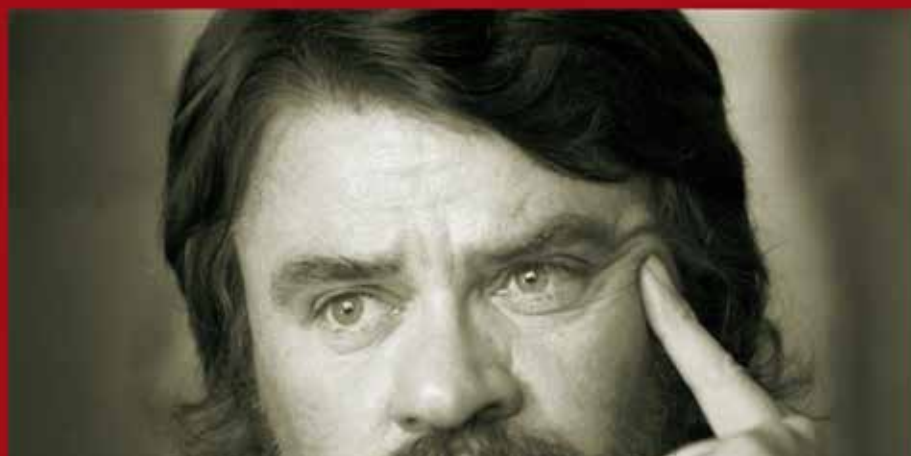


HOMENAJE A FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

TOMO III



Capítulo 72

COMITÉ EDITOR

Jorge Avendaño Valdez
Alfredo Bullard González
René Ortiz Caballero
Carlos Ramos Núñez
Marcial Rubio Correa
Carlos A. Soto Coaguila
Lorenzo Zolezzi Ibárcena



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del Comité Editor.

Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Editado por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Cuidado de la edición: Carlos A. Soto Coaguila

Diseño, diagramación y corrección de estilo: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: junio de 2009

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-06815

ISBN: 978-9972-42-890-6

Registro del Proyecto Editorial: 31501360900257

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

SOBRE «EL ROL POLÍTICO DEL ABOGADO LITIGANTE»

*Diego Pérez Ordóñez**

1. EXPLICACIÓN

He escogido con entusiasmo el artículo «El rol político del abogado litigante»¹ para participar en este libro de homenaje a Fernando de Trazegnies. Mi entusiasmo obedece a varias razones. La primera es que en este trabajo de Trazegnies expone y reflexiona sobre un tema fundamental: la posibilidad de que los abogados litigantes sean dínamos y animadores de la creación del derecho y que los jueces puedan aplicar la ley con un sentido más práctico y en contexto social; es decir, que los abogados podamos contribuir activamente para que el derecho no se estanque, para que vaya de la mano de los tiempos, y para que los jueces tengan más posibilidades de proteger y garantizar los derechos ciudadanos. El rol político del abogado litigante, de acuerdo con la concepción de de Trazegnies, se traduce en un activo papel de los abogados como transformadores del derecho.

Otra fuente de entusiasmo ha sido la constante visión de futuro en el pensamiento de de Trazegnies. Creo que este ha sido el principal aporte del jurista peruano a la reflexión jurídica: no se ha contentado con analizar las instituciones básicas y clásicas del derecho, sino que ha contribuido a entender lo legal con la perspectiva del tiempo, apuntando certeramente a la posteridad. Tampoco se ha conformado con entender la historia jurídica, casi siempre en el contexto de los eventos de la política, sino que ha puesto al derecho en movimiento futuro, en perspectiva de porvenir. Por eso, si tomamos en cuenta que el análisis jurídico

* Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Político en la Universidad San Francisco de Quito. Miembro de la Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional. Secretario Arbitral de la Cámara de la Construcción de Quito y de la Cámara de Comercio de Quito. Socio del Estudio Pérez Bustamante & Ponce Abogados.

¹ Trabajo sobre la versión publicada en BERGALLI y otros (1986), tomada, a su vez, de la revista *Derecho*, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (número 32, pp. 272-289).

en nuestros países suele limitarse a comentarios de leyes o reformas, podemos considerar que las reflexiones jurídicas de de Trazegnies se han convertido en sólidos aportes para el pensamiento americano; y lo ha logrado con ayuda de una maciza cultura general: conoce a profundidad las ciencias relacionadas con el derecho. Se siente igual de cómodo leyendo o comentando un libro de historia, un texto político o un ensayo sobre estética.

2. EL ROL ABOGADIL

En esencia, la idea central de «El rol político del abogado litigante» es que la actividad judicial es en sí misma una actividad política; que los jueces, al dictar una sentencia en un asunto controvertido sometido a su conocimiento y resolución, actúan en ejercicio de su poder político. Por lo general, argumenta de Trazegnies al explicar la columna vertebral de su ensayo, se ha concebido la actividad judicial como ajena a lo político, como una actividad que por definición debe ser extraña a todo lo político. El juez, de acuerdo con esta concepción, debe ser una especie de individuo aséptico, lejano a la actividad y a las ideas políticas. Por tanto, siguiendo este hilo de pensamiento, debe actuar lejos de lo político, de la tentación de la política. Así, los jueces solamente tienen poder para decidir limitadamente los asuntos litigiosos entre dos partes. De Trazegnies controvierte esta tesis y propone una nueva perspectiva: los abogados podemos ser generadores originales de derecho, de nuevo derecho; y los jueces, al resolver conflictos, pueden poner al derecho en movimiento.

Si pensamos que el ensayo de de Trazegnies fue publicado hace casi 35 años, y que es cada vez mayor la vigencia de la jurisprudencia como fuente del derecho en los países latinoamericanos, podemos ver que las ideas impulsadas hace décadas por el peruano resultan progresistas y adelantadas. Cada vez es mayor el número de abogados que usan la jurisprudencia nacional o internacional como fundamento de sus alegatos. Cada vez es mayor el número de ramas del derecho en las que se invoca la decisión de cortes y tribunales, también nacionales o internacionales, como soporte de la reflexión jurídica: la jurisprudencia es fundamental en áreas como los derechos humanos, el derecho constitucional, la propiedad intelectual y el derecho civil, por citar solamente algunas. Las reformas a la Constitución ecuatoriana, hechas por la Asamblea de 1997-1998, mencionan por primera vez a la jurisprudencia como fuente del derecho en materia del debido proceso como derecho fundamental y como juego de garantías. En las aulas universitarias de Quito o de Lima se estudian fallos de la Corte Constitucional colombiana y de los Tribunales Constitucionales de España y de Alemania.

De Trazegnies considera al abogado litigante como el principio de la animación judicial del derecho:

Por la vía de la interpretación del Derecho, los jueces han visto la posibilidad de establecer líneas de acción social que quizá no habían sido previstas por los legisladores. Y, por otra parte, en la medida en que el abogado litigante es quien moviliza la acción del sistema legal al promover una intervención judicial, está también realizando una actividad valorativa y creadora por el hecho de orientar —«agitar»— en uno u otro sentido el poder coercitivo del Derecho; al punto, como lo veremos a continuación, que el abogado puede convertirse en un verdadero «agitador» político que lleva a cabo una «guerrilla» privada con las armas del Derecho².

Creo que en esta cita está contenido el condumio del trabajo comentado: el legislador, que necesariamente tiene que fabricar la ley, está limitado a hacer un producto hipotético. En otras palabras, se ve abocado a escribir y debatir un producto teórico: la ley. El juez, en cambio, empujado por los abogados litigantes y animado por los contenciosos sometidos a su conocimiento, tiene la posibilidad de darle vida a la ley, de interpretarla con más concreción, aunque siempre con los límites de los objetivos puestos por el legislador. Así, los jueces, otra vez estimulados por los abogados, no solamente cumplen con resolver conflictos entre partes sino que le dan al derecho una existencia práctica. Los abogados tienen la posibilidad de convertirse no solo en defensores de clientes o de personas, sino en defensores de los principios sobre los que se asienta el Estado de derecho.

Conocedor de las instituciones occidentales del liberalismo e influenciado por estas, de Trazegnies fundamenta su idea en la necesaria marcha de las ideas del jusnaturalismo:

En esta forma, la evolución iniciada por el liberalismo primitivo y su concepción subjetiva de los valores ha seguido su camino: primero, el jusnaturalismo moderno planteó que, por razones todavía políticas, el Juez no debe crear Derecho; después, el positivismo recibe la posta y va más lejos en el proceso de «descontaminación» al afirmar, esta vez por razones «científicas», que el Juez —en tanto que jurista— no tiene posibilidades normativas³.

En justificación de su teoría, el jurista peruano sostiene que el liberalismo se apoya en la noción de que el valor por excelencia es la sociedad liberal, y por tanto no hay inconveniente en aceptar que los jueces puedan crear derecho para implementar los principios básicos de la sociedad de mercado. La objeción populista —sostiene— es que toda norma debe ser creada por los representantes del pueblo, es decir, por los legisladores. La razón debe imponerse a la voluntad popular, concluye de Trazegnies, lo que justifica la intervención creadora del juez, y no tiene nada de antidemocrática la creación judicial por vía de la interpretación.

² DE TRAZEGNIES (1986: 31).

³ DE TRAZEGNIES (1986: 38).

El derecho no puede ser aplicado de forma mecánica y las palabras que constituyen la ley tienen múltiples sentidos y significados. Esto hace necesario que alguien (el juez) esté encargado de la inevitable interpretación.

De Trazegnies recurre a la teoría pura del derecho de Kelsen para explicar que es necesario «politizar» la aplicación judicial del derecho: «La sentencia —citemos al pensador peruano— no es mera aplicación sino creación del derecho; esta creación tiene que tomar en cuenta los diversos intereses en juego; la sentencia es no solamente un acto de intelección de una norma superior sino un acto volitivo, “político”, de una determinación de rangos o preferencias entre intereses». Y añade que

Todo lo expuesto nos lleva a pensar que la jurisprudencia nunca es «mecánica», ya que los propios teóricos del positivismo han tenido que admitirlo. Aun cuando jueces y abogados a veces no se dan cuenta de este hecho, la aplicación de la ley resulta siempre «inconscientemente» política. En consecuencia, para comprender realmente la actividad judicial es indispensable superar sus contenidos «jurídicos» manifiestos y alcanzar sus contenidos «políticos» latentes⁴.

3. EL TEMA DEL PODER

Para argumentar su teoría sobre el poder político de los abogados litigantes, el jurista limeño ha recurrido —aunque no necesariamente las ha citado— a las ideas clásicas acerca del contenido y los alcances del poder políticos. A criterio de Max Weber, uno de los más influyentes pensadores del siglo veinte, por ejemplo, el poder es la probabilidad de que un actor, en una relación social, esté en condiciones de imponer su voluntad a pesar de la resistencia, e independientemente del fundamento sobre el que se basa esa probabilidad⁵. También hay influencia de teorías contemporáneas sobre la esencia del poder político, como la recogida en los estudios de Jorge de Esteban, para quien el poder es la expresión de la voluntad de una colectividad pública que posee fuerza obligatoria, para lo cual dispone del uso de la coerción a fin de lograr la ejecución de las decisiones⁶.

En concordancia con las ideas contenidas en el artículo materia de este comentario, Federico Trillo-Figueroa, en su obra sobre el poder político en los dramas de Shakespeare, comenta lo siguiente:

Se señala, de una parte, que el poder es, desde el punto de vista objetivo, la forma de relación humana que consiste en la dominación de un sujeto o grupo de sujetos sobre otro sujeto o grupo, que les están sometidos de acuerdo con un orden normativo y/o de fuerza. Desde el punto de vista subjetivo, psicológico

⁴ DE TRAZEGNIES (1986: 46-47).

⁵ WEBER (1964).

⁶ DE ESTEBAN (1995).

si se prefiere, el poder sería el impulso del actuar humano que lleva a mandar u obedecer frente a otro u otros⁷.

Así, a efectos de respaldar su teoría sobre el poder político del abogado litigante, de Trazegnies también ha recurrido a las concepciones generalmente aceptadas respecto del poder político. Sustenta la idea central del ensayo en la posibilidad de que los abogados litigantes, sobre la base de sus argumentos, con antecedente en el consejo dado a los clientes y en los alegatos sometidos a consideración del juez, puedan servir como estimulante de decisiones judiciales trascendentes. La trascendencia de estas decisiones judiciales está en el hecho de que hayan sido tomadas sobre la base del conocimiento más cercano de la realidad social de los jueces. Para estos, argumenta el peruano, la ley no es solamente un producto abstracto del debate legislativo, sino, por el contrario, la posibilidad de resolver el conflicto y sentar un precedente de aplicación práctica.

Vemos que en el artículo materia de este análisis de Trazegnies pone en relieve uno de los aspectos centrales de su teoría sobre el valor y el verdadero sentido del Poder Judicial: el papel del abogado litigante como animador de la aplicación política y práctica del derecho. Este papel de animador que asume el abogado —por llamarlo de algún modo— empieza con los argumentos y con el alegato de aquel para que el juez pueda adoptar una decisión en derecho. De Trazegnies, al concebir al abogado como el inicial motor de la interpretación judicial de la ley neutra y genérica que hacen los jueces, también atribuye a los letrados un poder de conocimiento en los términos que ya ha estudiado Bobbio⁸.

4. EL PODER JUDICIAL

Como consecuencia de todo lo apuntado anteriormente, de Trazegnies aboga a favor de un papel diferente del poder judicial: esta función estatal debe no solamente resolver conflictos sino también utilizar su poder para reformar la sociedad mediante sus fallos. De este modo, jueces, cortes y tribunales estarán en posibilidad de aplicar, en situaciones concretas, las leyes concebidas de forma abstracta por el legislador. En esta adaptación práctica se esconde la función política del juzgador:

⁷ TRILLO FIGUEROA (1999: 43).

⁸ BOBBIO (1992). El pensador italiano discrimina tres clases de poder: económico, ideológico y de la fuerza. De acuerdo con la concepción que maneja de Trazegnies a lo largo del ensayo materia de este breve comentario, los abogados ejercemos poder ideológico; es decir, nos podemos valer del saber y del conocer para ejercer influencia en la sociedad y lograr que sus miembros hagan o dejen de hacer algo.

Esta necesidad de una nueva interpretación «política» del Juez —y, consecuentemente, de un abogado litigante que tiene que proponer al Juez una aplicación de la ley— no es un mero «defecto» de nuestro Derecho debido a las imperfecciones del lenguaje. Por el contrario, constituye un factor conveniente e incluso indispensable: lo que hace más apremiante aún la toma de conciencia de este fenómeno por parte de los profesionales del Derecho⁹.

Y de Trazegnies llega a la conclusión de que los examinadores del derecho, en estos casos, están en mejor posición de aplicar las normas jurídicas fabricadas en otra función estatal:

Por consiguiente, en campos como este, el Poder Judicial está en mejor aptitud que el legislador para crear la norma que resuelva el caso: es decir, que la ley escrita resulta un instrumento demasiado grueso para normar estos casos y por eso es más conveniente dejar la solución en manos del Juez, quien puede realizar una apreciación más fina de las circunstancias, evaluar los intereses en juego, determinar la «política» y encontrar la solución adecuada¹⁰.

El conocimiento del juez sobre el caso concreto, las más de las veces durante meses y años de litigio y de análisis de pruebas y evaluación de argumentos, pone a estos y a los magistrados en envidiable posición para aplicar el derecho en forma práctica: «Por otra parte, hemos visto también que, en algunos casos, la actividad del juez es mucho más eficiente que la actividad de legislador con el propósito de lograr ciertos objetivos sociales, debido a que permite una apreciación más fina del caso y a que el Juez se relaciona con personas y conductas concretas mientras que el legislador trabaja a un nivel general y abstracto»¹¹.

En este aspecto, de Trazegnies previno el pensamiento de quienes argumentan a favor del poder creador de los jueces, como Herrendorf:

Los jueces latinoamericanos están formados, mayoritariamente, en un normativismo férreo. No solo las universidades promueven generalmente esa tendencia por ser la que encontró mayor acogimiento; también hay abultada doctrina y muchísima jurisprudencia que alientan y aplauden las soluciones normativistas que ponen la ley por encima de la justicia y a las conductas por debajo de las sentencias. El juez, lo repetimos, se contenta con aplicar bien una norma. *Inequitas lex, sed lex* podría ser el adagio que acompañe a los jueces en su tarea¹².

Otro aporte de ensayo de de Trazegnies es su concepción del Poder Judicial como fundamental en las políticas de cambio de la sociedad, siempre animado por los argumentos de los abogados litigantes:

⁹ DE TRAZEGNIES (1986: 48).

¹⁰ DE TRAZEGNIES (1986: 54).

¹¹ DE TRAZEGNIES (1986: 55).

¹² HERRENDORF (1994: 51).

Los protagonistas de esta «lucha política» que no pretende tomar el Poder Legislativo ni el Poder Ejecutivo sino realizar ciertos valores sociales a través del Poder Judicial, son primordialmente los Jueces y Tribunales. Pero no puede dejar de reconocerse la parte que corresponde al abogado litigante, en su calidad de motivador del Derecho. Mientras la norma existe en un texto legal, está —por así decirlo— en la «refrigeradora» a la espera de que alguien proceda a descongelarla y ponerla en acción. Ese alguien que se encarga de poner la norma en acción es precisamente el abogado al asesorar a su cliente, al indicarle cómo debe actuar; y el abogado litigante va aún más lejos pues pone el Derecho en acción de guerra¹³.

Complementa la idea este abogado peruano agregando que «[...] toda demanda —y particularmente, todo alegato— es una propuesta de sentencia, cuya elaboración conlleva la necesidad de un razonamiento entre alternativas de interpretación que, según hemos visto, solo pueden ser dirimidas con criterios de “política”»¹⁴.

Finalmente, la teoría de Fernando de Trazegnies no se opone a la inmutable concepción de la independencia de lo judicial¹⁵ como cimiento del Estado de derecho. La actuación de los jueces puede aportar a la vigencia de la teoría de pesos y contrapesos:

Sin embargo, a pesar de la necesidad de «politizar» la actividad judicial, pienso que la independencia intelectual y decisional de los Jueces y Tribunales debe jugar todavía un rol básico de equilibrio como parte de un delicado sistema de frenos y contrapesos en la vida social; y, dentro de ciertas circunstancias, este rol puede encontrarse incrementado con la «politización» propuesta hasta alcanzar niveles insospechados incluso para posiciones «puristas» del Derecho que pretendían precisamente contribuir a ese ideal de contrapeso¹⁶.

Continúa el análisis del jurista cuyo trabajo es materia de estos comentarios: «Por el contrario, una auténtica “politización” del Poder Judicial —y no una mera inmolación del Poder Judicial en el altar del Poder Ejecutivo— supone que ese inevitable razonamiento político sea un razonamiento propio. Los valores, “las políticas”, tienen que ser decididas por los Jueces mismos sobre la base de su particular comprensión de los aspectos sociales del problema *sub litis*»¹⁷.

De este modo termina el comentario al artículo sobre el papel político del abogado litigante, en relación con las facultades de los jueces y de los legisladores,

¹³ DE TRAZEGNIES (1986: 58).

¹⁴ DE TRAZEGNIES (1986: 57-58).

¹⁵ De Trazegnies se aparta en este aspecto de las concepciones tradicionales del poder judicial como un poder invisible y neutro, tal como fue ideado hace siglos por Montesquieu. Sobre este tema véase SENESE (1996: 40-58).

¹⁶ DE TRAZEGNIES (1986: 65).

¹⁷ DE TRAZEGNIES (1986: 67).

y de acuerdo con las reflexiones de Fernando de Trazegnies. Se hace necesario poner énfasis en la importancia que este artículo tiene todavía, sobre todo gracias a la perspectiva y a la visión de futuro del académico peruano.

BIBLIOGRAFÍA

- BERGALLI, Roberto y otros
1986 *Los abogados y la democracia en América Latina*. Quito: Instituto de Servicios Legales Alternativos (ILSA).
- BOBBIO, Norberto
1992 *Estado, gobierno y sociedad*. México DF: Fondo de Cultura Económica.
- DE ESTEBAN, Jorge
1995 *El poder y la noria*. Madrid: Libertarias/Prodhufo.
- DE TRAZEGNIES, Fernando
1986 «El rol político del abogado litigante». En BERGALLI (1986), pp. 29-68.
- HERRENDORF, Daniel
1994 *El poder de los jueces. Cómo piensan los jueces que piensan*. Segunda edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- SANESE, Salvatore
1996 «Democracia pluralista, pluralismo institucional y gobierno del Poder Judicial». En IBÁÑEZ, Perfecto Andrés (editor). *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*. Madrid: Trotta.
- TRILLO FIGUEROA, Federico
1999 *El poder político en los dramas de Shakespeare*. Madrid: Espasa Forum.
- WEBER, Max
1964 *The theory of social and economic organization*. Nueva York: The Free Press.