

## **SOBRE EL ACTIVISMO JUDICIAL**

*“No hagas del pensamiento sistemático  
un capítulo de la intransigencia”*

*Eduardo Couture*

POR JORGE W. PEYRANO

### I- **Introducción**

En los tiempos que corren, el pensamiento procesal civil nacional se encuentra bifurcado entre dos corrientes de signos diversos y hasta diríamos que antagónicos, a los que se ha dado en llamar “activismo judicial” y “garantismo procesal”.

En las líneas que siguen y reconociendo *ab initio* que nuestra posición estará inevitablemente teñida de subjetivismo y quizás de parcialidad (o partialidad, según se mire), daremos cuenta de cuáles son las principales características que singularizan e identifican al referido “activismo judicial”

Nos comprometemos, eso sí, a descartar la despreciable argumentación *ad-hominem* y a defender nuestro ideario con el máximo respeto hacia quienes piensan distinto.

Antes de comenzar nuestro periplo, conviene recordar que la locución “activismo judicial” fue, posiblemente, usada por vez primera por la Suprema Corte de Justicia de los E.E.U.U. *circa* 1992, máximo órgano jurisdiccional estadounidense que se autoproclamó “activista”; aunque, en verdad, no es un fenómeno reciente el activismo judicial, sino todo lo contrario como se ocupa de recordarlo Luis Herrero (1).

### II. **El activismo judicial confía en los magistrados**

Sabido es que los códigos de procedimientos civiles más recientes, depositan en manos de los jueces civiles un amplio número de facultades-deberes para mejor cumplir su cometido de distribuir el pan de la Justicia.

Realmente, lo primero que debe destacarse es que si algo singulariza al juez civil nativo es su extremada prudencia y hasta cierto “horror” a hacer uso de atribuciones procedimentales más o menos enérgicas, razón por la cual las facultades que el activismo quiere poner en manos de los magistrados locales no siempre serán aprovechadas. Pero lo que interesa es que se pongan al alcance de los magistrados que con cierta dosis de coraje civil no trepidarán en ejercitarlas cuando correspondiera. Y no se crea que dicho ejercicio estará siempre dictado por el deseo de “investigar” cuál es la verdad – tarea, en principio, extraña a la Justicia civil- sino orientada, a veces, a suplir, hasta donde se pueda y con particular reverencia respecto de límites técnicos infranqueables que el activismo reconoce- flagrantes falencias técnicas de letrados que repercuten injustamente sobre las cabezas de los justiciables que defienden. No participamos de la idea de que siempre “un juicio por “mala praxis abogadil” está en condiciones de restañar la lesión patrimonial sufrida por un patrimonio y tampoco –y esto es lo más grave- de restaurar la confianza perdida en los estrados judiciales”(2)

### **III El activismo judicial es creativo y ha aportado numerosos nuevos institutos procesales**

Desfilan ante nuestros ojos, la medida autosatisfactiva(3), el recurso indiferente (4), la reposición *in extremis* (5), la llamada tutela anticipatoria (6), la medida cautelar innovativa (7), la medida conminatoria (8), la doctrina de las cargas probatorias dinámicas (9), el denominado recurso ad infinitum (10), entre tantos otros. Tales creaciones han venido a reforzar –por vía pretoriana, aunque muchas de ellas ya tienen sanción legislativa- el cúmulo de potestades de los tribunales civiles nativos; contribuyendo a proporcionar una respuesta al interrogante de rigor ¿ “qué hacer”? que aqueja al juez en la soledad de su despacho cuando se le presenta una situación diferente no contemplada por el catálogo de respuestas jurídicas habituales. Es que, en buena medida y como se verá *infra*, el activismo judicial ha generado un

“Derecho procesal de excepción”, pensado por y para solucionar lo que no es adocenado.

#### **IV -Eco legislativo de las ideas activistas**

Si bien mucho del ideario activista permanece en el plano pretoriano, debe consignarse que parte de su repertorio ya se ha plasmado legislativamente. Así ha acontecido, por ejemplo, con las medidas autosatisfactivas (11), la doctrina de las cargas probatorias dinámicas (12), la reposición *in extremis* (13), la medida cautelar innovativa (14).

#### **V- El activismo judicial pareciera involucrar una dinámica de sus propios conceptos**

Se trata de una corriente doctrinaria que aparece como flexible y permeable a sugerencias y enjuiciamientos que no comulgan con su línea de pensamiento.

En vez de encaramarse en una defensa cerril de lo aseverado en un primer momento, opta –llegado el caso- por corregir sus posibles defectos o excesos. Buena muestra de ello es lo ocurrido con uno de sus conceptos emblemáticos: la medida autosatisfactiva (15). Así, en sus albores, se consideraba que se trataba de una diligencia que ineludiblemente debía decretarse *inaudita et altera par* (16), pero después reconoció la posibilidad excepcional de que en ciertos supuestos (Derecho de Familia por ejemplo) se arbitre una previa y comprimida sustanciación (17) y hoy, finalmente, estima que sería el órgano jurisdiccional quien, según fueren las circunstancias del caso, deba resolver fundamentadamente si corresponde o no sustanciar previamente el despacho de la solución urgente no cautelar que correspondiera.

#### **VI- El activismo judicial se preocupa ante todo por la justa solución del caso y no tanto por no contradecir o erosionar al sistema procesal respectivo**

Esta nota del activismo judicial justifica el tenor del copete que encabeza el presente. Igualmente, esta característica explica que convalide la creatividad pretoriana razonable de los jueces que en tantas oportunidades se han anticipado al quehacer legislativo, habitualmente moroso. Repárese, v.gr., en que la prohibición de innovar, la medida

innovativa, la prueba de informes, las astreintes, el amparo, etc., tuvieron aplicación judicial con mucha anterioridad a que recibieran la impronta de lo legal. El ideario activista, entonces, se encuentra muy lejos de adscribir al dogma de Montesquieu para quien los jueces son la boca inanimada de la ley, prefiriendo tomar por propias las palabras de Couture: “...*el juez no puede ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, porque la ley no tiene la posibilidad material de pronunciar todas las palabras del derecho; la ley procede sobre la base de ciertas simplificaciones esquemáticas y la vida presenta diariamente problemas que no han podido entrar en la imaginación del legislador*”.

Ante tal cuadro de situación no puede sorprender que el activismo judicial privilegie llevar a cabo una realista jurisprudencia de necesidades en vez de practicar una aséptica y puramente intelectual jurisprudencia de conceptos (18).

La pujanza y atrevimiento de la susodicha creatividad razonable pretoriana ha venido a desembocar en que hoy se viva una época a la que hemos dado en llamar “Derecho Procesal Civil de las posibilidades ilimitadas”. Sobre esto último, hemos manifestado lo siguiente: “con el uso de dicha expresión, intentamos significar que el grueso de las invenciones procesales recientemente acuñadas no respeta estrictamente los lineamientos de un sistema dado o inevitablemente se conforman a un molde teórico previo. No son, muchas veces, la derivación racional de un a priori constituido por tal o cual armazón intelectual de conceptos, principios y valores, sino más bien respuestas puntuales –frecuentemente desconectadas entre sí y de difícil inserción en algún sistema procesal conocido- a necesidades acuciantes y rebeldes a una discusión morosa y de cariz meramente teórico” (19)

## **VII- El activismo judicial propone una lectura distinta de la Constitución Nacional**

Para el activismo judicial la lectura de la Constitución Nacional no constituye un obstáculo para distribuir el pan de la Justicia sino más bien un estímulo. Con su brillantez habitual, Bidart Campos enseñaba “el juez es el administrador de la Justicia; con ley, sin ley, o contra la ley. Porque el valor Justicia prevalece sobre la ley y nuestra Constitución así lo deja entrever a quienes saben comprenderla cuando manda en el Preámbulo afianzar la

Justicia. Con ley, sin ley o contra la ley”.Por su parte, Zagrebelsky ha llegado a decir que los principios constitucionales encierran un mandato tácito que, llegado el caso pueden determinar que deba dejarse de lado la aplicación de una ley cuando de ella derivaría la solución injusta de un litigio (20)

**VIII- El activismo judicial se caracteriza por depositar en manos de los jueces la facultad de dictar pruebas oficiosas o para mejor proveer, pero no se agota con el otorgamiento de dicha atribución**

Cierto es que la corriente de pensamiento que nos ocupa se singulariza por legitimar –llegado el caso y cuando correspondiera- el dictado de las llamadas medidas para mejor proveer. Y decimos, “llegado el caso”, porque no siempre concurrirá dicha legitimación. Es que: “Liminarmente debe advertirse que el dictado de medidas para mejor proveer sólo se justifica cuando existen pruebas de los litigantes. Por el contrario, la no producción de probanza alguna es un obstáculo insalvable para la procedencia de las medidas en estudio, debiendo en tal caso el juzgador apelar, usualmente, a la teoría de la carga procesal, a los efectos de dirimir la contienda. En el mismo sentido que el propuesto se han pronunciado Barrios de Àngelis y de la Colina. Defender la atribución del órgano jurisdiccional para ordenar el cumplimiento de diligencias para mejor proveer aun en defecto de producción de toda prueba, implicaría la quiebra del principio dispositivo, ya que lo convertiría a aquél de juzgador en un inquisidor que, para colmo de males, generalmente no tiene conciencia deque está desempeñando tal rol” (21). De igual modo ,existen otros límites que debe respetar el juez civil. Así, apunta Picó I Junoy lo siguiente: “La prueba practicada por el juez debe, necesariamente, limitarse a los hechos controvertidos o discutidos por las partes, en virtud de los principios dispositivos y de aportación de parte. En consecuencia, son los litigantes quienes deben traer al proceso el material fáctico que fundamenta sus respectivas pretensiones, no pudiendo el órgano jurisdiccional llevar a cabo ninguna actividad tendiente a investigar o aportar hechos no alegados por las partes, ni fallar alterándolos, so pena de incurrir la sentencia en un vicio de incongruencia”(22). Cabe acotar que la concesión de atribuciones judiciales para decretar pruebas oficiosas, se encuentra entre las tendencias más modernas y aceptadas del Derecho Procesal Civil (23).

Empero, también es verdad que el activismo judicial no se agota con el ejercicio de la susodicha potestad que también tiene otras formas de expresión: la llamada reconducción de pretensiones defectuosamente planteadas pero parcialmente rescatables (24), el rechazo in limine de pretensiones principales o incidentales y de otros pedimentos (25), el impulso procesal oficioso, la interpretación extensiva del principio de adquisición procesal (26) que justifica, entre otras cosas, la ponderación oficiosa de indicios, la llamada flexibilización de la congruencia (27) en materia decisoria, etc.

### **IX. Colofón**

1- Decía, con razón, Sentís Melendo que *“la patología no debe servir nunca de pauta para apreciar la bondad o los defectos de una institución”* (28). Entonces, el ocasional y aislado mal uso de las atribuciones que el activismo confía en los jueces no puede constituir un argumento válido para descartar las excelencias de dicha concesión.

2- El activismo judicial prevalece en el panorama doctrinario procesal contemporáneo. Como fuere, resulta inconveniente la “demonización” de cualquiera de las corrientes en las que se divide el pensamiento jurídico procesal actual. Seguramente, algo habrá de rescatable y aún de elogiabile en lo sostenido por una de ellas que pueda llegar a morigerar o, inclusive, a modificar el entramado de la restante. Las posturas crudamente maniqueas son acientíficas y conspiran contra el progreso de la disciplina respectiva.

3- Si nos convocaran para destacar un aspecto positivo del activismo judicial, diríamos que se trata de una doctrina que posibilita en mayor medida que otras, la consagración de un “Derecho Procesal de excepción”; es decir un ramillete de instrumentos que valora muy especialmente las circunstancias del caso (o sea el ajuste de la decisión judicial a las particularidades de la causa) que revelan que se está frente a un supuesto excepcional que no puede ser objeto de los parámetros corrientes.

- NOTAS-

- (1) HERRERO, Luis, “El derecho a ser oído. Eficacia del debate procesal”, en la obra colectiva “Debido proceso”, Santa Fe 2003, Editorial Rubinzal Culzoni, página 127 y siguientes.
- (2) PEYRANO, Jorge W. “El perfil deseable del juez civil del siglo XXI” en “Procedimiento civil y comercial. Conflictos procesales”, tomo 1, Rosario 2002, Editorial Juris, pág 97.-
- (3) Vide de Sergio BARBERIO, “La medida autosatisfactiva”, Santa Fe 2006, Editorial Panamericana.
- (4) FALCÓN, Enrique, “El recurso indiferente” en La Ley 1975 B página 1139.
- (5) PEYRANO, Jorge W “La reposición *in extremis*” en Jurisprudencia Argentina 1992-III; página 661.
- (6) MORELLO, Augusto, “Anticipación de la tutela” , Editorial Platense, Buenos Aires.
- (7) PEYRANO, Jorge W., “Medida cautelar innovativa” Buenos Aires 1981, Editorial Depalma.
- (8) PEYRANO, Jorge W., “Medidas conminatorias”, en “Procedimiento civil y comercial. Conflictos procesales”, tomo 1, página 28: “Antes de proseguir se impone informar al lector (que puede no estar avisado) acerca de lo que entendemos por medida conminatoria. Así es que la hemos descripto, expresando que es cualquier orden –de contenido no pecuniario y con alcances extraprocesales- emanada de un tribunal de justicia, que tiende a obtener el debido cumplimiento *in natura* de un mandato judicial primigeniamente desobedecido, a través del concurso de la voluntad del destinatario del mismo, y que involucra para el desobediente la amenaza de un desmedro que *prima facie* podría llegar a ser de mayor entidad que el resultante de persistir en dicha actitud contumaz”
- (9) PEYRANO Jorge W y Julio O. CHIAPPINI, “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas” en El Derecho, tomo 107, página 1005.

(10) PEYRANO, Jorge W.; “Lineamientos del recurso ad infinitum” en “Problemas y Soluciones procesales, Editorial Juris, Rosario 2008, página 65. “Queremos, pues, poner en manos de todos los magistrados preocupados por la proliferación de litigantes maliciosos, lo que hemos llamado “recurso *ad infinitum*”; o dicho de otro modo, una propuesta para impedir ser víctimas de un accionar recursivo que reúne las características *ad infinitum*. ¿Cuándo se produce la situación de la que venimos hablando?. Pues cuando un litigante inescrupuloso acumula una sucesión de recursos notoriamente improcedentes interpuestos uno detrás de otro y tan pronto es notificado de la resolución del último que le ha sido adverso”...Conocido es que una vez que un tribunal descubre una estrategia abusiva (por ejemplo, la consumación de un recurso *ad infinitum*), se encuentra en condiciones, de,vgr, rechazar in limine el último recurso intentado porque, a todas luces, éste está traicionando los fines técnicos que le ha asignado el ordenamiento. Pero no es suficiente con ello porque bastaría con que el litigante malicioso recurriera otra vez improcedentemente –después de ser notificado de la resolución adversa y postrera- para colocar las cosas nuevamente en vía muerta y en situación de recurso *ad infinitum*. Es menester, entonces, algo más: lo que llamamos “pretermisión de trámites”, es decir, “dejar de lado” u “omitir”, por ejemplo, notificaciones ritualistas respecto de una resolución que no admite recurso alguno, sumado ello al ejercicio de la facultad judicial de impulsar de oficio el procedimiento para llevarlo a un estado ulterior por más que no se hubiera cumplido algún paso ritual previo”.

(11) Las medidas autosatisfactivas se han incorporado al artículo 232 bis del Código Procesal Civil de la Provincia de Chaco. También la ley 5745 las ha incorporado al Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes, mediante la sanción de los artículos 785 al 790 correspondientes a la referida normativa procesal civil. Igualmente, la ley santafesina 11529 consagró las autosatisfactivas en materia de violencia familiar.

(12) Merece ser destacado el actual Código Procesal Civil y Comercial de Corrientes- cuya puesta al día obedeció, en gran medida, al impulso de Gladis Midón y de Silvia Esperanza de Aquino- que las incorporó en su artículo 377 . Igualmente, el Código Procesal

Civil y Comercial de La Pampa contempla el instituto en su artículo 360.

- (13) Se ha sumado expresamente la reposición *in extremis* al Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes, merced al dictado de la ley 5745, a través de la sanción del artículo 241 bis.
- (14) Por vez primera se ha legislado explícitamente sobre medida cautelar innovativa, por obra y gracia de la reciente reforma procesal civil correntina (ley 5745) que la regula en su artículo 232 bis.
- (15) PEYRANO, Jorge W, “La medida autosatisfactiva. Forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución”, en “Medidas autosatisfactivas”, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario Santa Fe 1999, Editorial Rubinzal Culzoni, página 13 : “Se trata de un requerimiento “urgente” formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva-con su despacho favorable: no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar, por más que en la praxis muchas veces se la haya calificado, erróneamente, como una cautelar autónoma”
- (16) PEYRANO, Jorge W, “Lo urgente y lo cautelar” en Jurisprudencia Argentina, 1195-I, página 899.
- (17) Conf. trabajo citado en nota 14, página 17.
- (18) Conf trabajo citado en nota 2, página 90: “La necesidad tiene cara de hereje” dicen y llevan razón. Muchas de las soluciones pretorianas hoy triunfantes, no se ajustan, perfectamente, a los esquemas tradicionales. Y si han aparecido y prevalecido es porque responden a necesidades sentidas, aunque no sean el producto alambicado de lucubraciones conceptuales y sistemáticas. No se les pida, entonces, a estas nuevas soluciones – que casi constituyen un “botiquín de urgencia”- un encuadramiento teórico acabado”
- (19) PEYRANO, Jorge W., “El Derecho procesal de las posibilidades ilimitadas o el fin de los sistemas”, en “Procedimiento civil y

- comercial.Conflictos procesales” tomo 2, Rosario 2003, Editorial Juris, página 223.
- (20) ZAGREBELSKY, Gustavo, “El Derecho dúctil” traducción de Marina Gascón , Trotta, Madrid 1997, página 134.
- (21) PEYRANO, Jorge W, “El proceso Civil.Principios y fundamentos” Buenos Aires 1978, Editorial Astrea, página 83.
- (22) PICÒ I. JUNOY, Joan, “El juez y la prueba”, Barcelona 2007, Editorial Bosch, página 117.
- (23) Ibídem, página 123.
- (24) PEYRANO, Jorge W., “*Iura novit curia* procesal. La reconducción de postulaciones” en “Procedimiento civil y comercial.Conflictos procesales”, tomo 1, página 99 y siguientes.
- (25) PEYRANO, Jorge W., “El rechazo in limine y sin trámite de ciertas postulaciones (pretensión principal,pretensión incidental e interposición del recurso de inconstitucionalidad) dentro de la economía del C.P.C. santafesino”,en Jurisprudencia Rosarina,año 2005-2,Editorial Juris.
- (26) PEYRANO, Jorge W., “El proceso civil. Principios y fundamentos”, página 337 y siguientes.
- (27) DE LOS SANTOS, Mabel, “La flexibilización de la congruencia” en “Cuestiones procesales modernas”, Suplemento especial de La Ley de octubre de 2005, página 80 y siguientes y “Flexibilización de la congruencia”, en Revista La Ley del 22 de noviembre de 2007.
- (28) PICÓ I. JUNOY, Joan, ob cit., página 114 al pie.