

Límites a la discrecionalidad judicial. Activismo judicial / División de poderes / Cumplimiento de las sentencias



DRA. ANALÍA DURAND DE CASSIS

Presidenta del Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia de Corrientes

Si vamos al título que encabeza ese panel podemos presuponer que debemos volver a dar una doble mirada a la temática. Desde el punto de vista de la justificación de las facultades de los jueces, y desde una perspectiva procesal de la misma. Y en particular me detendré, en el tiempo del que dispongo, en el cumplimiento de las sentencias.

Sin dudas que debemos volver a dar una mirada a la «dificultad contra mayoritaria» que presenta el Poder Judicial. Es decir, cuando el Órgano con menor legitimidad democrática dentro de la división de poderes, impone su autoridad sobre los restantes.

Desde el punto de vista procesal, podemos referirnos al «activismos vs. garantismo», o al neoprocesalismo en el decir

de Gozaini. Pero para ello se debe tomar posición al respecto.

Ya R. Gargarella, en el año 1996, en su obra «La Justicia frente al Gobierno», se formulaba este interrogante:

«Dado que queremos que nuestro sistema político responda de un modo adecuado a la voluntad de las mayorías, y que asegure la protección de las minorías ¿cuál podría ser el papel del Poder Judicial dentro de este sistema?»

La respuesta no debe buscarse solamente en la visión procesal de la problemática activismo vs. garantismo, sino también en la obligación del Juez de motivar adecuadamente sus decisiones, analizando los efectos y consecuencias de las mismas. En el desarrollo de la labor interpretativa

debemos ser un tanto consecuencialistas, pues no debemos olvidar que la toma de decisiones requiere tener en cuenta la opinión de cada uno de los posibles afectados, de acuerdo a nuestro sistema representativo de Gobierno.

Es decir que debe reducirse o circunscribirse la mera discrecionalidad tratando de convertir la decisión judicial en una **tarea normativa más justificable.**

Sin embargo, los problemas de interpretación normativa permanecen y demuestran sus dificultades, como también los problemas de justificación en la interpretación de la Ley.

Es que, pese a los esfuerzos realizados, aún hay un amplio margen de indeterminación en la Legislación, que permite la

discrecionalidad. Las propuestas o alternativas para responder a esta situación son variadas, habiendo estudios sobre la justificación y fundamentación de las decisiones judiciales, excelentes, y que han sido señeros para delinear el perfil del Juez que hoy requiere la sociedad. Cuando evidentemente deben tomarse decisiones que implican la injerencia o revisión de alguna política pública que pueda dar origen a una sentencia exhortativa o a un supuesto de reenvío, técnica que dentro de la corriente constitucional es vista muchas veces como más valedera que la declaración directa de inconstitucionalidad. La misma debería generar un diálogo entre poderes, para fortalecer la vinculación, y así avanzar hacia la búsqueda de consensos en el diseño de las políticas de Estado. Esta es una de las tantas propuestas a la temática.

Sin embargo, no podemos dejar de repasar brevemente la función del Juez finisecular y su ingreso a esta nueva centuria, para dejar instalado el tema a través de interrogantes que, entre todos, trataremos de responder, dejando entrever realmente el sentir de la judicatura en el tema.

Durante el desarrollo del siglo pasado, en particular en los últimos cincuenta años, vemos cómo se produce el tránsito del Juez, «boca de la Ley», al puesto más participativo, activista, comprometido, que interpreta -dice la Ley- ya no sólo en los casos difíciles. Asume el reto de que las leyes son imperfectas, utilizan un lenguaje vago, de textura abierta -normatividades indeterminadas- que, por lo tanto, requieren, en relación con el caso, de reconocimiento, interpretación, determinación, aplicación y síntesis. Así funciona la norma.

Lo que ha sucedido es que ha entrado en crisis el conocimiento clásico, lineal; la sociedad tiene otros requerimientos; hoy la norma en su versión clásica, pura, despojada de sus dimensiones histórica y sociológica ya no es suficiente, y así lo fáctico reingresa a través de la decisión judicial.

Ante esta situación, la discrecionalidad o activismo, no es buscado por el Juez, sino que se encuentra, como un *poder intersticial*, en las normas que deben interpretarse, ensamblarse y aplicarse a los casos concretos que no pueden dejar

de resolverse, como lo prevé el art. 21 del CC, art- del nuevo proyecto.

Estas carencias de las normas, más la ausencia o insuficiencia de políticas públicas en temas sensibles, socialmente, que se agrega a una visión de los derechos fundamentales como los derechos humanos, hacen que el Poder Judicial vaya interviniendo en cuestiones de «amparo»; de gravedad institucional; que las cuestiones políticas no justiciables se vayan reduciendo; que la cosa juzgada írrita sea revisable, como también las cuestiones arbitrarias; que la abstracción cambiaria empiece a verse golpeada por la relación de consumo, por citar algunas de las más variadas problemáticas que llegan a los tribunales, y cómo se responde, ya no sólo en el caso difícil, sino en todos, en los caos de derecho común, reflejando una toma de posición del Juez.

Aun siendo éste el estado de situación, no podemos dejar de formularnos los siguientes interrogantes:

¿Qué es ser Juez?; ¿Cuáles son los lími-

Límites a la discrecionalidad judicial.
Activismo judicial / División de poderes /
Cumplimiento de las sentencias

tes que deben regir su desenvolvimiento?; ¿Qué fenómenos nos interpelan hoy?

¿Se toman decisiones ejecutables? ¿Se cumplen las decisiones judiciales, tanto en el ámbito del Derecho privado como público? Se afecta la división de poderes? Las intervenciones en otras áreas del poder del Estado ¿deben ser justificadas, tanto en su aspecto interno (*racionalidad*) como en su aspecto externo (*razonabilidad*), con mayor rigor?

Sin dudas que cada vez que polemizamos o nos referimos a la función del Juez y al papel que desempeña la interpretación, estamos discutiendo acerca de cómo concebimos al Derecho.

Desde el punto de vista de la teoría crítica y utilizando las metáforas de François Ost, partimos de un Juez Júpiter, artífice de las soluciones que provienen de Dios, para pasar por Hércules, que carga sobre sus espaldas todo el peso y resuelve los casos difíciles, hasta llegar a Hermes, el de la comunicación, que resuelve, intermediando.

Hermes es el Juez que percibe la complejidad, la diversidad y el gran número de actores que participan de la escena jurídica; por lo tanto, el Derecho no debe ser mirado desde una visión reduccionista, sino como una *práctica social discursiva*, como un discurso más amplio, que requiere de otras disciplinas, a las cuales el Juez situado recurre. Así tratamos de responder al primer interrogante.

Al segundo interrogante debemos responder sosteniendo enfáticamente que las decisiones deben estar justificadas y fundamentadas, para que no resulten calificadas como meros actos de discrecionalidad y así tranquilizar a todos aquellos que temen el «gobierno de los jueces», pero que en la actualidad, el activismo bien entendido, medurado, racional, es una herramienta para hacer justicia en el caso concreto. Como decía en un artículo que tiene muchos años ya, Julio Cueto Rúa: el buen Juez no sólo debe tener conocimiento del Derecho vigente, sino de la realidad social, autoconciencia de su función creadora, objetividad y realismo en su función, capacidad expresiva en la enunciación de los fundamentos de su decisión, sabio ejer-

cicio de la autoridad; tener como misión central la realización de la justicia mediante la aplicación del Derecho. No debemos olvidar que cumplimos un acto de servicio.

Ante el tercer interrogante ¡cuántas cosas podríamos decir, contar! Solamente advertimos que el siglo XXI trajo en su mochila muchos de los viejos problemas de la humanidad, con otro ropaje, a veces. Cuestiones estructurales, diría Roberto Saba, como ser: pobreza, que trae aparejados problemas de vivienda, salud, de asistencia social, que se manifiestan bajo las más variadas peticiones; acceso al trabajo regular; desestructuración de los grupos familiares básicos; desarrollo científico, con cuestiones de bioética, biotecnología; cuestiones de derecho ambiental, entre otros.

Entonces las sentencias que resuelven aun los casos denominados del Derecho común, se encuentran atravesadas por el Derecho Constitucional y los Derechos Humanos, en donde nos desenvolvemos con normas pero esencialmente con *principios*, los que son de textura abierta y generalmente requieren de un método

interpretativo para su aplicación. Por ello es que hacemos hincapié en el rigor de la argumentación, que debe manejar el Juez situado en su circunstancia. El *constitucionalismo discursivo* con sustento en la ponderación - como lo propone Robert Alexy - es una excelente alternativa para sostener una posición, cuando se encuentran en juego principios del mismo peso.

Herramientas existen y variadas, el núcleo del tema se encuentra en cómo se ejerce y se desarrolla el poder de convicción ante una ciudadanía descreída, cómo se legitima al Poder Judicial.

Estado de situación: ¿se cumplen las sentencias?

Para responder a este interrogante debemos distinguir entre las sentencias entre particulares y entre un particular y un Poder del Estado, generalmente el P.E.

Al primer supuesto, decimos que en general es dificultoso el cumplimiento, habiendo un alto porcentaje de ejecuciones de sentencia.

En el segundo supuesto, en las de contenido económico, existen prácticamente en todas las provincias, siguiendo los lineamientos de la Legislación nacional, un procedimiento a seguir para lograr el cumplimiento. El índice de cumplimiento voluntario es mayor en las causas de menor cuantía.

Especial mención merecen aquellas sentencias exhortativas o integrativas, que condenan a tener o no tener determinadas conductas y en ciertos plazos, como son los casos paradigmáticos de la SCJ, como ser el «Caso Mendoza».

Colofón

Podemos formular una conclusión provisoria. El activismo es una herramienta de protección constitucional, siempre que fuere utilizado con sustento en criterios de racionalidad, razonabilidad y prudencia ■

Corrientes, 14 de octubre del 2012.