicia que debe inspirar toda resolución judicial.

## VII. CONCLUSIONES

1. El debate doctrinario sobre la conveniencia procesal del activismo o del garantismo, es saludable, en orden a determinar la solución más apropiada para la realidad judicial.

2. Ni el activismo ni el garantismo son sistemas. Se trata de la intervención del juez en el proceso, importante en el activismo y mínima en el garantismo, por lo que pueden ser considerados como conductas o actitudes.
3. Cualquiera que sea el grado de dicha intervención, el juez no debe interferir en el derecho material de las partes, durante la tramitación del proceso, hasta que decida sobre él al expedir la sentencia.
  4. La elección de una u otra opción pasa necesariamente por relacionarla con los fines del proceso, los que en último término pueden concretarse en solucionar el conflicto mediante la aplicación de la ley y, además, hacer justicia.
5. En el entendido que el proceso es un instrumento público con proyección social, el fin último del proceso debe ser la materialización de la paz social, a través del reconocimiento de los derechos sustanciales.
6. Como quiera que los fines del garantismo se contraen a la aplicación de la ley y finalización del conflicto, no cabe duda que la conducta activista es la más viable para obtener la proyección social del proceso y pretender la realización de la justicia, en el marco de las limitaciones humanas.
7. Dicho activismo, que podríamos denominar moderado, no puede ni debe identificarse con el autoritarismo, ni con el decisionismo, ni con el inquisitivismo.
8. Cualquiera que sea la opción que se elija, debe tenerse presente en todo momento que las resoluciones judiciales siempre han de ser la expresión de los valores que inspiran el texto de la Constitución del Estado.