

GARANTISMO PROCESAL VS ACTIVISMO JUDICIAL

Mgter. Ada I. Muñoz O.

Asistente del Magistrado Presidente

Correo electrónico: ada.muñoz@organojudicial.gob.pa

GARANTISMO PROCESAL VS ACTIVISMO JUDICIAL

Resumen

En muchos países, la administración de justicia se ha visto transformada por la implementación de dos grandes corrientes, el garantismo procesal y el activismo judicial. Una apunta al respeto irrestricto de la Constitución Política, mientras que la otra le otorga gran protagonismo al juzgador, pero ambas, con el fin de hacer justicia y determinar el actuar del juzgador frente a los derechos que debe proteger.

Nuestra administración de justicia, a pesar de no haber determinado por cuál optará, no es ajena a sus postulados, y hoy día, muchas de sus actuaciones reflejan elementos propios de cada una de ellas.

Por otro lado, y a pesar que estas corrientes se rigen por presupuestos propios que en principio las hacen diametralmente opuestas, existen legislaciones que han adoptado tanto una como otra, buscando adecuarlas a las particularidades y fines de jurisdicciones como la civil y penal.

Abstract

In many countries, the administration of justice, and particularly the judicial review, has been transformed by the implementation of two mainstreams legal standpoints: procedural guarantees by the rule of substantive due process, and judicial activism. The first one points to the unrestricted respect of the constitution, therefore it is use by judges to enforce the clear commands of intelligible constitutional requirements, while the other gives great prominence to the judge, and accordingly, activist judges enforce their own views of constitutional requirements, but both in order to do justice and determine the action of the judge in the process of constitutional interpretation, in relation to the fundamental rights that must be protected.

Despite not having determined which one to choose, the panamanian judiciary it is not alien to its postulates, and nowadays, many of their decision are based on, or reflect elements of both methods of constitutional interpretation.

On the other hand, although these positions are governed by their own set of rules and requirements, something that in principle make them opposed, there are many legislations that had adopted both one or the other, seeking for the best way adapt them to the singularities of jurisdictions such as a criminal or a civil jurisdiction.

Palabras Claves

Justicia, Verdad, derechos fundamentales, respeto a la Constitución Política, protagonismo y dinamismo del juez.

Keywords

Justice, truth, fundamental rights, respect for the constitution, protagonism and dynamism of the judges.

El ensayo que se plantea a continuación, busca abordar aspectos generales de dos figuras novedosas para nuestro sistema judicial, pero de importancia, porque repercuten en la estructura y forma de administrar justicia. Por tal razón y considerando los grandes debates que han surgido en virtud de ellas, así como confusiones propias y ajenas, se precisa referir algunos puntos, características o elementos; y así despejar contradicciones, posiciones y actuaciones equívocas que surgen a raíz de las mismas. A la vez, y si bien con este trabajo no se pretenden zanjar los debates que surgen a partir de las figuras a analizar, sí mostrará aspectos generales de ellas, así como el dinamismo con el que se mueve el derecho y, con ello, la necesidad de un constante estudio y reflexión sobre las repercusiones que conlleva la incorporación de nuevas tendencias, teorías y corrientes en la vida de todo profesional del derecho.

Hecha esta aproximación, iniciaré el estudio plasmando algunas consideraciones sobre el activismo judicial y el garantismo procesal.

Activismo Judicial: su nacimiento de forma general, se ha atribuido o se plantea como consecuencia del fallo por el caso *Brown vs Board of Education*, de 17 de mayo de 1954, emitido por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, sobre la inconstitucionalidad

de una normativa que conllevaba a una segregación racial educativa en Norteamérica. Sin embargo, y pese a la importancia de la decisión, su emisión dejaba ciertos vacíos y dificultades para su aplicación y, con ello, hacerla verdaderamente efectiva y no nugatoria. Yes que el fallo en mención, no establecía mayores directrices de cómo aplicarlo, ni siquiera hacía referencia o incluía a los cinco demandantes.

Ante tal situación, surgieron dudas y criterios entre los jueces respecto a qué o cómo concretarlo, optándose como fórmula para darle efectividad a tal resolución, incluir a los demandantes y a toda la minoría racial dentro del derecho a la educación, obligando a los distintos centros educativos a acatar el fallo, siguiendo tales parámetros.

A partir de esta actuación beligerante por parte de los jueces, surgieron los primeros criterios y referencias al término y la figura del activismo judicial, sobre la cual paso a indicar lo siguiente.

Por medio del activismo judicial, el juzgador se reviste de un nivel de protagonismo y de facultades que, entre otras cosas le permite ser creador de derecho, utilizando para ello una conjunción entre sus aportes a través de las decisiones judiciales, y las actuaciones que para tal fin realice.

Este dinamismo del juzgador, es el que para muchos permite que la justicia sea realmente efectiva, ya que además de reconocer que la figura del juez ha avanzado con el transcurrir de los años y de las nuevas corrientes y tendencias que se dan en torno a la administración de justicia, también brinda las herramientas que permiten el establecimiento y reconocimiento de criterios progresistas.

Adicional, se plantea que es a través de esta corriente que se reacciona frente a las injusticias de la justicia, a su letargo y lentitud, transformándola con el objeto de redefinirla y brindarle a la sociedad lo que realmente espera de los tribunales, verdad y justicia.

Se señala que el activismo judicial reacciona y se adelanta ante la inercia del legislador, llevando al derecho a un nivel muy distinto del que solo da el aspecto doctrinal, ampliando su campo de acción y protección, incorporando otros derechos e incluso formas de impugnación. Pese a lo indicado, algunos de sus seguidores indican que este activismo debe ejercerse de forma responsable, toda vez que aspectos de esta corriente conllevan alejarse de la ley para lograr la justicia, eliminando los límites que aquella impone. En este sentido, se advierte que si bien a través de esta figura se suplen falencias o defectos graves, enderezando el proceso para obtener el resultado de justicia, no puede soslayarse que ello se concretiza permitiendo actuaciones de oficio y priorizando el resultado por sobre el proceso. Lo indicado sobre las particularidades del activismo judicial, ha dado lugar a señalar que esta corriente se relaciona con los elementos propios del sistema inquisitivo. En la dirección

<https://prezi.com/lhbpusgdcbct/el-garantismo/>), se define el Garantismo como:

El juez es el administrador de la justicia, con ley, sin ley o contra la ley. Porque el valor justicia prevalece sobre la ley; y nuestra Constitución así lo deja entrever a quienes saben comprenderla, cuando manda en el Preámbulo, afianzar la Justicia.

Completadas las referencias sobre el activismo, corresponde ahora abordar lo relativo al garantismo judicial:

Garantismo Procesal: su concepción se le atribuye a Luigi Ferrajoli en su obra *Derecho y Razón*. Principalmente se le concibió en y para el ámbito penal, sin embargo, con posterioridad este planteamiento inicial fue ampliado por el propio Ferrajoli para abarcar en sí toda la estructura del derecho.

Carbonell (2009) en su artículo *¿Qué es el garantismo?* Una nota muy breve, explica esos criterios a partir de los cuales nace parte de este trabajo, así:

... Ferrajoli ha ampliado su teoría para conformar una especie de teoría general del garantismo, la cual ha vinculado estrechamente con la teoría del Estado constitucional (desde el punto de vista normativo) y con el llamado neoconstitucionalismo (desde el punto de vista teórico).

Una de las principales ideas del garantismo es la desconfianza hacia todo tipo de poder, público

o privado, de alcance nacional o internacional. El garantismo no se hace falsas ilusiones acerca de la existencia de poderes buenos, que den cumplimiento espontáneo a los derechos y prefiere verlos limitados siempre, sujetos a vínculos jurídicos que los acoten y que preserven los derechos subjetivos, sobre todo si tienen carácter de derechos fundamentales.

...

El garantismo tiene por noción central o articuladora precisamente la de garantía. Ferrajoli define en términos generales a una garantía como cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo.

...

La rigidez constitucional es uno de los más grandes descubrimientos del constitucionalismo del siglo XX...

El garantismo en materia penal se corresponde con la noción de un derecho penal mínimo, que intenta poner fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado.

Esta vertiente del garantismo se proyecta en garantías penales sustanciales y garantías penales procesales. (p.1)

En la dirección <https://prezi.com/lhbpusgdcbct/el-garantismo/>), se define

el Garantismo como:

Por lo que estas tres acepciones que enuncia Ferrajoli concurren a un punto distintivo muy evidente: el derecho sirve como garantía de limitación al poder. En otras palabras: El derecho es la garantía de los más débiles frente a los más poderosos.

De los aspectos planteados, se puede señalar preliminarmente que esta corriente se erige bajo los elementos propios del principio dispositivo, donde las partes impulsan el proceso y el juzgador posee límites legales.

Sus presupuestos están encaminados a mantener la distancia que debe existir entre el juez y las partes. Respetándose así principios generales y elementales del proceso, como son la imparcialidad e imparcialidad.

Propugna no solo por seguir manteniendo al juez como un tercero, sino para que el proceso tenga la relevancia que le corresponde y se respeten principios elementales como el del debido proceso. Hechos, que a su vez conducen al aspecto más importante de esta corriente, el respeto absoluto a la Constitución Política, los tratados internacionales y los derechos que ellos encierran.

Para comprender las implicaciones de esta figura de forma más sencilla, haré alusión a algunas críticas que esta corriente le realiza al activismo judicial. Esto, permitirá ver desde otra perspectiva (a la inversa) cómo funciona el garantismo procesal.

Este acusa al activismo judicial de ubicar al juez como una parte más dentro del proceso. Al ser el juez, el protagonista del proceso, realiza actuaciones investigativas (ámbito penal) y salvaguarda deficiencias de las partes (materia civil), hace que la justicia sea imprevisible, incorporando a la misma elementos de subjetivismo, ambigüedad y vaguedad. El excesivo protagonismo del juez y las concesiones que se le otorgan, hacen que sea este quien decida o pondere qué se necesita (prueba o argumento) para arribar al resultado llamado "justicia". Es decir, que es él quien dispone qué elementos necesita o le hacen falta para obtener la verdad de los hechos. Por tanto, es el juez quien va construyendo dicha verdad, para luego llegar a lo que él ha definido como justo.

A juicio del garantismo, el proceder que se surte en virtud del activismo judicial altera la estructura normal de un sistema dispositivo, ya que se rompe con aquella regla de que las partes establecen los límites dentro de los que debe moverse el juez, en conjunto con los demás elementos legales. Al salirse de estos lineamientos, las decisiones que se adopten contrariarían a su vez el principio de congruencia de las resoluciones judiciales, porque se falla al margen de los parámetros establecidos por estas.

Por tanto, advierte el garantismo que si bien el juez tiene la facultad de calificar determinada situación, ello debe darse a partir de lo que plantean las partes. Por ello, el juez no debe modificar la pretensión, sino aplicar e interpretar la disposición.

Siendo así, se concluye bajo la óptica del garantismo procesal, que el activismo trastoca y modifica la estructura normal que tenemos del proceso, donde el protagonismo lo puede tener cualquiera, menos el juzgador.

Alvarado (2011) en su obra *La Garantía Constitucional del Proceso y El Activismo Judicial. ¿Qué es el Garantismo Procesal?*, agrega respecto a algunos aspectos del garantismo procesal y el activismo judicial, y que identifica como "solidarismo judicial", lo siguiente:

... es por todos conocidos que la justicia mediática que se ha impuesto en nuestro tiempo por la recurrente y tenaz actuación de alguna prensa interesada y de ciertos programas televisivos de inexplicable vigencia en un país que se dice culto, ha originado en la obligación en la población una decidida vocación popular (claro producto de la inseguridad reinante en nuestros países)-sostenida por numerosos medios de información-que pregona la necesidad de castrar al violador, de matar al homicida, de cortar la mano del ladrón, de aumentar las penas de los delitos de moda, de hacer que no haya excarcelación alguna, etc., mostrando con ello una clara confusión de los operadores que mezclan conceptos de política criminal con los propios del proceso.

Ya se sabe que esta posición filosófica se conoce en el derecho penal con la denominación de solidaria, generadora de

solidarismo penal y éste, a su turno, del solidarismo o decisionismo judicial, y que se caracteriza por la tendencia doctrinal que procura denodadamente que los jueces sean cada vez más activos, más viriles y a la par piadosos, menos comprometidos con su tiempo y decididos a vivir peligrosamente, con la Verdad y con la Justicia.

Gracias entonces a la recurrencia de ese periodismo de barricada y mostrando una filosofía progresa y light a la cual se ha sumado inexplicablemente importante número de procesalistas, se ha entendido que la palabra garantismo representa cosa anómala, perversa y extravagante, pues se afirma con insistencia que con sus postulados sólo se intenta dejar prontamente en libertad a los más crueles y desfachatados facinerosos que, según los críticos deberían estar presos de por vida como ejemplar escarmiento. Y si es sin sentencia, ¡mejor!

Nada de ello es exacto: como movimiento filosófico que en definitiva es, lo que el garantismo pretende es el irrestricto respeto de la Constitución y de los Pactos internacionales que se encuentra en su mismo rango jurídico.

Los autores así enrolados no buscan a un juez comprometido con persona o cosa distinta de la Constitución, sino a un juez que se empeñe en respetar y hacer respetar a todo trance las garantías constitucionales.

Se colige de lo expuesto que el garantismo se muestra antagónico con el solidarismo judicial...

La voz garantista ...proviene del subtítulo que Luigi Ferrajoli puso a su magnífica obra Derecho y Razón y quiere significar que por encima de la ley con minúscula está siempre la Ley con mayúscula (la Constitución).

...el garantismo procesal no tolera alzamiento alguno contra la norma fundamental...; por el contrario, se contenta modestamente con que los jueces-insisto en que comprometidos sólo con la ley-declaren la certeza de las relaciones jurídicas conflictivas otorgando un adecuado derecho de defensa a todos los interesados y resguardando la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional para así, hacer plenamente efectiva de tutela legal de todos los derechos. (p.71-76, 78)

Este breve recorrido por lo que es o conllevan las figuras del activismo judicial y el garantismo procesal, pone en evidencia que su adopción no es un tema pacífico, y mucho menos de tomarse a la ligera. Resulta evidente que para ello, es necesario tener presente cuál es el tipo de estructura e ideología judicial que se tiene en cada país, cuáles son los principios y las características que lo rigen, y así poder determinar cuál de estas corrientes es la que de mejor forma se adecua a su realidad, tratando de evitar situaciones como la

que actualmente surge en Colombia, y sobre la cual, parafraseando al maestro Alvarado Velloso, surge una especie de choque y contradicciones, ya que por un lado la justicia civil se encuentra inspirada en el activismo judicial, mientras que la penal, no. Incluso, y bajo su punto de vista, considera que en lo relativo a la materia civil, este país tiene el código más autoritario, mientras que en lo penal, de los más libertarios de la región.

La controversia que surge entre estas dos figuras que hoy día se aplican en ocasiones con cierto recelo, y en otros de forma indistinta o bajo criterios confusos dados por algunos autores, obliga a mirar hacia la figura del juez, sus características y el cómo debe manejarse y proceder. Y es que si en determinada legislación el juez es, y sigue siendo un tercero imparcial e imparcial, se podría concluir que el activismo judicial no es la figura que más se adecúa a tal esquema. Ello, porque en el activismo judicial se plantea que el juzgador no se maneje bajo mayores límites, ni tampoco se centre en la salvaguarda de la separación de funciones entre juez, partes, víctima, Ministerio Público y otros, sino en el resultado.

El choque que surge para que prevalezca una de estas corrientes, conllevará a la necesaria discusión entre la prevalencia de un sistema inquisitivo o dispositivo. Así como también, a aceptar o no si efectivamente la noción e intención de la búsqueda de lo justo (pregonada por el activismo judicial) agrega un ingrediente de subjetividad y arbitrariedad. Y si con esta pretensión, se está frente a actuaciones sin mayores controles y que representen un ejercicio

de funciones más allá de los que la ley le atribuye a los jueces; conllevando la contravención de reglas simples, como aquella que dispone que los funcionarios públicos sólo pueden hacer lo que la ley les permite.

El debate también se centraría entre posturas de reconocer y aceptar la búsqueda de la verdad y de la justicia, utilizando mecanismos más proactivos, modernos, ágiles, rápidos e informales, o pretender esta misma justicia, pero bajo una dinámica donde se propugne por el respeto y cumplimiento de la Constitución Política, sin que el juzgador se desprenda de su calidad de tercero. Teniendo presente que esa justicia siempre debe ser el fin del proceso y del juez, pero a su vez, verificando cómo se llega a ella, o qué métodos o formas se utilizan.

Lo anterior, permitirá determinar si la administración de justicia se ubicará frente a un garantismo que propugna por el estricto y verdadero respeto de los derechos fundamentales (no de las garantías, ya que éstas constituyen los mecanismos para salvaguardar a aquellos), con especial énfasis en el debido proceso, o ante el activismo judicial que apunta a una actuación proactiva del juzgador, con el fin de encontrar y definir lo que es “justo” para la sociedad.

También podría darse una situación similar a la de Colombia, donde se optó, por identificarlo de alguna forma, porque distintas jurisdicciones se rigieran por corrientes diferentes, unas por el activismo judicial y otras por el garantismo procesal.

La incorporación de algún sistema o corriente, también permitirá redefinir ciertos conceptos y adecuarlos a nuestra realidad, a fin de no caer en los mismos errores de otras legislaciones, e incluso la propia, donde en ocasiones se han adoptado corrientes doctrinales y codificaciones sin visualizar el impacto y los efectos de ello en la cultura jurídica y general de nuestro país.

Así pues, se puede concluir que el nacimiento de nuevas corrientes y la evolución de otras, no es más que el reflejo de lo cambiante de la sociedad en la que se vive, y en la que se exigen transformaciones en uno de sus pilares,

la justicia. Sin embargo, estos cambios no pueden adoptarse soslayando que la administración de justicia debe ejercerse sin pasiones y presiones, sino teniendo una clara visión de país, previendo de alguna forma las consecuencias de las decisiones a adoptar. Lo que debe regir a la administración de justicia, es la objetividad en la aplicación de las normas, basada en los principios humanistas propios del derecho, y encaminada a tener una sociedad ordenada, confiada en sus instituciones, y clara en que la justicia será el punto de equilibrio ante las situaciones propias de vivir en comunidad.

CONCLUSIONES

Sin duda alguna, el derecho debe adecuarse a las realidades y exigencias que nacen de las constantes transformaciones de la sociedad y el mundo globalizado. Será necesario entonces, que el juzgador y con ello, la administración de justicia, busquen los mecanismos y formas para salvaguardar

los derechos de todos los asociados, teniendo presente para esto, que en esta actividad se debe actuar respetando límites y reglas mínima que impidan el desborde tanto en las actuaciones del juez y el Estado, como en las gestiones de los particulares.

BIBLIOGRAFÍA

- Alvarado, A. (2011). *La Garantía Constitucional del Proceso y El Activismo Judicial. ¿Qué es el Garantismo Procesal?*. Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.
- Carbonell, M. (2009). *¿Qué es el garantismo? Una nota muy breve.*

- Recuperado de http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Qu_es_el_garantismo_Una_nota_muy_breve.shtml
- El Garantismo. (2015). Recuperado de <https://prezi.com/lhbpusgdcbct/el-garantismo/>.

Mgter. Ada I. Muñoz O.

Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá. Maestría en Derecho Mercantil. Universidad Santa María La Antigua. Maestría en Derecho Procesal. Universidad Interamericana.

Diplomado en Gestión Bancaria y sus Operaciones. Instituto Bancario Internacional (Centro de Estudios Superiores).

Diplomado en Docencia Superior. Universidad Marítima Internacional de Panamá. Diplomado en Sistema Penal Acusatorio. Instituto de Estudio

e Investigación Jurídica. Diplomado en Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual. Centro de Estudios Socio Jurídicos Latinoamericanos (CESJUL).

Aportes escritos: Consideraciones Jurídico-Ambientales de la Ampliación del Canal de Panamá. Cultural Portobelo. Panamá, 2007, y El Daño Moral y la Posibilidad de Asegurarlo. Dirección de Editorial y Publicaciones del Órgano Judicial de Panamá. Marzo de 2010.

Labora en el Órgano Judicial desde hace 16 años.