II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A532
Anais II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino [Recurso eletrônico on-line] organização Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ;

Coordenadores: Margarida Lacombe Camargo, Natasha Pereira Silva, Vinícius Sado Rodrigues – Rio de Janeiro: UFRJ, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-764-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Filosofia do Direito. 2. Gênero e Teoria do Direito. 3. Democracia. 4. Desigualdades. 5. Justiça de Transição. 6. Estado de Exceção. 7. Ativismo Judicial. 8. Racionalidade Jurídica. 9.Clássicos I. II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino (1:2018 : Rio de Janeiro, RJ).

CDU: 34

UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO DE JANEIRO

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Apresentação

O mundo latino tem investido na construção de uma jusfilosofia que objetiva produzir epistemologias e referências conceituais a partir de contextos próprios, de modo a contribuir para a transformação das instituições jurídicas, políticas e sociais vigentes.

Com essa intenção, a iLatina, através do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ), promoveu, em julho de 2018, na cidade do Rio de Janeiro, o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino.

O encontro contou com a presença de estudiosos da Filosofia do Direito de quase todos os países do chamado "mundo latino", com o desafio de pensar, sob a perspectiva da Filosofia, problemas que desafiam as democracias atuais. Um dos eixos principais dessa discussão é o que se concentra no debate do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política, cujas questões são exploradas pelos trabalhos desta coletânea.

O Congresso contou com o trabalho de sistematização dos textos apresentados para cada grupo temático, estruturado em forma de relatoria. A relatoria do grupo Ativismo Judicial e Judicialização da Política ficou sob a responsabilidade da professora Isabel Lifante-Vidal, Titular de Filosofia do Direito da Universidade de Alicante (UA). Como bem salientou a professora, a maioria dos trabalhos é proveniente do Brasil e todos se reportam, direta ou indiretamente, à recente experiência do seu país.

Claudia Aniceto Caetano Petuba (Brasil) discorre sobre a expansão dos limites de atuação do Poder Judiciário no Brasil pós-88. Delano Sobral (Brasil) enfrenta o tema da judicialização da política a partir de exemplos da jurisprudência brasileira, em especial o caso do ex-presidente Lula. Fabio José Silva de Assis explora algumas das causas da judicialização da política, também no Brasil. Fabiana Gomes Rodrigues e Nelson Luiz Motta Goulart (Brasil) exploram a questão da distribuição de medicamentos e fazem um retrospecto detalhado da judicialização da política nessa área, no Brasil. Vívian Alves de Assis e Rosângela Lunardelli Cavallazzi (Brasil), provocadas pela experiência brasileira, mostram como a neutralidade da ciência jurídica, de base kelseniana, serve de manto para o protagonismo político do Poder Judiciário.

Karina Denari Gomes de Mattos (Brasil), com base no trabalho de Nuno Garoupa e Tom Gisnburg, propõe um teste de mídia sobre o caso da prisão do ex-presidente Lula, para percepção e cálculo de reputação do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Thomas da Rosa Bustamante (Brasil) reclama do abuso demagógico e populista de juízas e juízes brasileiros quando se pronunciam fora dos autos, identificando essas falas como obter dicta. Por fim, Ana Paula Bodin Gonçalves Agra (Brasil), com base na teoria de Ingeborg Maus e no instrumental psicanalítico de Lacan, fala da infantilização da sociedade brasileira ao transferir para os juízes o poder de decidirem politicamente.

O ativismo, na Argentina, é visto por Walter Fabian Carnota (Argentina) como decorrência do exercício de políticas públicas pelos juízes. Ele analisa uma sentença da Corte Suprema de Justiça, de 1992, e mostra como os juízes foram ativistas ao agirem em auxílio do governo, assegurando, naquela ocasião perante a comunidade internacional, que os compromissos assumidos pelo país fossem cumpridos.

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Magda Yadira Robles Garza (México) faz um estudo de caso em que analisa os fundamentos de uma decisão, procurando mostrar a mudança da Corte, de uma postura de autocontenção e interpretação restritiva da norma, para um ativismo judicial e de enfrentamento, tal como se entende por judicialização da política.

Sob o aspecto metodológico, da argumentação e da racionalidade, Eduardo Ribeiro Moreira (Brasil) explora a interlocução existente entre Filosofia, Direito e Política a indagando, fundamentalmente, se é legítimo o sincretismo metodológico na interpretação constitucional.

Alí Vicente Lozada Prado (Espanha) analisa o ativismo judicial, que distingue na violação de uma obrigação de deferência a favor do legislador ou das autoridades administrativas, em casos de adjudicação de direitos sociais, sugerindo uma tipologia.

Por fim, Maria Carlota Ucín (Argentina) sugere a criação de standars capazes de aportar "elementos objetivos de evaluación de las políticas públicas sumetidas a revisión judicial o incluso también, la evaluación de las omisiones estatales".

No campo das relações entre Direito e Política, Jackeline Cecilia Saraiva Caballero (Colômbia) mostra como os litígios estruturais têm gerado otimismo e esperança nas cidadãs e cidadãos colombianos: "Al suscitar la participación de los afectados dentro de las altas

esferas del país, el sentimento de impotência aminora y surge um processo com espacios inclusivos que propicia el debate dialógico y la deliberación para rediseño de politicas públicas.”

Juan Manuel Sosa Sacio (Peru), a partir de uma concepção dialógica, mostra que os tribunais constitucionais atuam como atores políticos e sociais, cuja legitimidade é buscada, estrategicamente, como critério de correção. Cristina Estela Gonzalez de la Veja e María del Carmen Piña (Argentina), sob o título “Activismo judicial, valores y posmodernidad”, sustentam que “el activismo integra el derecho procesal de excepción, disposto a dar respuestas eficientes, tempestivas y pensadas fundamentalmente en su destinatario: o justiciable.”.

Rayla Mariana Figueiredo Silva e Julio Cesar Pompeu (Brasil) examinam algumas teorias sobre a representação do poder do Estado. Sob um viés mais estritamente filosófico, Maria Nazareth Vasques Mota e Guilherme Gustavo Vasques Mota (Brasil) exploram o ativismo judicial sob matrizes da filosofia neoliberal, como a de Ludwig von Mises.

Luciano Sampaio Gomes Rolim (Brasil), com base em Kant, sustenta que “o sentido positivo dos conceitos de utopia e ideologia torna possível um esforço de aplicação desinteressada do direito que não exclui a priori toda e qualquer consideração de ordem ideológica como se se tratasse de um agente agressor externo a ser prontamente neutralizado e destruído”. De forma mais acentuadamente crítica, Ana Katia Troncoso Muñoz (Argentina) procura mostrar como a discussão política nos tribunais é funcional para a governabilidade neoliberal. Pedro da Silva Moreira e Bruno Irion Coletto (Brasil), por sua vez, atacam a teoria do garantismo, de Luigi Ferrajoli, como propícia ao ativismo judicial.

É com o objetivo de compartilhar o diálogo e promover o acesso às discussões da temática feitas durante o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino que apresentamos estes Anais. A coletânea reúne os trabalhos que nos ajudam a lançar novos olhares, sob a perspectiva da Filosofia e do Direito, para o debate contemporâneo.

Margarida Lacombe Camargo

Natasha Pereira Silva

Organizadoras

ATIVISMO JUDICIAL, VALORES E POS MODERNIDADE

ACTIVISMO JUDICIAL, VALORES E PÓS MODERNIDADE

Cristina Estela Gonzalez De La Vega
Maria Del Carmen Piña

Resumo

No presente ensaio, os autores questionam o papel do magistrado judicial na atualidade e se ele sofreu mudanças al emergir a noção de "ativismo judicial". As autoras apontam que a necessidade de encontrar respostas justas, adequadas e oportunas para a proteção judicial efetiva, imprimiu uma dinâmica diferente nas ações do juiz. Elas apresentam a tendência e a expansão verificada na Argentina nesse conceito e entendem que não é sensato formular tal análise despojada do contexto relacionado ao sistema processual em questão. Como resultado dessa tendência, surgiram novos institutos jurídicos processuais. Eles aludem à criatividade dos julgamentos, o protagonismo do tribunal e ao "aggiornamento" do serviço de justiça, e apontam que o ativismo judicial é apresentado como uma concepção filosófica no desenvolvimento da jurisdição que exibe posições antagônicas. Eles expõem sobre o direito nas antípodas, aludindo aos critérios dispensados por N. Bobbio para desvendar o dilema. Em alusão ao pós-modernismo assinalam que abrangem o âmbito jurídico e há dado notas específicas na área processual que intenta perfilar novas legitimações e outras formas de resolver conflitos.

Palavras-chave: Ativismo, Processo, Valores, Pós modernidade

Abstract/Resumen/Résumé

En el presente ensayo, las autoras se interrogan sobre el rol del magistrado judicial en la actualidad y si el mismo ha sufrido cambios al emerger la noción de "activismo judicial". Señalan que la necesidad de encontrar respuestas justas, adecuadas y oportunas en pos de la tutela judicial efectiva, ha impreso una dinámica diferente en el actuar del juez. Exponen la tendencia y expansión verificada en Argentina sobre aquel concepto y entienden que es desatinado formular dicho análisis despojado del contexto relativo al sistema procesal de que se trate. Como fruto de esta corriente, han surgido novedosos institutos jurídicos procesales. Aluden a la creatividad de las sentencias, al protagonismo del tribunal y al "aggiornamento" del servicio de justicia, y señalan que el activismo judicial se presenta como una concepción filosófica en el desenvolvimiento de la jurisdicción que exhiben posturas antagónicas. Exponen sobre el derecho en las antípodas, aludiendo a los criterios vertidos por N. Bobbio para desentrañar la disyuntiva. En alusión al posmodernismo, señalan que también abarca el ámbito jurídico y que ha dado sus notas particulares, detectándose en el área procesal matices que intentan perfilar nuevas legitimaciones y otras formas de resolver las controversias.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Activismo, Proceso, Valores, Posmodernidad

Activismo judicial, valores y posmodernidad.

Cristina Estela González de la Vega[1] y María del Carmen Piña[2]

Sumario

1. El derecho en las antípodas. 2. Posmodernismo y derecho procesal. 3. El activismo jurídico, un concepto filosófico. 4. Conclusiones.

1. El derecho en las antípodas.

Cabe recordar a Norberto Bobbio, quien con referencia al derecho en su manifestación objetiva, hacía mención al fenómeno en las antípodas y recordaba que la historia no es nueva; que formalismo y antiformalismo son las posiciones extremas y siempre recurrentes entre las que oscila el péndulo de la jurisprudencia, como clasicismo y romanticismo en estética, conservadorismo y radicalismo en política, etc.[3].

En su obra "El Problema del positivismo jurídico" enfatizaba en la necesidad de prudencia al momento de etiquetar o caratular doctrinas, decisiones jurídicas o pensamientos. Alertaba sobre el peligro de encorsetar ideas, deformándolas muchas veces en la vocación indiscriminada o inadvertida de rotular en desmedro, las concepciones o decisiones judiciales emergentes.

---

[1] Abogada. Doctora en Derecho y Cs. Sociales (Universidad Nacional de Córdoba-

[2] Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba-Argentina). Diplomada en Derecho Comparado (Universidad Atila Josep en Sèged, Hungría). Profesora de Metodología de la Investigación Jurídica (UCC). Profesora de Derecho Comparado en Especialidades y Carrera de Doctorado (UNC, UCC y Universidad Siglo21). Miembro del Instituto de Derecho Comparado de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Contacto: mcpina@hotmail.com.ar

[3] Bobbio, Norberto. "El problema del positivimo juridico·. Ed. Eudeba. Bs.As. 1965, pag. 12.

Uno de los fines del estudio antes citado, demostrativo de la amplia "*variedad y complejidad de las relaciones entre el jusnaturalismo y el positivismo jurídico, era recomendar en adelante cierta cautela en la atribución a este o a aquel autor del mérito (o del desmérito) de ser jusnaturalista o positivista*"[4]**.**

Y ello no es una cuestión menor, desde que según sea la posición del intérprete, en su quehacer, podrá advertirse concepciones que determinarán una u otra adaptación, sea en sentido estricto o en protección de paradigmas aceptados universalmente.

El pensamiento expuesto precedentemente, puede conducir al interrogante respecto a cuál debiera ser el rol del magistrado judicial en este tiempo y si el mismo ha sufrido cambios en el devenir histórico. También surge la idea de que no hay consenso en cuanto a delimitar la función jurisdiccional y que el magistrado, según su ideología, puede asumir roles que implican conductas judiciales diferentes.

De este ámbito de indefinición y a veces de confusión de roles, parece emerger la noción de "activismo judicial".

Esto así dicho, porque está de moda o al menos surge como una tendencia hablar de activismo judicial en Argentina. No es atinado analizar el activismo despojado del contexto relativo al sistema procesal de que se trata, entendido como modelo de juicio que asume la ley procesal en una determinada latitud.

---

[4] Bobblio, Norberto. Ob. Cit. Pag. 89. Magistralmente este autor plasmaba su idea diciendo: "creo que el modo mas prudente de responder a la pregunta acerca de si el autor es ius naturalista o positivista, es decir, con un gesto de cautela, ….depende. Depende del punto de vista en el cual uno se coloca para juzgarlo. Puede suceder que sea positivista desde un cierto punto de vista y ius nturalidta desde otro. En la medida que sea útil, pongo como ejemplo mi caso personal: ante el enfrentamiento de las ideologías donde no es posible ninguna tergiversación, soy ius naturalista; con respecto al método soy, con igual convicción positivista; en lo que se refiere finalmente a la teoría del derecho, no soy ni lo uno ni lo otro".

El tema del activismo judicial es una cuestión complicada, decía Jorge Malem y puede ser analizada desde dos ópticas. Una primera, la versión italiana, a través del uso alternativo del derecho. Esta línea de pensamiento trataba de utilizar el derecho, su interpretación y aplicación, de tal manera que permitiera a los jueces alcanzar determinados objetivos políticos, más allá (decían algunos) de lo que el derecho establecía.

Desde el punto de vista estadounidense, la cuestión es más o menos la misma, pero estos ponen el acento en su sistema de derechos fundamentales, cuyas cláusulas son muy abiertas y bajo una interpretación muy amplia, también se trata de perseguir objetivos políticos [5].

Es verificable además, que no se trata de un concepto unívoco y que de continuo aparece contrapuesto con otra noción elaborada y denominada en algunos ámbitos de la Teoría General del Derecho y la Dogmática Jurídica como "garantismo judicial".

Al hablar de activismo, se está en presencia de un término usual y bastante difundido, pero afectado de notable vaguedad conceptual, ya que hay textos que aluden al "activismo bueno" y "activismo malo", procurando quienes indagan, un encuadramiento personal en dicha calificación [6].

Así, apenas precisadas las nociones de activismo y garantismo judicial, pareciera que sus contenidos se encuentran expuestos en las antípodas.

Se observa además, a poco de investigar, que cuando se habla, por ejemplo, de activismo judicial en el Derecho Penal, los conceptos, los contenidos y los presupuestos no son los mismos que al tiempo de aplicar

[5] Malem, Jorge, profesor de la Universidad Pompeu Fabre, Barcelona, en comentario personal vertido en el XII Seminario Italo Español de teoría del derecho, Universidad de Salamanca, España, setiembre de 2006.
[6] Manilli, Pablo. "El activismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema". LA LEY 01-08-2006, I.

aquel rótulo en otras áreas de la dogmática, tales como el Derecho Civil, o el Derecho Laboral.

Resulta conocido el ámbito que confronta a los dogmáticos del Derecho Penal y los aglutina en dos corrientes que aparecen en oposición: como habitualmente se habla de activismo y garantismo. Hay quienes incluso, han llegado a sostener la noción de existencia del "Derecho Penal del enemigo" y en reacción inmediata se verifica el denominado "Derecho penal del ciudadano" que seguiría delimitado por principios liberales [7].

El proceso civil no ha resultado inerme al activismo judicial sino por el contrario, resulta ampliamente verificable en Argentina. Como frutos del activismo han surgido nuevos institutos jurídicos procesales que han tenido recepción legislativa, de reciente factura[8].

---

[7] Bailone, Matías en comentario a la obra de Eugenio Zaffaroni: "El enemigo en el derecho penal", Ed. Ediar. Bs. As. 2006, expone: "sobre la materia en análisis resulta interesante relevar la posición de Zaffaroni, quien no aparece como un contradictor mas de Jacobs, a quien reconoce que esta propuesta autoproclamada reductora tiene en principio la gran ventaja de la sinceridad absoluta y el acierto semántico de la nomenclatura, lo que obliga –dice-, a poner sobre el tapete de discusión, con toda crudeza lo que el derecho penal tradicional venía escondiendo detrás de irrisorias teorizaciones y pocos inocentes eufemismos: que hay seres humanos que deben ser sometidos a tratamientos diferenciados a causa de su "peligrosidad". Advierte Zaffaroni que si se introduce el concepto de enemigo dentro del derecho penal, quedan sentadas las bases para la destrucción del derecho, abdicando de tener la guía meridiana del ideal del estado de derecho abstracto y en cambio, el mismo sería reemplazado por una versión absolutista y totalitaria. En su libro, Zaffaroni afirma: que la peligrosidad y su ente portador-peligroso o enemigo ónticamente reconocible proveniente de la mejor tradición positivista y más precisamente garofaniana, debido a su seguridad individualizadora, tarde o temprana termina en la supresión física de los enemigos. El desarrollo coherente del peligrosismo, antes o después, acaba en el campo de concentración". El mencionado autor, así como el español, Francisco Muñoz Conde, redunda en la temática señalada, manifestando que frente a una situación internacional donde se detienen ilegalmente a personas por simple sospechas de planes terroristas y se los someten a torturas indignas no es una cuestión menor analizar y discutir las teorizaciones que legitiman aquellos extremos".

[8] Ha señalado, Jorge Peyrano que el activismo judicial es creativo y ha aportado numerosos y nuevos institutos procesales, tales como, la medida autosatisfactiva, el recurso indiferente, la reposición in extremis, la llamada tutela anticipatoria, la medida cautelar innovativa, la medida conminatoria, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, el denominado recurso ad infinitum, entre otros. (Peyrano, Jorge. " Sobre el

Sobre esto, adquiere significación la aproximación que Morello realizara al referirse a la creatividad de las sentencias, al protagonismo del tribunal y al *aggiornamento* del servicio de justicia, a lo que puede agregarse que una sentencia es propia de un ejercicio activista de la judicatura cuando el tribunal, además de solucionar el caso concreto traído a su juzgamiento, envía señales innovadoras a los demás poderes, a los jueces inferiores y a la sociedad en general, tendientes a generar un cambio en la legislación o en la jurisprudencia o en las costumbres[9].

Más recientemente, en la doctrina procesalista argentina, Gozaíni plantea la existencia de un conflicto que enfrenta a dos sectores bien diferenciados de esa ciencia. Aquellos en los que se incluye y que propician el activismo responsable del juez, frente a los que sostienen que esa dinámica destruye las garantías constitucionales que implementa el debido proceso [10].

2. Derecho procesal y posmodernismo.

La necesidad de encontrar respuestas adecuadas, justas y oportunas, en pos de la tutela judicial efectiva ha dado una dinámica en el actuar del juez diferente de la tradicional.

---

activismo judicial", en "Activismo y garantismo procesal". Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba. Córdoba. 2009, pag.13).

[9] Morello, Augusto M. "La Corte Suprema en acción". Ed.Platense-Abeledo Perrot, 1989, p. 119. Citado por Manilli, Pablo L. en "El activismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema". LA LEY 2006-D, 1283.

[10] Gozaini, Osvaldo. "El neo procesalismo". LA LEY, 2005-E, 1328. También este autor define al garantismo como la postura doctrinaria según la cual el proceso judicial se basa en la constitución, de modo tal que a nadie se le puede privar del debido proceso legal adjetivo, lo que supone entablar un conflicto entre dos partes en donde el juez debe ser imparcial, (independiente e impartial, esto es, equidistante entre las partes). Este juez dirige el debate entre las partes garantizando permanentemente la bilateralidad y el derecho a la contradicción. De ese modo todo el proceso queda gobernado por el principio dispositivo, según el cual no hay proceso sin petición de parte, ni actuación de oficio del órgano jurisdiccional. Con esas bases esta escuela concluye que "el activismo judicial violaría las reglas de bilateralidad y contradicción".

Esta inquietud denota un trasfondo o fundamento filosófico, que estaría dado en la corriente posmodernista. En efecto, Jean Francois Lyotard, señala que el postmodernismo implica un estado de la cultura al que se llega después de transformaciones que han afectado a las reglas de la ciencia, de la literatura y de las artes a partir del siglo XIX[11]. Este movimiento se refleja como un paso al costado de la era de la modernidad y tuvieron presencia en distintos sectores: políticos, económicos, científicos y también en lo jurídico. En este último cuadrante y como consecuencia del mismo se le asignó un lugar preferente a la noción del individuo, que es tomado como eje de las disciplinas jurídicas[12].

En el ámbito del derecho procesal "la modernidad buscó y estructuró un sistema universal de solución de controversias, el cual aparecía como racionalmente organizado por el estado"[13]. Ello conforme a modelos reconocidos y aceptados por la ciencia procesal, cuya aplicación le confiere a los sujetos procesales roles predeterminados en la ley.

Cabe señalar que el posmodernismo también abarca el ámbito jurídico dándole notas particulares. En el área procesal, tales matices se advierten a modo ejemplificativo, en los intentos de perfilar nuevas legitimaciones, de encontrar otras formas para resolver las controversias, de sustraer del campo jurisdiccional ciertos procedimientos derivándolos a jurisdicciones notariales (juicio sucesorio), etc. Asimismo en lo que hace a la teoría general del derecho procesal, también se replantean instituciones y se

[11] Lyotad, Jean Francois, "La condición posmoderna". 2da. Edic. Ed. Cátedra, Madrid, 1986, p. 9.

[12] Así, "el derecho civil ve al contratante individual frene a otro igual a él en posibilidades y opciones; el Derecho Constitucional refuerza el garantismo individual; el Derecho Penal ve al delincuente como un ser libre y autodeterminado frente al delito; el Derecho Internacional Público ve a los Estados como una pluralidad de entes individualmente soberanos e igualitarios" . Ciuro Caldani, Miguel A. "Las ramas del mundo jurídico en la Teoría General del Derecho". ED 150-859.

[13] Chaumet, Mario E. "La posmodernidad y las técnicas alternativas de reslución de conflictos". ED 157-726.

vigorizan ciertos principios[14]. Piénsese en el remozado principio procesal de colaboración de las partes y de terceros, en la construcción del proceso. En dicha sintonía, el activismo judicial se presenta como una concepción filosófica en el desenvolvimiento de la jurisdicción judicial.

Cuando Giussepe Chiovenda brindaba las bases del sistema procesal, identificando los principios propios, no imaginaba cuales serian las orientaciones que habría de seguir la nueva ciencia bajo el impulso de la doctrina de los autores.

Se avizoró así el elemento publicístico y el elemento privatístico del proceso, como concepciones contrarias dando lugar a sistema prevalentemente dispositivos o inquisitivos.

El primero (dispositivo) se caracteriza por un juez expectante, que actúa por rogación de las partes a quienes se les confía la carga de aportar los materiales (hechos y prueba) sobre los que ha de versar la decisión del juez. El segundo (inquisitivo) le confiere al juez el deber de investigar la verdad material sin otra limitación que la ley y con prescindencia de la actividad de las partes. Así el juez no solo puede iniciar de oficio el proceso, sino que está facultado para buscar los hechos, descubriéndolos a través de los que ya conociera y utilizando cualquier medio tendiente a la averiguación de la verdad. Y es así que el proceso civil, que abreva en los antecedentes españoles (continental europeo) se organizó bajo la forma dispositiva y los penales y laborales, por el inquisitivo. Sin embargo y dejando en claro que los sistemas no se presentan de modo puro, sino de forma prevalentemente sea dispositivo o inquisitivo; con el avance de la ciencia procesal y ante la ampliación de sus bases constitucionales y convencionales, el dispositivo se atemperó en lo que se ha dado en llamar la "publicización" del proceso civil. En tanto que el proceso penal, viro hacia la denominada

[14] Gonzalez de la Vega, Cristina. "Criterios adversariales y no adversariales", en "Lineamientos para un proceso civil moderno", de Ferreyra de de la Rúa, Angelina. González de la Vega, Cristina. Ed. Ediar. Bs. As. 1996. Pag. 211.

"privatización" delimitando los roles del juez y de las partes, asumiendo el modelo acusatorio mixto [15].

Hemos de señalar que la publicización del proceso civil, como puerto cercano de la ciencia procesal, asume que la idea relativa a la función jurisdiccional, constituye una función de la soberanía que permite al juez, como órgano del poder público, asistir activamente a la Litis. Ello porque el Estado está interesado en el modo en que se desarrolla el proceso.

En esta orientación se vivificó el análisis de la función jurisdiccional y de la posición del juez en el proceso, vinculado a los poderes deberes-deberes en una concepción finalista, dada en la valoración de los intereses tutelados y garantizados por el derecho.

En el estado actual, puede afirmarse sin hesitación la unidad fundamental del proceso, que pese a la pluralidad de tipos procesales no modifica dicha unidad conceptual de la figura procesal la que resulta en lo fundamental idéntica en todas las ramas procesales.

Es que la unidad se concibe desde el punto de vista finalista cual es la de la satisfacción de las pretensiones que existe con carácter medular en las distintas parcelas de lo procesal [16].

3. El activismo jurídico, un concepto filosófico

Constituye una aseveración de la Teoría General del Derecho, que en la cultura jurídica contemporánea, conviven enfrentadas dos condiciones

[15] Recordemos que el acusatorio se presenta como un proceso dominado por las partes, con una concepción individualista mientras la jurisdicción aparece con la única función pública de resolver el conflicto intersubjetivo. La característica fundamental del acusatorio es que el juez o tribunal deja de ser protagonista activo de la búsqueda de la verdad y deriva esta responsabilidad al ministerio publico (órgano requirente).

[16] González de la Vega, Cristina Estela. "Teoría General del Proceso. Actividades Practicas". Ed. Advocatus. Córdoba. RA. 2018, pag. 9/10.

radicalmente opuestas acerca del desempeño de la función jurisdiccional en un Estado de Derecho.

Los términos de la discrepancia, rápidamente, se sitúan en mostrar las distintas reacciones que suscita en una y otra la sola mención de la idea de "activismo judicial".

Se observa en primer lugar, una larga tradición del pensamiento jurídico político que ha prevenido contra el riesgo de un gobierno de los jueces o de lo que se denominara de unos "jueces legisladores" [17].

Para esta línea de pensamiento, el activismo judicial equivale sin más a invasión por parte del juez de un espacio de legitimidad que no le corresponde y, por ello mismo, a puesta en peligro del delicado sistema de equilibrios institucionales, sin el que se frustraría irremisiblemente el ideal del Estado de Derecho [18].

Se afirma que en el fondo, desde este primer punto de vista, late la convicción de que el juez activista no es más que un individuo que, considerándose acaso parte de una elite moral, impone a los demás sus propios valores, sin tomarse el trabajo de ganarse el derecho para hacerlo, pasando a través del proceso político ordinario o dicho de otro modo, del procedimiento democrático. Esta concepción afirma que los juicios de valor, después de todo, deben ser votados no dictados[19].

Para la segunda concepción, "activismo judicial" no es una expresión necesariamente peyorativa. Bayón sostiene que podría serlo, si se

---

[17] Bayón, Juan Carlos, "Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado Constitucional", en "Jueces para la democracia", 27 (1996), Revista dirigida por Perfecto Andrés Ibañez, Madrid, pa. 41.

[18] Capelletti, Mauro. "¿Giudice legislatore?", Milán, Giufre, 1984. Cita. Por Bayón, J.C., ob. Cit.

[19] "No hay ninguna explicación satisfactoria de por qué un juez habría de tener la autoridad de imponernos su propia moral (…). Una toga es enteramente irrelevante en cuanto al valor de las opiniones morales del que las lleva. Un juez no es sino un votante más y es en las urnas donde sus opiniones morales cuentan..." R. Bork: The Tempting of America. The Political Seduction of de Law, Nueva York, The Free Press, 1990, pag. 252 y 124-125, citado por Bayón, op.cit.

entendiera por juez activista "*aquel que invade el espacio de la pura discrecionalidad política donde sólo debe contar el criterio de oportunidad"*.

Ahora bien, el núcleo de esta segunda concepción, es la idea del juez como garante de los derechos fundamentales del ciudadano, frente a cualquier clase de actuaciones de los poderes públicos. Y lo que esa idea central llevaría aparejado, es que en el mundo de las garantías, el juez sí debe ser –por decirlo con palabras de Clemente Auger- "*activista sin pudor*"[20].

Un sutil análisis filosófico advierte que cada una de las posturas antes expuestas, es el producto no sólo de concepciones diferenciadas acerca de qué debe entenderse por el "Estado de Derecho" o de cómo concebirse la relación entre democracia y derechos, sino incluso en un plano anterior, de distintas concepciones acerca del modo en que se desenvuelven los procesos de interpretación y aplicación de normas y aún acerca del concepto mismo de norma y del modo en que las distintas clases de normas gobiernan las conductas.

El análisis teórico demuestra más que una distinción entre activismo y garantismo, que la discusión parecería centrarse en torno a la interpretación y aplicación de las normas. Resulta innegable que siempre, el juez para aplicar, debe antes interpretar la norma en cuestión.

Hay generalizado consenso en cuanto que ya nadie cree que las operaciones realizadas por el juez para interpretar el derecho son operaciones lógicas en el sentido estricto de la palabra, es decir, operación de deducción de ciertas conclusiones a partir de determinadas premisas; en otras palabras que la actividad del juez sea meramente mecánica o automática.

---

[20] C. Auger: "Valores, principios y preceptos de la Constitución" en Vinculación del juez a la ley penal, Cuadernos de Derecho Judicial vol. XVII, Madrid CGPJ, 1995, 101-118, pag. 114, citado por Bayón, op.cit.

La afirmación precedente, constituye uno de los pocos puntos en los que existe acuerdo en la discusión metodológica jurídica contemporánea y esto al menos porque existen cuatro razones: 1) la vaguedad del lenguaje jurídico, 2) la posibilidad de conflicto entre normas, 3) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe una norma ya vigente y 4) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales [21].

En conexión con la expansión de la función jurisdiccional, también se advierten dificultades en ciertas leyes que obligan al juez, por así decirlo, a desplegar una conducta que puede ser calificada superlativa o peyorativamente de activista o garantista, siempre describiendo el comportamiento judicial en las antípodas.

Lo que parece desprenderse de este marco de observación es que, sin prescindir de la carga ideológica con que cada magistrado conforma su decisorio, existe densidad, oscuridad, confusión y más de una vez contradicción en el material normativo que sirve de base y debe ser utilizado por el juez [22].

A más del problema externo que emerge del propio texto de una norma en análisis, se encuentra desplegado el amplio abanico que conforman los cánones de la interpretación, al momento de buscar desentrañar el sentido y alcance de un texto jurídico o bien de atribuir por decisión cuál será ese sentido o alcance [23].

---

[21] "No sólo es posible que esta enumeración sea incompleta, sino que también se puede opinar que contienen demasiadas razones." Alexy Robert, "Teoría de la Argumentación Jurídica", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pag. 23/24.

[22] Castellano, Susana. Piña, María del Carmen. "¿Activismo o garantismo en el Derecho Laboral?. Revista de Derecho Laboral, Procedimiento Laboral II, 2007-2. Buenos Aires.

[23] "La cuestión es dónde y en qué medida son necesarias valoraciones, cómo debe ser determinada la relación de éstas con los métodos de la interpretación jurídica y con los enunciados y conceptos de la dogmática jurídica, y cómo pueden ser racionalmente

Los juristas y los filósofos del derecho prestan cada vez mayor atención a la presencia manifiesta u oculta, consciente o inconsciente de los juicios de valor.

En su ámbito, el juez adopta este o aquel método, según pretenda obtener este o aquel resultado y esto hace decir a menudo de los jueces que, de hecho, la decisión se produce antes que los argumentos que la justifican. Ya lo expresaba Bobbio con sagacidad, que cada magistrado utiliza el método de interpretación que mejor se adecua a su ideología y esto aparece provisto de un innegable criterio de corrección [24].

Por otra parte, no existe consenso sobre el número ni respecto a la jerarquía de los cánones empleados en el proceso de interpretación, de modo que al momento de ser éstos utilizados, sólo cabe predicar del acto, el cumplimiento y la corrección de los pasos que el invocado método requiere.

La cuestión de la relación entre los argumentos de formas distintas, se discute como un problema de establecer un catálogo de grados o una jerarquía de los métodos, denominados por Alexy los "cánones de interpretación".

Hasta hoy, ninguna propuesta de un tal catálogo ha encontrado un reconocimiento general. La posibilidad y también la necesidad de tal ordenación es valorada de maneras distintas [25].

---

fundamentadas o justificadas estas valoraciones". Robert Alexy, "Teoría de la Argumentación Jurídica", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pag. 28.

[24] Norberto Bobbio cree que expresar un juicio de elección entre dos métodos de interpretación y declarar la preferencia por el método evolutivo, implica en realidad expresar un juicio de elección entre dos ideologías, el liberalismo clásico o puro y el liberalismo social y juzgar la bondad de los métodos por los resultados que se obtienen, Cfr. "El Problema del Positivismo Jurídico", EUDEBA, 1965, pag. 30. En el mismo texto expone: "Una vez más, formalismo y antiformalismo –si queremos utilizar estas expresiones- no tienen un valor o un disvalor en sí mismo, sino que su valor o disvalor dependen de la ideología a la cual sirven y que nosotros aceptamos o rechazamos", pág. 31.

[25] Alexy Robert, op. cit. pags. 237/238.

Queda expuesto entonces, que al momento de ponderar los argumentos de uno u otro posicionamiento de la función jurisdiccional, puede verificarse que expresiones tales como "lo justo o lo injusto", "lo bueno o lo malo", "el protectorio o la desprotección", son más bien muestras de fuerte contenido ideológico, verificándose incluso, que otras veces, argumentos más austeros, expuestos con poco estruendo, son demostrativos de una mejor adecuación del decisorio con el sistema jurídico todo, con la garantía de la seguridad jurídica y con un derecho predecible dentro del Estado de Derecho.

4. Conclusiones.

Del espacio analizado en la dogmática procesal argentina pareciera que más que la calificación o descalificación del comportamiento judicial emergente conviene pensar que la pretensión de su encuadramiento en una u otra de las líneas, fuertemente imbuidas de vaguedad conceptual, resulta de evidencia manifiesta que el juez en el proceso se encuentra al momento del decisorio en particular en algunos tópicos, con una plataforma normativa enorme, confusa, a veces contradictoria, y en muchas oportunidades, sin plataforma normativa.
Estas circunstancias expuestas, con objetividad verificable, no constituyen meros calificativos de un conglomerado legislativo, sino una de las razones que permitiría explicar y hasta justificar la sobreactividad del juez o lo que se ha denominado, la jurisprudencia en las antípodas.
Tales creaciones han venido a reforzar - por vía pretoriana- aunque muchas de ellas ya tienen sanción legislativa –el cumulo 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 catalogo de respuestas jurídicas habituales. Es que, en buena medida el activismo judicial ha generado un "derecho procesal de excepción", pensado por y para solucionar lo que no es adocenado [26]. Desde tal perspectiva, el activismo integra el derecho procesal de excepción, dispuesto a dar respuestas eficientes, tempestivas y pensadas fundamentalmente en su destinatario: el justiciable.

Retomar a esta altura la lúcida advertencia expuesta por Norberto Bobbio, llevaría a afirmar la inconveniencia de rotular en desmedro las líneas de decisión antes mencionadas y a postular la conveniencia de efectuar un análisis desenfadado y serio, demostrativo de las dificultades que enfrenta el jue al momento de conformar su jerarquía valorativa.

Córdoba (República Argentina) mayo de 2018.

[26] Peyrano, Jorge. Ob. Cit. Pag. 14.