

PODERES JURISDICCIONALES: EL DILEMA ENTRE EL JUEZ ACTIVO Y EL JUEZ AUTORITARIO

ADRIÁN SIMONS PINO

Profesor de Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.
Director de la Asociación Peruana de Derecho Procesal.
Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

SUMARIO:

I. Introducción.- II. La concepción garantista del proceso: 1. El sistema procesal civil encuentra su sustento ideológico en la concepción liberal de la sociedad; 2. Primera discrepancia: la distinción realizada no obedece a una real concepción liberal de la sociedad; 3. La vinculación del proceso civil con el derecho de propiedad; 4. Segunda discrepancia: el concepto liberal de propiedad y su posterior vinculación con el proceso civil; 5. La postura garantista no es el reflejo de un pensamiento liberal moderno, sino de un pensamiento conservador.- III. Los poderes del juez civil: el mito del juez garantista "liberal" y el juez "autoritario" o "totalitario". 1. Visión garantista de los poderes del juez; 2. Los poderes del juez bajo una concepción publicista del proceso.- IV. Principales manifestaciones de los poderes jurisdiccionales, bajo la óptica publicista: 1. Control de los presupuestos procesales (competencia, capacidad procesal y requisitos de la demanda) y de las condiciones de la acción (voluntad de la ley, interés procesal y legitimidad para obrar); 2. La prueba de oficio; 3. El poder general de castigo; 4. La prescripción del abuso procesal; 5. Los medios compulsorios y los poderes de ejecución respecto de las decisiones judiciales.- V. Reflexión final.

¿Cuál fue el camino seguido hasta alcanzar nuestra actual situación; cuál la forma de gobierno a cuyo calor creció nuestra grandeza; cuáles las costumbres nacionales de las que surgió?... Si miramos a las leyes, veremos que proporcionan a todos igual justicia en los litigios. La libertad de que disfrutamos en la esfera pública se extiende también a la vida ordinaria... Sin embargo, esas facilidades en las relaciones privadas no nos convierten en ciudadanos sin ley. La principal salvaguarda contra el temor radica en obedecer a los magistrados y a las leyes – sobre todo en orden a la protección de los ofendidos –, tanto si se hallan recopilados como si pertenecen a ese código que, aun cuando no ha sido escrito no se puede infringir sin incurrir en flagrante infamia.

Pericles¹

I. INTRODUCCIÓN

Soy consciente que el mundo del Derecho Procesal se debate hoy entre el publicismo y el garantismo, debate que no escapa a la invocación de opciones ideológicas. Por ello, creo que Francis Fukuyama se equivocó al vacinar el fin de las ideologías, muy por el contrario, quienes afirmaron el fin del socialismo como ideología se equivocaron de extremo a extremo. Hoy vemos cómo muchos pueblos han optado por una opción cercana a dicho pensamiento, y también estamos apreciando, en algunos lugares, el retroceso del liberalismo como opción de vida social. La batalla por las ideologías sigue vigente.

Después de lo indicado, el lector se preguntará: ¿y qué tienen que ver las ideologías con el proceso civil y en particular con los poderes jurisdiccionales? Muy simple. Quienes están por la

¹ A. HAYEK, Friedrich, *Las Fundamentos de la Libertad*. Sexta Edición, Unión Editorial, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, p. 19.

limitación de los poderes jurisdiccionales se autodenominan "liberales" o "garantistas" y algunos que están por la amplitud de poderes jurisdiccionales se autodenominan "social demócratas" o "publicistas". Para demostrar lo errado de tales denominaciones, en especial de parte de quienes invocando la ideología liberal asumen la opción garantista, haremos un breve vuelo por los fundamentos del liberalismo moderno y su relación con el proceso.

La primera parte de este trabajo estará enfocada a explicar por qué los poderes jurisdiccionales o poderes de la jurisdicción (como decía Clemente Díaz¹), entendidos estos como el poder-deber del juez, se encuentran ligados a una opción liberal que se aparta por completo de lo que se considera el garantismo. En suma, me atreveré en este mundo de los osados, a demostrar que lo propuesto por el garantismo nada tiene que ver con una verdadera opción liberal para un proceso justo y con plena consideración de la paz social en justicia.

La segunda parte servirá para analizar, desde una perspectiva de la eficacia procesal, los poderes jurisdiccionales de los cuales debería gozar el juez, sean estos expresos, implícitos o propios del natural ejercicio de la función jurisdiccional.

II. LA CONCEPCIÓN GARANTISTA DEL PROCESO

Se ha escrito mucho sobre el tema materia del presente título y, para sintetizar la visión "liberal" de quienes sostienen que el proceso solo incumbe a las partes y que ellas tienen el control absoluto y total del mismo, sobre la base de un sistema económico-liberal, he recurrido al ilustre profesor español Juan Montero Aroca², quien a través de un interesante trabajo resume la ideología que él considera debe estar inmersa en el proceso civil. Para tal efecto, pasaré a sintetizar las ideas más importantes que sustentan la posición del profesor Juan Montero Aroca y, a su vez, cuál es mi visión respecto de ellas:

1. El sistema procesal civil encuentra su sustento ideológico en la concepción liberal de la sociedad

De acuerdo a este subtítulo, el profesor Montero Aroca³ utiliza al sistema económico para distinguir entre los intereses públicos y los privados. Bajo tal distinción, se argumenta que estando el proceso civil inmerso en un interés privado, debe prevalecer la autonomía de la voluntad; lo cual lleva a concluir que el único titular del interés discutido al interior del proceso es el individuo y no la sociedad.

Bajo tal línea de argumentación, el profesor Montero Aroca, indica que haciendo esa distinción entre Derecho público y privado se llega a la existencia de dos tipos de procesos: i) el proceso necesario; y, ii) el proceso que responde a la pura autonomía de la voluntad de las partes en conflicto. El primero de los nombrados está representado por el proceso penal (donde predomina el interés público) y el segundo por el proceso civil (donde predomina el interés privado).

2. Primera Discrepancia: la distinción realizada no obedece a una real concepción liberal de la sociedad

El quid del tema es si el proceso civil es un "asunto privado" que solo les incumbe a las partes en conflicto ¿Es que el proceso civil en sí mismo no tiene ninguna trascendencia social? ¿Acaso al Estado

¹ DÍAZ, Clemente, *Los Poderes de la Jurisdicción*. En: *Problemática actual del Derecho Procesal*. Libro Homenaje a Amílcar A. Mecador. Editora Platón. La Plata, 1971, p. 346.

² MONTERO AROCA, Juan, *Los poderes del juez en el proceso civil*. En: *Las ideologías autoritarias y la pérdida de sentido de la realidad*. En: *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, No. 3, 1001.

³ MONTERO AROCA, Juan, *Op. Cit.* p. 262.

o la sociedad en su conjunto no le interesa cómo se resuelven los conflictos privados? ¿Es que la ideología liberal sigue pensando que los temas privados solo incumben a los privados y a nadie más?

Son muchas preguntas a las que intentaremos darles respuesta de una manera integral.

El profesor peruano Juan Monroy Galvez empieza afirmando: "(...) se constató que lo más importante en el proceso no es que los particulares resolvieran su conflicto sino que, a través de él, el derecho objetivo —creado por el propio Estado— se tornará eficaz y respetado, y asimismo, a través de la exigencia judicial del cumplimiento del derecho objetivo, se logró **la paz social en justicia**" (el resultado es nuestro).

De igual modo, el profesor Monroy Galvez agrega lo siguiente:

"Como se advierte, tanto la eficacia del derecho objetivo como el fin de la paz social en justicia son extraparticulares, y de alguna manera extraprocesales.

(...) resulta que las partes al enfrentarse en un conflicto de intereses brindan al Estado la oportunidad de reafirmar la eficacia del derecho objetivo para lograr la paz social en justicia. En consecuencia, **el proceso pasa a ser una actividad pública, sujeta a normas de derecho público** (el resultado es nuestro).

(...) mantener un esquema privatista es signo de obsolescencia grave o aguda, según se mantengan vigentes ordenamientos estrictamente ceñidos a las tesis decimonónicas del liberalismo individualista, o a los postulados romero-germánicos del ordo iudicium privatorum".⁵

Por todo lo expuesto, el profesor Monroy Galvez concluye diciendo que "(...) **en la actualidad al interior de una función pública se discuten derechos privados**" (el resultado es nuestro).

Acudiendo al maestro peruano, hemos perfilado que el proceso civil ya dejó de ser un asunto de exclusiva incumbencia de las partes en conflicto. Hoy por hoy, el proceso civil ha pasado a ser una actividad pública. Pública, por que si bien es cierto que el proceso se inicia solo a iniciativa de parte, se llega a él a través de un **derecho subjetivo y público: el derecho de acción**. Entendido este como el derecho constitucional de todo ciudadano de acceder al órgano jurisdiccional y que, además, tiene la naturaleza de Derecho público por cuanto se ejerce de manera exclusiva ante el Estado (representado éste por el juez).

En nuestra América de hoy, no podemos dejar de apreciar que al ciudadano común y corriente sí le interesa cómo es que el estado, a través de sus órganos jurisdiccionales, está resolviendo los conflictos de intereses privados. Al ciudadano de hoy sí le interesa que se respeten los contratos; al ciudadano de hoy sí le interesa que se proteja el derecho de propiedad; al ciudadano de hoy sí le interesa que se sancione a quien infringe el deber genérico de no dañar a otro; al ciudadano de hoy sí le interesa que las decisiones judiciales sean cumplidas a cabalidad. Tal interés colectivo en los conflictos privados ha hecho que el proceso civil haya dejado de pertenecer al derecho privado para pasar a ser una **actividad o función pública**.

¿Sigue pensando la ideología liberal que los temas privados solo incumben a los privados? ¿sigue pensando la ideología liberal que la "mano invisible" arreglará todos los problemas? Creemos que no. Me explico: El profesor Montero Aroca⁶ nos indica que el sistema procesal civil privatista

⁵ MONROY GALVEZ, Juan, *La Teoría del Proceso y los Sistemas Procesales*, Tomo - De Belandier & Monroy, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996, pp. 70 y 71.

⁶ MONTERO AROCA, Juan, Op. Cit. p. 71.

⁷ MONTERO AROCA, Juan, Op. Cit. p. 262.

obedece a una concepción liberal de la sociedad. Si asumimos la posición clásica liberal, tal afirmación es absolutamente cierta. Pero, si asumimos el nuevo pensamiento liberal sobre el rol del Estado en la sociedad, me parece que la respuesta es negativa.

Heinz Lampert⁸, dentro de una concepción liberal moderna, explica que el propósito nuclear de los liberales es la configuración o estructuración consciente de un orden social y económico radicalmente libre, pero con componentes sociales, y su garantía a través de un Estado fuerte.

Mientras que el liberalismo de los siglos XVIII y XIX había asumido que no era necesario crear, sino que bastaba en cierto modo con explicar la economía de mercado y que el mejor modo que tenía el Estado de asegurar la libertad era abstenerse de intervenir en la política del orden económico, el neoliberalismo es plenamente consciente de que el orden de la economía y de la sociedad constituye una aportación creadora de derecho y que el Estado tiene la obligación de mantener y trabajar por mejorar el orden de economía de mercado mediante actuaciones atentas y constantes.

Bajo esta concepción liberal, el Estado tiene que asumir roles fundamentales como el orden público, la salud pública, infraestructura social, educación pública y el sistema judicial. En tal sentido, es deber de un estado liberal moderno crear las bases para que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva pueda manifestarse a cabalidad bajo sus dos modalidades: (i) el derecho a la tutela jurisdiccional antes del proceso; y (ii) el derecho a la tutela jurisdiccional durante el proceso.

Es bajo la citada concepción que el Estado debe dotar a los jueces de los poderes suficientes para que puedan lograr a cabalidad el rol que la sociedad les ha encomendado: la paz social en justicia.

3. La vinculación del proceso civil con el derecho de propiedad

El ilustre profesor español, Juan Montero Aroca aboga por lo siguiente:

'(...) puede afirmarse, con razón, que si el proceso penal gira en torno al derecho a la libertad, el proceso civil lo hace sobre la propiedad. El fundamento del derecho a la propiedad reside, aparte del goce de la casa, en que el propietario pueda decidir libremente el destino económico que a la casa quiera dar, lo que implica autonomía de la voluntad. El que hoy a este derecho no se le atribuya carácter absoluto, el que venga limitado su contenido por ley, atendida su función social, no puede suponer desvirtuación de su esencia'.

Lo que se infiere de tal cita es que si el proceso civil gira en torno al derecho de propiedad, el justiciable puede decidir, a su sola voluntad, el destino del proceso mismo, no pudiendo interferir el juez en tal decisión.

4. Segunda Discrepancia: El concepto liberal de propiedad y su posterior vinculación con el proceso civil

Para empezar a marcar distancias entre el derecho de propiedad y su concepción absoluta, veremos de manera muy breve lo que piensan algunos pensadores liberales sobre el particular.

Henri Lepage⁹ indica que *"La propiedad privada es, pues, una institución que no ha sido inventada por nadie en un momento dado. El régimen de la propiedad privada es producto de un largo proceso de evolución secular, en el curso del cual los hombres –en su lucha*

⁸ LAMPERT, HEINZ, *El orden económico y social de la República Federal de Alemania*, Unión Editorial, 1990.

⁹ LEPAGE, Henri, *Propiedad Privada ¿por qué?*, Instituto de Integración Iberoamericana, Centro de Investigaciones sobre la Libre Empresa, 1991, p. 22.

contra la escasez— han ido descubriendo progresivamente los instrumentos culturales, económicos y jurídicos más eficaces para resolver sus problemas de vida y de supervivencia”.

Lepage¹⁰ agrega además que “la cuestión no es proteger a los propietarios, considerados como clase social, sino proteger los derechos de propiedad”.

De igual manera dentro de las libertades que nos ofrece el mercado se encuentra la libertad de uso de la propiedad. Sin embargo, esa libertad tiene sus límites allí donde pueden ser afectados los derechos de terceros o el orden constitucional; es más, el propio Hayek¹¹ hace referencia a la “coacción inevitable”, entendida como aquella “injerencia” del Estado destinada a restablecer el equilibrio quebrado en perjuicio de la libertad, en perjuicio de la propiedad.

Pues bien, todo lo expuesto ¿qué tiene que ver con el proceso? ¿La concepción liberal de propiedad hace del proceso algo que sólo incumbe a las partes?

No considero que deba ser objeto de controversia si lo que se discute al interior de un proceso civil son derechos privados. Considero que sobre ello no debe haber mayor discusión. El tema en cuestión es si el proceso también es un objeto privado. Creemos que no, la concepción liberal de propiedad si bien está ligada a los derechos discutidos al interior del proceso civil, deja paso al Estado quien ha asumido el rol del sistema de justicia, llevando al proceso hacia el ámbito de la función pública, sujeto a normas de derecho público.

Además, en la sociedad de masas de hoy en día, el proceso civil también ha pasado a ser de “interés público”. Hoy se ve a través de los medios de comunicación cómo es que la sociedad se interesa en conflictos privados que, de manera directa o indirecta afectan la paz social. Para muestra dos casos ocurridos en Perú:

- a) Conflicto privado entre accionistas de un canal de televisión, que trajo como consecuencia la suspensión de la señal televisiva a nivel nacional y la producción de lamentables enfrentamientos por la toma a la fuerza de las instalaciones televisivas. Este conflicto privado llevado a los estrados judiciales, mantuvo la atención de la ciudadanía respecto del rol que debían cumplir nuestros jueces para poner fin a dicho enfrentamiento.
- b) Conflicto privado entre dos líneas aéreas, que producto de un mandato judicial trajo como consecuencia que una de ellas dejara de operar a nivel nacional, poniendo en riesgo más del 50% del transporte aéreo nacional de pasajeros y de carga. ¿Acaso lo que se resuelva en ese conflicto entre privados no va a afectar a nuestra sociedad? La respuesta es obvia.

Como es de verse, el proceso civil de nuestros días sí tiene connotaciones sociales y, por ende, debe ser objeto de principal atención por parte del Estado. Y es el Estado quien, ejerciendo uno de sus roles más importantes, debe proveer a la sociedad de un sistema de justicia social y de jueces con plenos poderes para ejercer a cabalidad su función jurisdiccional y hacer eficaz los derechos objetivos discutidos, contribuyendo a la paz social en justicia.

Un estado liberal moderno no puede abdicar de uno de sus roles más importantes: la justicia.

5. La postura garantista no es el reflejo de un pensamiento liberal moderno, sino de un pensamiento conservador

Considero que el garantismo invocando ideas liberales clásicas ya superadas, pretende para el proceso civil, el restablecimiento de un *statu quo* que implicaría lo siguiente:

¹⁰ LEPAGE, Heert. Op. Cit. p. 20.

¹¹ HAYEK, Friedrich A. Op. Cit. p. 189.

- a) El proceso civil es un objeto privado que solo corresponde a las partes en conflicto.
- b) El juez debe ser un mero árbitro limitado a la libre aportación de las partes.
- c) El juez no puede delimitar el objeto de la controversia, se debe a lo que las partes dispongan sobre el particular.
- d) La prueba solo pueda referirse a los hechos aportados por las partes.
- e) Los jueces no deben tener iniciativa probatoria.
- f) Los jueces deben admitir a trámite todas las demandas, el control previo por parte del juez está proscrito.
- g) Los jueces solo pueden ejercer poderes jurisdiccionales reglados para el proceso mismo.

Para nadie es novedad alguna el actual desborde del sistema de justicia, para nadie es novedad que los consumidores del sistema de justicia están insatisfechos. Muchos conflictos sociales se están dando por una falta de respuesta urgente a las necesidades de tutela. Como respuesta a dicha crisis, muchos procesalistas han ideado y propuesto para nuestra sociedad una serie de herramientas destinadas a cambiar o intentar cambiar el estado actual de las cosas.

En ese orden de ideas, esa propuesta de cambio viene de lado del publicismo, la misma que podemos resumir de la siguiente manera:

- a) Reconocer que los jueces no solo tienen poderes expresos, sino también, implícitos o genéricos; a los cuales deben recurrir cuando la realidad de los hechos sobrepasa lo proveído por la norma jurídica.
- b) Reconocer que el juez ya no solo es un mero componedor de problemas, sino un actor social que ejerce un rol fundamental en un Estado de Derecho.
- c) Reconocer que al ser el proceso un fenómeno social de masas, el justiciable ha pasado a ser un consumidor del sistema. En tal sentido, el Estado debe ejercer un rol preponderante como manifestación de su poder de gestión al interior de la sociedad.
- d) Reconocer en el juez el poder de actuar prueba de oficio, bajo determinados límites.
- e) Reconocer que existe una nueva propuesta de tutela jurisdiccional: 'la tutela diferenciada contemporánea'.

Sobre el último punto, los profesores peruanos Juan Monroy Galvez y Juan José Monroy Palacios¹², precisan que como respuesta al fracaso de la tutela conservadora ordinaria (aquella que solo reconoce a la cognición plena como único instrumento para otorgar satisfacción) surge o aparece **la tutela diferenciada contemporánea** "como un remedio específico para enfrentar el auge y desarrollo de los nuevos derechos –regularmente impersonales, extrapatrimoniales e infungibles–, que empiezan a marcar el nuevo rumbo del Derecho".

De acuerdo a dicha propuesta surgen como manifestación de la tutela diferenciada contemporánea:

- a) la tutela diferenciada preventiva; y
- b) la tutela de urgencia.

La tutela preventiva puede manifestarse de dos maneras: (i) **la tutela preventiva propiamente dicha** (eliminar incertidumbres jurídicas u obtener sentencias condenatorias de hacer o no hacer, no susceptibles de ser satisfechas por reparación patrimonial) y; (ii) **la tutela**

¹² MONROY GALVEZ, Juan – MONROY PALACIOS, Juan José, *El Mito del Proceso Ordinario o la Tutela Diferenciada: Abanico Inicial*, en Sentencia Asociada, Anuario de Estudios del Proceso Civil, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 2000, p. 165.

inhibitoria (impedir la práctica, continuación o repetición de lo ilícito, por medio de un mandato judicial irremplazable).

De otro lado, la **tutela de urgencia** (aquella surgida con la finalidad de neutralizar o eliminar la frustración que puede producir el peligro en la demora durante la secuela de un proceso), se pueda clasificar en: (i) **tutela de urgencia cautelar**; y (ii) **tutela de urgencia satisfactiva**.¹³

Considero que quien quiera llamarse a sí mismo como liberal debe sentir atracción por lo nuevo, por las nuevas transformaciones que impliquen una nueva propuesta que ofrezca una respuesta oportuna a los problemas del sistema de justicia. Pero, si lo que se propone es más de lo mismo, como por ejemplo que la cognición plena siga siendo la respuesta a todos nuestros problemas, me parece que la posición garantista nada tiene que ver con una visión liberal del problema, sino más bien con una visión conservadora de las cosas.

Por ello concluyo que aquellos que legítimamente se adscriben a una posición garantista respecto del proceso se acercan más a una filosofía conservadora que a una liberal.

El propio Hayek hace una diferencia magistral entre liberales y conservadores, que considero pertinente citar:

"El conservadurismo implica una legítima, seguramente necesaria y, desde luego, bien difundida actitud de oposición a todo cambio súbito y drástico. Nacido tal movimiento como reacción frente a la revolución francesa, ha desempeñado, durante siglo y medio, un importante papel político en Europa. Lo contrario del conservadurismo, hasta el auge del socialismo, fue el liberalismo.

(...) la filosofía conservadora, por su propia condición, jamás nos ofrece alternativa ni nos brinda novedad alguna. Tal mentalidad, interesante cuando se trata de impedir el desarrollo de procesos perjudiciales, de nada nos sirve si lo que pretendemos es modificar y mejorar la situación presente.

La típica del conservador, (...) es el temor a la mutación, el miedo a lo nuevo simplemente por ser nuevo; la postura liberal por el contrario, es abierta y confiada, atrayéndose, en principio, todo lo que sea libre transformación y evolución, aún constándole que, a veces, se procede un poco a ciegas".¹⁴

Un verdadero liberal jamás rechazaría a la tutela diferenciada contemporánea, porque ella representa una propuesta de cambio o mutación del proceso hacia una sociedad moderna urgida de respuesta rápida a sus necesidades diarias. El consumidor del sistema debe ser el principal objeto de atención por parte de un estado liberal moderno.

III. LOS PODERES DEL JUEZ CIVIL: EL MITO DEL JUEZ GARANTISTA "LIBERAL" Y EL JUEZ "AUTORITARIO" O "TOTALITARIO"

I. Visión garantista de los poderes del juez

Recurrimos, nuevamente, al ilustre profesor español Juan Montero Aroca¹⁵ para sintetizar la posición materia del presente subtítulo.

Para el profesor Montero Aroca, la base ideológica o el sustento del incremento de los poderes del juez respecto del proceso responde a ideologías totalitarias o reaccionarias. Para tal

¹³ MONROY GALVEZ, Juan - MONROY PALACIOS, Juan José, Op. Cit. pp. 181, 183 y 190.

¹⁴ HAYEK, Friedrich A., Op. Cit. pp. 506 y 509.

¹⁵ MONTERO AROCA, Juan, Op. Cit. pp. 274 y 275.

efecto, realiza una importante cita del 16 de octubre de 1939 del Ministro de Justicia italiano Grandi, quien expresó lo siguiente:

"El juez es el órgano al que el Estado confía la función esencial de aplicar la ley por medio del procedimiento. En el fondo de la cuestión está el renovado concepto de la dignidad y de la autoridad del Estado fascista y de sus órganos, para los cuales no sería concebible que el juez asista, espectador impasible y, alguna vez, imponente, como si fuese un árbitro en un campo de deporte que se limita a contar los puntos y a controlar que sean observadas las reglas de juego, a una lucha que afecta, por el contrario, directamente a la celosa y a la más alta función y responsabilidad del Estado. Es necesario, por tanto, que el juez tenga una precisa dirección del proceso, una posición preeminente y reguladora".

Con dicha cita, el profesor español nos trata de demostrar cómo es que la tan mentada lucha por darle al juez un rol más protagonista tiene como origen un orden totalitario o fascista.

De la misma manera, se nos presenta el modelo procesal que fue diseñado para la ex Unión Soviética, como una muestra adicional de las ideologías totalitarias contrarias a una visión "liberal" del proceso. En ese orden de ideas, se nos dice que "Al principio de la verdad objetiva (llamado también *verdad material* para contraponerla a la *verdad formal*) como principio de la actuación procesal de los tribunales soviéticos se han referido los juristas rusos, los cuales han puesto de manifiesto que en la legislación comunista el juez debe "indagar" para el descubrimiento de esa verdad. Más aún, la independencia del Tribunal Soviético respecto de los hechos señalados por las partes y su derecho de investigar también otros hechos, sustanciales para el asunto, asegura la posibilidad de hallar la verdad en el litigio y la dilucidación de las verdaderas relaciones mutuas entre las partes y por ello la defensa efectiva y real de las personas que participan en el litigio. En ese contexto la posibilidad de que el juez acuerde cualesquiera medios de prueba no es más que una consecuencia de la negación del principio dispositivo".

De acuerdo a tal cita, el profesor Montero Aroca resume la visión del proceso socialista de la siguiente manera: "(...) los principios del proceso civil socialista se diga que se trata de: 'la sustitución del poder de las partes respecto al desenvolvimiento del proceso por la iniciativa del juzgador, armoniosamente combinada con los derechos procesales de las partes en sentido estricto (poder de disposición respecto de la iniciación del proceso, derecho a defenderse, derecho a interponer recursos, etc.); poder de iniciativa probatoria a favor del juzgador, búsqueda de la verdad material facultad del juzgador de la apelación de hacer valer motivos de impugnación no deducidos por la parte apelante, así como amplia participación de la Prokuratura en el procedimiento civil".

Ni la obra de Klein se salva, la misma que es calificada como reaccionaria.

De igual manera, el profesor argentino Augusto Morello¹⁴ resume la visión garantista del proceso bajo la óptica del profesor italiano Franco Cipriani de la siguiente manera:

"Cipriani acentuará asimismo su castigo en la (o su juicio) indebida exigencia de que el juez conozca (y para ello lee y estudie), desde el inicio, el objeto y contenido de cada controversia (para poder así dirigir, internamente, las fases sucesivas –de la conciliación total o parcial–, determinar el objeto del debate, concentrar la prueba –sólo la pertinente, útil y conducente–, ampliar el trámite, etcétera); considera que es una tarea que le impide asegurar el uso racional del tiempo, porque distrae al juez de la definición de los casos que realmente han de ser juzgados, y, además, porque es nocivo prescindir de la caducidad de la

¹⁴ MORELLO, Augusto Mario, *La Eficacia del Proceso*, Segunda Edición Ampliada, José Luis Cepalma Editor, Argentina, 2001, p. 203.

instancias y querer imponer, a toda costa, contra la voluntad de las partes, llegar a una decisión en el mérito, que nadie (menos aún el Estado, o través del juez) debe impulsar.

En suma, según el profesor español Montero Aroca estamos viviendo una confrontación entre dos modelos de jueces: el juez 'garantista liberal' y el juez 'autoritario' y 'totalitario'. Es decir, si uno se escapa de los cánones propuestos por la postura garantista, corre el riesgo de ser 'bombardado' de una serie de adjetivos como: fascista, totalitario, autoritario, comunista, reaccionario, etc.

Considero que la confrontación antes citada, vigente en la actualidad, se puede apreciar bajo la siguiente óptica: (i) la pugna por el retorno a un modelo conservador –garantista, en el cual el juez solo deberá tener la calidad de juzgador en el sentido estricto de la palabra; es decir, el juez deberá atender a la solución de un conflicto entre privados, sin que ello implique tener participación alguna en el debate judicial, ya que el juez debe hacer un uso racional de su tiempo y no distraerse en temas que solo incumben a las partes. Cualquier activismo judicial será considerado como violatorio de las garantías al debido proceso; o (ii) la apuesta por un modelo de justicia en la que el juez esté atento a lo que ocurre dentro y fuera del proceso, como actor social que es, privilegiando el uso de herramientas procesales que procuren dar una respuesta rápida y eficaz a esta sociedad moderna cada vez más exigente, que no solo se contenta con ver el derecho declarado, sino con el derecho plenamente restablecido. Se procura tener un juez acorde con los tiempos, que goce de poderes instructorios (la posibilidad de ordenar la actuación de pruebas de oficio), que goce de poderes cautelares (poder general de cautela) o que goce de función creadora (por ejemplo, resolver conflictos, cuando corresponda, más allá de las limitaciones naturales de la norma positiva) que goce de plenos poderes jurisdiccionales (por ejemplo, que el juez haga uso de sus poderes jurisdiccionales implícitos para doblegar la voluntad de quien se resiste injustificadamente a cumplir un mandato judicial). En fin, quienes apuestan por esta opción de proceso, llámense 'publicistas' o 'eficientistas', solo quieren que el proceso tenga un rostro humano y que esté al servicio de la sociedad, como instrumento eficaz de solución de conflictos.

Por ende, quien quiera proclamarse como un verdadero liberal, no puede dar la espalda a nuestra dura realidad social y pensar que el anacrónico concepto de la mano invisible y señorío de las partes resolverá todos los problemas. Es precisamente la razón opuesta a ello que ha permitido al liberalismo perdurar por sobre el socialismo: porque ha sabido adaptarse a los cambios sociales, porque no se ha esclavizado a dogmas inmutables (por ejemplo, la mano invisible del mercado) y, sobre todo, porque no ha huido de lo nuevo.

En suma, si queremos ser fieles a una moderna concepción liberal, como decía Hayek, tenemos que sentirnos atraídos por todo lo que sea libre transformación y evolución social, aunque, a veces, se proceda un poco a ciegas.

Por todo ello, considero que las ideas que han trascendido una época determinada no pueden ser apreciadas mirando sólo el pasado, hacerlo significaría tener una visión conservadora y anacrónica de la realidad. Hay ideas que han trascendido el pasado, hay nuevas ideas, todas ellas en pos de un proceso más justo. Dejémoslas actuar.

2. Los poderes del juez bajo una concepción publicista del proceso

Para Clemente Díaz¹⁷ los poderes de la jurisdicción son aquellos que el juez posee o tiene a su servicio para el cumplimiento de sus fines. Dichos poderes se manifiestan de la siguiente manera:

- a) Poder de Decisión.
- b) Poder de Ejecución.

¹⁷ DÍAZ, Clemente. *Op. Cit.*, p. 346.

- c) Poder de Coerción.
- d) Poder de Instrumentación.

Ahora bien, los poderes antes descritos son los atributos regulares que la norma procesal le concede al juez para el desempeño de la función jurisdiccional. Pero, ellos solos son insuficientes si es que no cuentan con los **poder-deberes del juez**, es decir, "(...) aquellos genéricos y constituyen predicados de la función misma". El tema es cómo apreciar dichos poderes genéricos bajo la óptica del juez director del proceso, y atender que el poder que se conceda al juez no invada el ámbito de la arbitrariedad o que se comprometa su necesaria e imprescindible imparcialidad; como bien lo refiere el profesor brasileño Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.¹⁸

El profesor argentino Jorge W. Peyrano, cuando sale en defensa del principio de autoridad como una manifestación de la atenuación del principio dispositivo, expresa lo siguiente:

"El principio dispositivo aplicado sin cortapisas convierte al órgano jurisdiccional en un mero espectador de la contienda, mudo, ciego y sordo, hasta tanto las partes le permitan, mediante sus peticiones, dictar alguna providencia, o la definitiva le posibilite ser la boca de la ley.

Dentro de ese esquema del juez-espectador que algún autor poco respetuoso, pero certero, calificó de juez-fantoché, el tribunal debe guardar, a toda costa, una total inercia, so pena de que su actividad sea sospechada de parcial y por ende vituperable".¹⁹

En defensa de la vigencia del principio de autoridad o de dirección del proceso, el citado profesor argentino nos dice que hoy estamos advirtiendo el tránsito del juez-espectador al juez-director; pero que ello no debe implicar una mera acumulación de atribuciones en la cabeza del juez, so peligro que se conviertan en una pila de buenas intenciones sin ningún contenido real para el proceso; por eso es que, citando a Clemente Díaz, indica: "(...) no se trata de aumentar legislativamente los poderes del juez, sino de concebir al juez como autoridad (...) no se trata de conceder al juez mayores facultades, que puede o no utilizar a su libre arbitrio y sin que nadie le pueda, por su carácter simplemente potestativo, exigir que las realice, sino en atribuirle poderes-deberes que el juez esté constreñido a realizar, independientemente de la rogación de las partes".²⁰

En suma, si no concebimos al juez como autoridad que ejerce plena función jurisdiccional con poderes reglados y poderes genéricos, la función social para la cual está destinado el proceso (paz social en justicia) solo sería un mero espejismo jurídico.

El siguiente paso, en este breve análisis, es cómo entender los poderes del juez, sin que estos pasen a convertirse en un instrumento de dominación que simplemente haga desaparecer a las partes y al derecho objeto de controversia. Como respuesta a ello, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira propone una **visión cooperativa del proceso**²¹ teniendo como elemento activo de la relación procesal no sólo a las partes, sino también al juez, quienes interactúan de manera dinámica. En ese orden de ideas, el profesor brasileño nos dice lo siguiente:

"Al contrario del juez dictador, dueño de un proceso inquisitorio y autárquico o de un proceso totalmente dominado por las partes, como precaución al arbitrio estatal —a ejemplo del ocurrido en la Edad Media con el proceso romano-canónico— importa principalmente el ejercicio de la ciudadanía dentro del proceso, índice de la colaboración de las partes con el juez, igualmente activo, en la investigación de la verdad y de la justicia.

¹⁸ DÍAZ, Clemente, Op. Cit. p. 346; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, *Poderes del Juez y Visión Cooperativa del Proceso*. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, año II, No. 04, 2004, p. 31.

¹⁹ PEYRANO, Jorge W. *El Proceso Civil, Principios y Fundamentos*. Editorial Auzas, Buenos Aires, 1978, p. 71.

²⁰ PEYRANO, Jorge W. Op. cit. p. 75.

²¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, Op. cit. p. 44.

No se trata, pues, de superar la idea de Klein, y sí de darle otra forma mediante el necesario fortalecimiento de los poderes de partes, dentro de una visión más contemporánea del problema.²²

Teniendo en consideración el rol que debiera ejercer el juez en el proceso, se busca un punto de equilibrio entre las facultades de disposición de las partes y los poderes que el juez ejerce para conducir el proceso; entendido éste como una relación jurídica de derecho público. En ese sentido, el antes mencionado profesor brasileño²³ propone una distinción entre los planos del derecho material y del derecho procesal. Así, en el derecho material, la potestad de materializar una demanda y fijar su contenido debe ser dejada al exclusivo arbitrio de los sujetos del derecho, cualquiera que sea la naturaleza de la pretensión material; si el órgano jurisdiccional se entromete en tales potestades, se podría ver comprometida su imparcialidad como elemento consustancial al ejercicio válido de la función jurisdiccional. Bajo el plano del derecho procesal, vinculado de modo inextricable al propio ejercicio de la función jurisdiccional, exige al juez que solo dicte una decisión cuando haya llegado a una plena convicción, y para llegar a tal estadio el juez ha tenido que ejercer un rol de dirección del proceso, actividad propia de su oficio, la misma que reconoce como válida el ejercicio de los poderes jurisdiccionales.

Sobre la base de lo expresado en el párrafo precedente, Carlos Alberto Alvaro De Oliveira concluye de la siguiente manera: "Vuelta al escenario, así, la necesidad de cooperación tantas veces mencionada: la actividad probatoria habrá de ser ejercida por el magistrado, no en sustitución de las partes, pero juntamente con ellas, como uno de los sujetos interesados en el resultado del proceso.

Claro está, sin embargo, la total diversidad de intereses entre el órgano judicial y las partes. El proceso civil no actúa en el interés de ninguna de las partes, pero sí por medio del interés de ambas. El interés de las partes no es sino un medio, un estímulo, para que el Estado, representado por el juez, intervenga y conceda razón a quien efectivamente la tenga, concomitantemente satisfaciendo el interés público en la actuación de la ley para la justa composición de los conflictos".²⁴

Como corolario a lo expuesto, y siguiendo al maestro argentino Augusto Morello, creo que ha llegado la hora del "activismo responsable"²⁵ en la que el juez asuma el rol de director del proceso, pero respetando elementales potestades que sólo incumben a las partes en conflicto como: el principio de iniciativa de parte en lo que se refiere a la postulación de la demanda como primer acto de impulso procesal; el derecho a fijar el contenido de la demanda; el derecho a la prueba; el principio de impugnación de la sentencia solo para la parte que se siente agraviada con el fallo y el principio de disponibilidad privada del derecho objeto de controversia (siempre y cuando nos encontremos frente a un derecho privado de libre disposición).

Teniendo en consideración, el pleno respeto por determinados principios privatísticos, hoy el publicismo responsable apuesta por un modelo de proceso que se proyecte a la sociedad, teniendo en cuenta que la impartición de justicia es un servicio público que se ofrece a los consumidores de tal sistema: los litigantes.

IV. PRINCIPALES MANIFESTACIONES DE LOS PODERES JURISDICCIONALES, BAJO LA ÓPTICA PUBLICÍSTICA.

1. Control de los presupuestos procesales (competencia, capacidad procesal y requisitos de la demanda) y de las condiciones de la acción (voluntad de la ley, interés procesal y legitimidad para obrar)

²² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, Op. cit. p. 44.

²³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, Op. cit. p. 53.

²⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, Op. Cit. p. 55.

²⁵ MORELLO, Augusto M., Op. Cit. p. 209.

Entendidos los presupuestos procesales como los requisitos esenciales para la existencia de una relación jurídica procesal válida y las condiciones de la acción como los elementos indispensables para la expedición de un pronunciamiento válido sobre el fondo; éstos aseguran que el proceso discurre bajo cauces normales permitiendo que la actividad de las partes y del juez se desarrollen para la obtención de la declaración de certeza que se manifiesta a través de la sentencia.

De acuerdo a ello, el juez, como director del proceso, tiene el deber de velar por la presencia válida en el proceso de los presupuestos procesales y de las condiciones de la acción. Esa actividad la realiza el juez a través del saneamiento procesal, el cual permite advertir la existencia de vicios que afecten al proceso, pudiendo exigir la subsanación de un acto de parte defectuoso o realizar actividad nulificante cuando el acto advertido como defectuoso sea insubsanable; dando así por concluido el proceso, de manera anticipada, sin un pronunciamiento válido sobre el fondo ("declaración de improcedencia de la demanda").

Negarle al juez ese necesario control de los presupuestos procesales y las condiciones de la acción implicaría darle la posición de mero espectador de la actividad procesal de las partes, sin importar cómo se realice esta, poniendo en grave riesgo la posibilidad real de expedir un pronunciamiento válido sobre el fondo de la controversia, viéndose en la penosa necesidad de dictar una sentencia inhibitoria. Todo ello sin tomar en consideración el descrédito del sistema de justicia y del rol que le compete al Estado en ese aspecto. Imagínense qué pensaría un litigante, del Poder Judicial, si tras largos años de estar frente a los estrados judiciales, se le dice que tiene que empezar nuevamente el caso porque no se tuvo en consideración algunos de los presupuestos o condiciones antes citados.

Por ello, el juez siempre debe estar atento, como director del proceso que es, a la presencia de todos aquellos requisitos para una relación jurídica procesal válida; de esta manera, también contribuirá al necesario equilibrio o igualdad que deben guardar las partes al interior del proceso.

2. La prueba de oficio

Este es un tema de lo más controvertido y que ha generado más de un encendido debate entre publicistas y garantistas. Estos últimos contran el debate entre la búsqueda de la verdad y la búsqueda de la convicción judicial.

Los garantistas afirman que la búsqueda de la verdad objetiva a través del proceso es una especie de utopía o una aspiración demasiado ambiciosa. Lo que deben hacer las partes es luchar por la convicción del juez bajo un sistema de prueba legal o prueba tasada (cuando la ley establece una norma de valoración probatoria) o cuando la ley dispone que el juez deba actuar en "conciencia" (certeza objetiva y certeza subjetiva, respectivamente).

Así, según dicha corriente procesal, el juez sólo deberá pronunciarse sobre la prueba aportada por las partes, garantizando su actuar imparcial durante todo el desarrollo del proceso.

Pero, ¿qué pasa cuándo las partes no pueden generar certeza en el juzgador? ¿El juez debe permanecer impassible ante tal hoyo negro? ¿El juez deberá abstenerse de resolver?

Pienso que la búsqueda de la verdad y de la justicia al interior del proceso no debe considerarse como "una aspiración demasiado ambiciosa". Negarnos a ello es casi renunciar a nuestra naturaleza humana, a nuestros valores esenciales y el juez no debe estar ajeno a ello por dos razones fundamentales: porque como juzgador debe velar por darle la razón a quien verdaderamente la tiene y porque es un actor social que debe transmitir el valor justicia a través de sus decisiones.

Sobre el tema, Carlos Alberto Álvarez de Oliveira nos dice que: "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 por consiguiente mejor conocimiento de los hechos, punto importante en la formación de su convicción²⁶. Es por ello que la preclusión procesal no toca a la iniciativa *ex officio* para la realización de la prueba.

De igual forma, el prestigiado profesor español Joan Pico i Junoy aboga por la actuación probatoria *ex officio iudicis* argumentando lo siguiente:

*“La atribución de cierta iniciativa probatoria al juez tampoco le 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 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 ejercer el derecho de defensa a los litigantes”.*²⁷

3. El Poder General de Cautela

Dicho poder es una clara manifestación del poder-deber genérico del cual goza todo juez, por el solo hecho de ejercer función jurisdiccional.

En tal sentido, el poder general de cautela cumple un rol subsidiario o residual, en cuanto completa el sistema de medidas cautelares, pero no absorbe a las demás ya establecidas. Es decir, tal poder general de cautela solo puede ser operado para los supuestos no contemplados, tipificados o previstos expresamente. Siempre debe ejercerse tal poder, respetando el principio de iniciativa de parte, por ende no es posible su otorgamiento de oficio.

Como bien lo refiere Marcos Vinicius de Abreu²⁸, en el poder general de cautela los límites de actuación del juez no son objetivos y extraídos del texto legal. Más bien, los límites de actuación del juez son creados por su propio intelecto y de acuerdo con su actividad subjetiva analítica y lo que se presenta en los autos del proceso.

En suma, teniendo en consideración que nuestra sociedad cambiante exige respuestas rápidas y efectivas para la protección urgente de determinados derechos, es preciso que en caso de vacío cautelar normativo, el juez haga uso de su poder general de cautela decretando así medidas cautelares innominadas que aseguren la eficacia de la decisión definitiva que se vaya a dictar en el proceso.

4. La Proscripción del Abuso Procesal

Bajo la óptica publicista del proceso, el juez no debe estar impasible frente al ejercicio abusivo de los derechos procesales.

Ese ejercicio abusivo de los derechos procesales, puede manifestarse desde el propio ejercicio del derecho de acción hasta el ejercicio abusivo del derecho de contradicción y de defensa.

Peyrano²⁹, acertadamente, propone que el juez goce de plenos poderes para evitar que alguna de las partes ejerza abusivamente algún derecho procesal. En el caso del ejercicio abusivo del

²⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, *Op. Cit.* p. 31.

²⁷ PICO I JUNOY, Joan, *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia. Un debate del Abogado*. En: Libro de Resúmenes del Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, a diez años de vigencia del Código Procesal Civil Peruano, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 2003, pp. 41 y 42.

²⁸ DE ABREU SAMPAIO, Marcos Vinicius, *El Poder Gen. de Cautela de Juez*, Editora Dos Tribunas, São Paulo, Brasil, 1993.

²⁹ PEYRANO, Jorge W, *Abuso de los Derechos Procesales*. En: *Abuso Procesal*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, pp. 78 y 79.

derecho de acción (ejemplos: demandas frívolas, demandas principistas, demandas que carecen de relevancia jurídica, postulación de medidas cautelares innecesarias o maliciosas), el juez puede ejercer su poder jurisdiccional para expedir un auto de rechazo *in limine* de la demanda y, así evitar, desde el principio, actividad procesal absurda o perjudicial.

En el caso del ejercicio abusivo del derecho de contradicción o defensa, las formas abusivas pueden adoptar múltiples variantes como recusaciones maliciosas, articulaciones de incidencias insustanciales, permanente impugnación a las decisiones jurisdiccionales y el ofrecimiento de abundante prueba inútil y de difícil actuación. Es decir, que alguna de las partes, a través del ejercicio irregular de algún derecho procesal, pretenda entorpecer el normal desarrollo del proceso, impidiendo constantemente que el juez pueda continuar con el *iter* procesal. Frente a ello, el juez debe actuar de diversas maneras: (i) sancionando al litigante malicioso y prohibiendo la continuación del accionar abusivo; (ii) apreciando la conducta maliciosa al momento de resolver la controversia; y (iii) atendiendo pretensiones indemnizatorias por los daños ocasionados por el actuar abusivo o malicioso.

5. Los Medios Compulsorios y los Poderes de Ejecución Respecto de las Decisiones Judiciales

Constituye doctrina pacífica que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es uno de claras raíces constitucionales. Más de un texto constitucional iberoamericano así lo ha consagrado. Ahora bien, una de las manifestaciones más importantes de tal derecho se da a través de la plena ejecución de las decisiones judiciales. Tan es así, que Jesús González Pérez concluye afirmando que *“la obligación de cumplir las sentencias y resoluciones judiciales firmes, así como prestar la colaboración requerida por éstas, se ha constitucionalizado”*.¹⁰

Tan relevante se ha constituido el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, dentro de un Estado de Derecho, que no es posible hablar del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva si es que no se cumplen a cabalidad las sentencias u otras resoluciones judiciales (ejemplo: medidas cautelares). Para nadie es desconocida la actual crisis que viven nuestras sociedades latinoamericanas en general en materia de confianza en el sistema judicial, crisis que se ve agudizada cuando las resoluciones que emiten los jueces y tribunales se ven burladas por actos que pueden implicar la negativa injustificada, el fraude o la simulación de la parte que está obligada al cumplimiento.

Para enfrentar dicha crisis, es importante desarrollar una cultura que implique el respeto y obediencia a los mandatos judiciales. Los jueces deben estar conscientes del rol social que les ha tocado desempeñar, rol que implica la difícil tarea de tomar decisiones justas pero que, a veces, resultan impopulares. La justicia no se imparte en función a la simpatía o antipatía que pueda generar una decisión, sino sobre la base de una profunda convicción de que lo que se está haciendo es lo que corresponde hacer.¹¹

Teniendo en consideración lo expuesto en los párrafos precedentes, es preciso que dotemos a los jueces de plenos poderes jurisdiccionales, sean expresos o implícitos, para que estos puedan hacer cumplir a cabalidad sus mandatos contenidos en resoluciones. El tema de los poderes jurisdiccionales de ejecución está asociado a la idea de que es inherente a la propia existencia del Poder Judicial la utilización de los medios capaces de tornar eficaces las decisiones emanadas. Es inconcebible un Poder Judicial destinado a la solución de conflictos, que no tenga el poder real de hacer valer sus decisiones o mandatos. Ninguna utilidad tendrían las decisiones sin cumplimiento o

¹⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Tercera Edición, Civitas, Madrid, pp. 341 y 342.

¹¹ SIMONS PINO, Adrián. *El derecho a la ejecución plena de las decisiones judiciales y los medios compulsorios procesales*. En: *Libro de honores del II Congreso de Derecho Procesal*, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Perú, 2002, pp. 103 y 104.

efectividad. **El negar instrumentos de fuerza al Poder Judicial es lo mismo que negar su propia existencia.**¹¹

Bajo tal corriente de opinión, haremos un breve listado de las diversas manifestaciones del poder de ejecución:

- a) *Contempt of court*: Es una figura propia del *common law*, que implica la posibilidad de que un juez civil aplique la sanción de prisión a quien resiste de manera injustificada un mandato de obligatorio cumplimiento.

Las mayores críticas al *contempt civil*, se refieren a la sumariedad e inmediatez en la que se puede autorizar la prisión de una de las partes que resiste un mandato. Pese a ello, el *contempt of court* es una herramienta eficiente del *common law*, ya que concede a los jueces los suficientes poderes para reprimir a quienes injustificadamente resisten los mandatos judiciales. Algunas legislaciones ya han incorporado alguna modalidad de tal figura propia del derecho anglosajón.¹²

Finalmente, como acertadamente lo refiere Ada Pellegrini¹³, la constitucionalidad de la prisión civil es defendida porque no se encuentra dentro del ámbito de aplicación a la prohibición constitucional de imponer prisión por deudas, ya que se trata de la imposición de sanciones a quien resiste injustificadamente un mandato judicial.

- b) *Las astreintes*: Dicha figura implica la aplicación de una condena pecuniaria a quien resiste de manera injustificada un mandato judicial.

Para que las astreintes puedan ser ejercidas válidamente deben estar acordes con las siguientes características:

- Depende, exclusivamente, del poder jurisdiccional. Solo el juez puede imponerlas, variar su monto o, inclusive, dejarlas sin efecto.
 - Son de naturaleza dineraria.
 - No tienen relación con el perjuicio sufrido por el titular de la obligación que se pretende cumplir. Es decir, son un medio de compulsión y no de resarcimiento.
 - Son aplicables a cualquier obligación con prestaciones de dar bienes ciertos (están excluidas las prestaciones dinerarias), hacer o no hacer.
 - No es procedente su dictado de oficio. Debe existir un pedido de la parte que se siente afectada por el incumplimiento.
 - Son aplicables solo a favor del acreedor.
 - Son subsidiarias.
- c) *Las medidas conminatorias*: Quizás esta herramienta de ejecución procesal sea la más polémica en su ejercicio. Surge como respuesta eficaz para lograr la ejecución *in natura* de una orden judicial.

Peyrano la define de la siguiente manera:

"(...) como 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

¹¹ MOSKOWITZ, Joseph, *Contempt of Justice, Civil and Criminal*, 1943, citado por PELLEGRINI GRINOVER, Ada, En: *Evos: obra del proceso y resistencia o los ordenes judiciales al contempt of court*, XX Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Martín de los Andes, Neuquén, Argentina, 1999, p. 1.

¹² El inciso 2) del artículo 53 del Código Procesal Civil peruano, permite que el juez pueda ordenar la detención hasta por 24 horas de quien resista su mandato sin justificación.

¹³ PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *Op. Cit.* p. 2.

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.²⁵

En suma, la medida conminatoria implica la amenaza de infringir un mal mayor al mandato primigeniamente desobedecido. Para muestra algunos breves ejemplos: (i) el caso del funcionario público que se resiste a cumplir con un mandato judicial. Para ello el juez aplicando una medida conminatoria puede decretar una orden de cese temporal de sus funciones administrativas en tanto dure la resistencia al mandato; y (ii) el caso de un periódico que se resistía a cumplir un mandato inhibitorio que le prohibía seguir afectando el derecho a la intimidad de determinado personaje. En ese caso el juez decretó la incautación de la edición hasta que se cumpla a cabalidad el mandato judicial. Nótese, en ambos casos, el carácter de medida *in extremis*, destinada a lograr el cumplimiento exacto de una orden judicial.

Finalmente, cabe anotar que la medida conminatoria sólo puede ser aplicada cuando todos los demás medios regulares para doblegar la conducta desobediente, hayan fracasado.

V. REFLEXIÓN FINAL

Es importante tener presente que no es suficiente que nuestros jueces cuenten con reconocimiento legislativo. En lo que se refiere a los poderes jurisdiccionales, también es necesario que sean conscientes de los poderes-deberes genéricos de los cuales también gozan como consecuencia del ejercicio natural de la función jurisdiccional. Ese acto interno de conciencia exige cierta dosis de valentía inherente al rol que les ha tocado cumplir en esta sociedad tan necesitada de cambios y remedios urgentes.

De otro lado, en lo que se refiere a los abogados y doctrinarios del derecho procesal, es preciso que reflexionemos respecto de esta lucha por las ideologías procesales y no perdamos de vista al ciudadano común de a pie, porque una visión del proceso sin tener en consideración nuestra realidad social, es como pretender que un médico trate a un paciente de cáncer recetándole solo aspirinas o resignándose a la enfermedad como mal irremediable. No podemos seguir pensando que la cognición plena va a seguir siendo el remedio a todos nuestros males sociales. Es tiempo que bajemos de la nube puramente procesal para apreciar desde el llano las reales necesidades del pueblo en lo que se refiere a la búsqueda permanente de la justicia.

²⁵ PEYRANO, Jorge W, *Las medidas de apresto en general y la conminatoria en particular: Factores de hecho de las juezas. Su contribución a la eficacia del proceso civil*. En: *Procedimiento Civil y Comercial*, Tomo 2, Juris, 1992, p. 19.