

EL SISTEMA PROCESAL CIVIL ADVERSARIAL

COLECCIÓN
EL SISTEMA PROCESAL CIVIL ADVERSARIAL

LIBRO V
MODELO TEÓRICO
PARA EL MEJOR SENTENCIAR

OMAR A. BENABENTOS
MARIANA FERNÁNDEZ DELLEPIANE



FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO
DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS

Benabentos, Omar Abel

El modelo teórico para el mejor sentenciar / Omar Abel Benabentos ; Mariana Fernández Dellepiane. - 1a ed - Rosario : Ediciones AVI, 2024.

100 p. ; 21 x 15 cm. - (El Proceso Civil Adversarial / Omar A. Benabentos ; Mariana Fernández Dellepiane ; 5)

ISBN 978-987-1924-62-2

*1. Derecho Procesal. I. Fernández Dellepiane, Mariana II. Título
CDD 346.001*

Imagen de tapa: Les avocats, 1870-1875. Honoré Daumier.

Puesta en página y diseño de tapa: dggvoutlook.com,

para la Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas.

Italia 877, Rosario, Santa Fe, Argentina.

fundeciju@gmail.com

Hecho el depósito que previene la ley 11.273.

Derechos reservados.

La reproducción en todo o en parte sin previa autorización de los autores y el editor es violatoria de derechos reservados. Toda utilización debe ser solicitada con anterioridad.

Impreso en Talleres Gráficos Fervil S.R.L., Rosario, Santa Fe Argentina.

INDICE GENERAL

1. La teoría de decisión del judicial bajo el paradigma garantista	1
1.1. Garantías epistemológicas	1
1.2. Aportes teóricos y normativos desde la visión garantista sobre la decisión judicial.	7
1.3. Opiniones doctrinarias	12
1.4. La visión de Adolfo Alvarado Velloso.	14
2. Aportes desde la teoría de la argumentación jurídica a la decisión judicial	19
3. Sumando argumentos que sostienen la visión garantista sobre la decisión judicial	23
3.1. Algo más sobre la justificación de la decisión judicial.	27
3.2. Las máximas de experiencias del juzgador	29
4. El juzgador, los sistemas normativos sustanciales y el margen de discrecionalidad	31
5. Argumentos metafísicos. Relación parte-todo y la imparcialidad del juzgador	39
6. La visión teórica y normativa del publicismo procesal sobre la decisión judicial	45
7. Otras corrientes doctrinarias que analizan la decisión judicial	57
7.1. Corrientes escépticas e irracionales. El realismo jurídico.	57
7.2. Corrientes “racionalistas”	57
7.3. La jurisprudencia de valores	58
7.4. El mito del juez perfecto y moralista. La nueva autoridad ética y el neoconstitucionalismo.	60
7.5. El iusmoralismo y su influencia en la teoría de decisión judicial	62
8. El atavismo mítico de la justicia moral en el proceso judicial	67
8.1. De los mitos trastocados	67
8.2. Algo más sobre el publicismo y su ideología desplegada en la teoría de la decisión judicial	68

9. Conclusiones	71
9.1. Sin instancia ética. Conflictos jurídicos no morales.	71
9.2. El proceso judicial sin mitos	74
9.3. Papel de los jueces en una sociedad democrática	74
9.4. El modelo aspiracional al que no se debe renunciar.	76
Bibliografía	79

1. LA TEORÍA DE DECISIÓN DEL JUDICIAL BAJO EL PARADIGMA GARANTISTA

Las corrientes procesales garantista y publicista vuelven a enfrentarse a la hora de tomar postura sobre los límites y contextos que rodean *a la decisión judicial* en los conflictos litigiosos no penales. En las últimas décadas del siglo pasado, y aún con mayor énfasis en las que ya llevamos recorridas en este siglo XXI, el convulsionado panorama sobre la validez y superioridad que se disputan los modelos procesales se proyectó también hacia las decisiones judiciales.

El dato positivo es que soplaron nuevos vientos sobre la teoría del razonamiento de los jueces cuando abordan la cuestión fáctica y la aplicación e interpretación del derecho y se recorrieron otros senderos intelectuales en el afán de brindar respuestas cargadas de mayor hondura, despertando el interés (concurrente) de procesalistas, epistemólogos jurídicos y iusfilósofos.

1.1. GARANTÍAS EPISTEMOLÓGICAS

En este renovado marco epistémico se instaló una visión mucho más racional y menos pretenciosa sobre *los tipos y límites de verdad involucrados a la hora de juzgar*. Los sistemas dispositivos y la matriz acusatoria que hoy rigen para atender los litigios penales se beneficiaron hace tiempo de esa saludable tendencia y fue una de las causas de su predominio.

El garantismo, desde siempre, puso un firme acento en la justificación racional de los actos que emanan de los funcionarios públicos y en el sensible tramo donde el juez dispone de los bienes jurídicos por el que luchan las partes, entendió que los estándares debían ser todavía más exigentes. Así, con vocación de síntesis, dibujó un juez en los mismos términos que empleara PHILIPP HECK: *obediente y pensante*. El sintagma sugiere que asuma el cumplimiento de los mandatos legales (ser obediente con la ley vigente) pero sin desprestigiar la racionalidad y el pensamiento reflexivo (adoptar un papel pensante).

Y el interés de la corriente garantista sobre el razonamiento de los jueces y en especial sobre el razonamiento probatorio, ha sido una constante y queda refrendada por las recientes obras de la autoría de GABRIEL DI GIULIO, destacado procesalista de la ciudad de Azul, Argentina.

En reciente obra dedicada a la valoración judicial de la prueba¹, formula amplias reflexiones sobre los distintos criterios de los que puede valerse el juzgador y examina con gran profundidad el juicio epistémico que le adjudica a cada uno, explicando docentemente que:

“Microsistemas de valoración de la prueba pueden ser clasificados en función de las exigencias o no de la racionalidad, verificación y motivación del juicio mental (pautas de sujeción a la razón y experiencia). Desde esta óptica, deben considerarse incluidos los microsistemas de prueba legal o tasada o la variante conocida como *sana crítica* y de libres convicciones. La otra categoría se constituye con el sistema de íntimas convicciones”².

Y concretamente referida a la pauta valorativa que encierra la sana crítica expresa:

“Sus reglas de admisión y valoración emanan de la ley, reconociendo márgenes de discrecionalidad judicial para la habilitación de medios no previstos (criterio no taxativo), a los que se aplican las reglas de los típicos, en la medida de su analogía que alcanza tanto a su admisión, producción y a la apreciación de la prueba. Si no es un término que aneja exactitud, su valor como tal radica en que consiste en una parte lo suficientemente precisa (las reglas de la lógica formal) y en otra la suficientemente plástica (las máxima advertencias de la experiencia del juez) como para procurar la justicia de las situaciones particulares. La doctrina ha reconocido dos características. La primera, que se trata de un microsistema originado en el derecho de habla hispana. La segunda, que fija un estándar para la apreciación discrecional de la prueba compuesto por reglas meta jurídicas rígidas y pétreas, cómo son las que derivan de la lógica formal, y reglas vivenciales y culturales como lo son las máximas de la experiencia”³.

Esta incursión de los sostenedores de la teoría garantista luce refrendada por otra excelente producción intelectual de la autoría de ANDREA MEROI: *La argumentación para la prueba de los hechos*⁴, de la que queremos rescatar este concepto:

1 DI GULIO, GABRIEL, *Valoración judicial de la prueba*, Hammurabi, Buenos Aires, 2021.

2 *Ib.*, p. 254.

3 DI GULIO, GABRIEL, *Ob. Cit.*, p. 265.

4 MEROI, ANDREA, *Argumentación para la Prueba de los Hechos*, Astrea, Buenos Aires, 2021.

“Hace ya algunas décadas, la tribu de procesalistas fue imputada de un notorio desinterés o, al menos, de una singular liviandad en el abordaje de los problemas de la prueba y la verdad de los enunciados fácticos objeto del proceso. Como bien se ha dicho, las razones de esa marginalización posiblemente hayan de buscarse en ciertas concepciones del proceso judicial entendido como un procedimiento desinteresado en uno de los dos aspectos: así, o bien se lo concibe como un procedimiento al que le son indiferentes tanto la verdad de los enunciados fácticos cuanto su justificación; o bien se le entiende como un procedimiento al que aunque siéndole indiferente la verdad de tales enunciados su justificación no ha de preocuparle especialmente dado que se trataría de una cuestión externa ajena y en todo caso ya resuelta al momento de la decisión. Aunque al momento de comenzar estudios sistemáticos de argumentación jurídica desconocíamos ese reproche, lo cierto es que, recibido e iniciarnos en los ya muchos y muy importantes avances de la teoría jurídica sobre el tema nos motivó de manera muy especial”.

Tomando sus ideas, si es que ese desinterés existió, hace tiempo que la deuda comenzó a saldarse. Está acreditado que la corriente garantista se interesa por la calidad de los decisorios de la jurisdicción pública. En esa dirección requiere que un *juez democrático* debe asumir compromisos y exigencias mucho más profundas frente a los justiciables. Por lo pronto, debe ser consciente de la enorme responsabilidad que supone conceder o negar los bienes jurídicos que están en juego y si esa labor se empapa de humildad, será posible que la gestión decisoria cobre mayor entidad y genere una razonable confianza, en la medida en que su fallo se cargue de justificaciones racionales.

En un sistema adversarial se impone *institucionalmente* el deber de demostrar puntiliosamente la convicción a la que arribó, que se apoyó en inferencias válidas y que su razonamiento, volcado externamente, estaba encaminado a demostrar porqué:

- a) la hipótesis que acogió era la que exhibía mayor probabilidad de ser admitida, por superar exitosamente la refutación a la que fue expuesta;
- b) los enunciados contenidos en el decisorio guardaban entre sí una razonable coherencia;
- c) se apoyó prevalentemente sobre prueba directa o integrada con suficiente prueba indirecta aportadas por las partes al proceso;

d) realizó una valoración analítica y en contexto de todos y cada uno de los medios de confirmación examinados;

e) contó con fuentes probatorias concurrentes en cantidad y calidad de las que se desprendían grados de fehaciencia aceptables y;

f) las enriqueció con el empleo de reglas de la experiencia convalidadas por su regularidad empírica.

A su vez, y siguiendo a MARINA GASCÓN ABELLÁN⁵, concordamos en que la construcción de la *premisa menor* (los enunciados sobre los hechos) durante largo tiempo se apoyó en ritos y procedimientos en los que estaba ausente cualquier apelación a la razón, incluida la razón empírica. En su concepto, atender a los *hechos* (*rectius est: a los enunciados sobre ellos*) estuvo signada por ideas muy erróneas y cierto desinterés en abordar seriamente la cuestión desde un marco epistémico. En sus palabras:

“Como un supuesto necesario para construir con mayor solidez una teoría sobre la decisión judicial representó un gran paso adelante en la historia de la racionalidad; pero fue un paso no exento de enormes dificultades. Es que se entendía *como si* la fijación de la trama fáctica no necesitara de mayores justificaciones. Sin razón valedera, se le asignó al conocimiento judicial la posibilidad de obtener una suerte de certeza absoluta. Pero ese valor se enfrenta con una seria dificultad que es propia del conocimiento empírico que resulta incapaz de *garantizar esta calidad o grado de certeza*.”

El siempre irresuelto *viejo problema de la inducción* dejó al desnudo la incapacidad de la epistemología empirista, agravado porque, en lugar de hacerse cargo de sus limitaciones, éstas se resistieron a desprenderse de ese antiguo objetivo racionalista de alcanzar conocimientos seguros e incontrovertibles. En los dos últimos siglos, cuando el imparable avance de las ciencias ha conducido a un replanteamiento sobre los límites del conocimiento inductivo, se produjo una rehabilitación de la racionalidad empírica. Así, para las nuevas epistemologías empiristas, el objetivo del conocimiento inductivo no es ya la búsqueda de certezas absolutas sino tan sólo de *supuestos* o hipótesis válidas, es decir, apoyadas por hechos que las hacen *probables*⁶.

5 GASCÓN ABELLÁN, MARINA, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

6 GASCÓN ABELLÁN, MARINA, *Ob. Cit.*, pp. 11-12.

Además, nos enseña GASCÓN ABELLÁN que el conocimiento del juez, por ser del tipo inductivo, conlleva la *miseria* pero también a la *grandeza* de este modo de acceder a la verdad jurídica. De todas formas, juzga positivo que se hubiera restaurado la confianza en una racionalidad empírica, se renunciara al objetivo inalcanzable de la certeza absoluta y se recuperara la sensatez a través del concepto de *probabilidad* que otorga una mayor *garantía epistemológica* a la hora de fallar. En sus palabras:

“La recuperación de la racionalidad empírica a través del concepto de probabilidad produce consecuencias directas y saludables en la fijación judicial de los hechos. Por un lado, la declaración como cierta de las afirmaciones sobre los hechos ya no puede ser concebida como un momento místico y/o insusceptible de control racional, como ha sido (y aún es) frecuente en ciertas ideologías que la asignan esa misión al juez a la hora de decidir. Pero frente a este espejismo debe insistirse en que el conocimiento inductivo de los hechos no produce resultados infalibles y, por tanto, se hacen exigibles todas las garantías posibles (*garantías epistemológicas*) para lograr una mayor fiabilidad en la declaración de los mismos y, en su caso, facilitar su eventual revisión”⁷.

En la misma dirección -la de acertar sobre el tipo de conocimiento al que puede arribar el juzgador- el connotado iusfilósofo DANIEL GONZÁLEZ LAGIER⁸ ratifica que la prueba y el razonamiento judicial y de valoración probatoria giran en torno a los hechos (más exactamente, sobre la veracidad de los enunciados sobre esos hechos). La postura que le parece más sensata frente a la pregunta sobre la posibilidad del conocimiento del juzgador acerca de los hechos afirmados por las partes se ubica en un cognoscitivismo crítico y no ingenuo y postula:

“Sostener un cognoscitivismo crítico, no ingenuo, que sea consciente de las dificultades que encierra ese conocer, pero que no caiga en la desilusión radical respecto de la posibilidad de aprehender ciertos datos objetivos de la realidad”.

También nos ilustra acerca de que la *inferencia probatoria* es un tipo de razonamiento en el que podemos distinguir varios elementos que acreditan la subjetividad presente en esa labor:

⁷ *Ib.*, p. 14.

⁸ GONZÁLEZ LAGIER, DANIEL, *Módulo: argumentación en materia de hechos*, Área de Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, disponible en la web. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/37145/1/apuntes_sobre_prueba_y_argumentacion_juridica.pdf

“El hecho que queremos probar (al que se llama *hechos a probar*) y la información acerca de otros hechos más o menos directamente vinculados con el primero, se denominan *indicios probatorios* y nos sugiere que, para esclarecer cómo se razona respecto de la determinación de los hechos, se debería recurrir a la teoría de la argumentación de STEPHEN TOULMIN, quien sostiene que toda argumentación parte de una pretensión, que es aquello que se sostiene, aquello que se quiere fundamentar y que si esa pretensión es puesta en duda, debe ser apoyada por medio de razones, esto es, hechos que den cuenta de la corrección de la pretensión”.

Y afinando sus conclusiones, GONZÁLEZ LAGIER expresa que lo que es importante de tener en cuenta es que se construya la conclusión de una inferencia probatoria que no puede brindar una *certeza absoluta* (es decir, que siempre tendrá un cierto grado de confirmación, que podrá ser mayor o menor pero nunca *absoluto*). Esto es así por alguna (o algunas) de las razones que él expone:

“Si la inferencia probatoria se reconstruye como una inferencia deductiva, dado que no podemos estar absolutamente seguros de que las premisas sean verdaderas, tampoco podemos asegurar que lo sea la conclusión, en el sentido de correspondencia con la realidad. Una deducción nos dice que si estamos seguros de las premisas, podemos estarlo de la conclusión, pero no nos asegura que las premisas sean verdaderas”.

El epistemólogo sostiene que:

“A la luz de las anteriores consideraciones, parece claro que no puede exigirse la certeza absoluta como requisito necesario de la decisión judicial, como ha señalado ASENSIO MELLADO. La convicción del juez no puede entenderse en términos de certeza absoluta sino únicamente de *probabilidad*; se trata, pues, de un *juicio de probabilidad*, de mayor o menor acercamiento entre la afirmación y el hecho acaecido, y en tanto tal hecho no es conocido y es un hecho del pasado, la probabilidad ha de ser medida en términos de verosimilitud. Por todo lo anterior, lo que resulta relevante para nosotros no es tanto la validez de la inferencia probatoria, sino su solidez, entendida como una propiedad graduable. Cómo podemos valorar, dicha solidez es algo que remite a criterios epistemológicos”.

GONZÁLEZ LAGIER sugiere como método de conocimiento probatorio el sustentado, como se vio, en el *objetivismo crítico* y exige someter la afirmación sobre los hechos a un riguroso análisis para determinar en qué medida son independientes y en qué proporción provienen de las *construcciones del observador*. No rechaza la posibilidad de establecer la veracidad de los enunciados pero con la conciencia de que tal verdad es *relativa* a una red de conceptos y, por tanto, en este sentido será siempre contextual.

1.2. APORTES TEÓRICOS Y NORMATIVOS DESDE LA VISIÓN GARANTISTA SOBRE LA DECISIÓN JUDICIAL

Desde lo teórico, al afiliarse el garantismo a una visión iuspositivista moderna del derecho tuvo siempre en claro que, a la par de regular la intervención mínima de juzgador a la hora de procesar, debía tomar una postura -aún más firme- frente al acto *de decisión de la contienda*.

Cuando sugerimos que la humildad debe presidir el razonamiento judicial y que la soberbia prohíba la subjetividad, nos apoyamos, entre otras razones, en el tipo y fehaciencia de la verdad a la que es posible arribar en una sentencia judicial. Es que para conocer los enunciados sobre los hechos que formulan las partes, el juez emplea fundamentalmente un método de *conocimiento inductivo-abductivo* y, en menor medida, *deductivo-analógico*; y este modo de conocer ya supone una severa limitación epistémica que impregna de probabilidad (y no de certeza) la decisión emitida sobre el caso.

Además, el juez se expide sólo sobre los *enunciados de los hechos* afirmados por las partes y le está vedado acceder a los *hechos materiales* ocurridos en el *mundo exterior*. La adhesión al criterio de verdad como *correspondencia semántica* ratifica que el descubrimiento de ella no se basará en lo que aconteció en ese trozo de la *realidad social inscrito en el pasado*. En ese mundo exterior, en ese espacio en el que se instalaron los hechos, éstos existieron o no existieron, pero de los mismos sólo queda en un proceso su *evocación narrativa*. Y atención: sólo sobre esto (los enunciados) el juez predicará de su verdad o falsedad.

Dicho en otros términos, si se admite que existe una limitación institucional que le veda al juez la búsqueda y descubrimiento de los hechos en el *mundo material* más allá de los formulados por las partes, la proclamada *búsqueda objetiva de la verdad* pierde todo sentido. En un sistema dispositivo (y en con-

flictos que involucran intereses transigibles) las partes son *dueñas* de la investigación sobre los hechos del pasado y los titulares de disponer cómo y en qué medida vuelcan sus dichos en el mundo procesal

El juez, por respeto a la congruencia procesal (uno de los rostros que dibuja la igualdad de los parciales) sólo puede fallar ceñido a las hipótesis que éstas sostienen y teniendo presente que su decisión debe ajustarse a ese acotado marco empírico.

Y el garantismo también asumió que no debía perderse el norte metodológico a la hora de limitar el ejercicio del poder a la hora de decidir el conflicto litigioso. En ese sentido, comprendió que la exigencia no podía quedar reservada a los postulados teóricos y sí a observar un compromiso más serio que pasaba por acotar -regladamente- el enorme margen de discrecionalidad con los que se maneja el poder judicial.

La ciencia procesal debe centrarse en brindar respuestas racionales que se ajusten seriamente a la realidad procesal. Desde KELSEN, pasando por BOBBIO y HART y arribando a FERRAJOLI, el iuspositivismo contemporáneo coincidió en los importantes márgenes de discrecionalidad de que goza la judicatura y esta realidad lleva a prevenirnos que la misma no se torne en arbitrariedad a la hora de decidir.

Enseña FERRAJOLI:

“...el juez no es una máquina automática en la que por arriba se insertan los hechos y por abajo se sacan las sentencias, acaso con la ayuda de algún empujón cuando los hechos no se adaptan perfectamente a ella. La idea de un *perfecto silogismo judicial* que permita la verificación absoluta de los hechos corresponde a una *ilusión metafísica*: en efecto, tanto las condiciones de uso del término *verdadero* como los criterios de aceptación de la *verdad* en el proceso exigen inevitablemente decisiones dotadas de márgenes más o menos amplios de discrecionalidad”⁹.

Ese margen de discrecionalidad judicial resulta muy significativo (aun actuando el juzgador dentro de un marco de legalidad y racionalidad). Por tanto, la apuesta del garantismo pasa por poner a la par y *normativamente* una racional disminución de los márgenes de subjetividad de que goza el juzgador.

9 FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 1995, p. 38.

Esto fue comprendido a cabalidad por ALVARADO VELLOSO, cuando tuvo a su cargo la redacción de la parte general del anteproyecto del Código Modelo del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Nos permitimos reproducir el texto de cuatro normas del Código Modelo que expresan esa finalidad. Traemos al ruedo los artículos 307, 422, 472 y 505, que tienen en común la *clara intención limitadora del poder decisorio de la jurisdicción*.

La primera de las normas está contenida en el artículo 307 y fija los requisitos específicos exigidos para emitir la sentencia en un primer grado de conocimiento y que nos permitimos reproducir, con resaltados propios porque ejemplifica con la visión garantista le exigirá a los jueces mayores cuotas de justificación de porqué decidió en el sentido que lo hizo

Artículo 307: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, son requisitos específicos de la sentencia:

- 1) contener la mención del lugar en el cual se dicta y su fecha;
- 2) el nombre y apellido de las partes. En su defecto, los datos necesarios para identificarlas adecuadamente;
- 3) una relación inicial sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto de la discusión en el juicio;
- 4) la específica y motivada consideración, por separado, de las cuestiones fácticas a que refiere el inciso anterior, concretando la forma en la cual ha quedado trabado el litigio;
- 5) la mención, en su caso, de los medios probatorios de los hechos litigiosos que han resultado convincentes para el juzgador, y las razones por las cuales ha logrado la convicción en que fundamenta su pronunciamiento. A este efecto, el juez debe estar a lo dispuesto en el artículo 422. Además, si se valoran indicios, sólo configuran presunción convictiva si se adecuan a lo dispuesto en el art. 505;
- 6) la subsunción de los hechos probados y convincentes para el juez en la norma general, previa y abstracta existente en el ordenamiento jurídico;
- 7) contener una resolución con:
 - 7.1) la decisión expresa, positiva y precisa del litigio, congruente con las pretensiones deducidas en el juicio calificadas según lo han hecho las partes, declarando el derecho de los litigantes y condenando

o absolviendo de la demanda y reconvencción, en su caso, en todo o en parte;

7.2) si la decisión contiene condena al pago de frutos, intereses, daños y perjuicios, saldos de rendición de cuentas u otros análogos, debe expresar concretamente cuáles han de ser satisfechos y fijar su importe en cantidad líquida o dar las bases sobre las que ha de hacerse la liquidación. De no ser posible hacerlo así, debe determinar prudentemente el monto siempre que, en ambos casos, esté debidamente probada la existencia de aquéllos;

7.3) el plazo que se otorga para su cumplimiento, si la sentencia es de condena susceptible de ejecución;

7.4) el pronunciamiento sobre costas;

8) la firma del juez”.

Los ocho incisos que contiene el artículo 307 dejan muy en claro que el Código Modelo -redactado desde la visión del justiciable y no desde la de la jurisdicción- impone a los jueces deberes funcionales muy puntuales para validar su convicción y, además, los lleva a justificarla externamente ante las partes.

A su vez, para arribar a esa convicción y a la debida justificación de lo resuelto se disparan otra multiplicidad de deberes específicos impuestos para valorar la prueba con sujeción a precisos parámetros. El artículo 422 prescribe, en esa dirección, lo siguiente (nos permitimos subrayar ciertos párrafos porque no están presentes en los códigos publicistas).

Artículo 422: “Normas genéricas para valorar los medios de prueba en la sentencia

Al sentenciar el litigio, el juez valora la prueba rendida. A este efecto debe:

1) hacer mérito de todos los medios probatorios producidos. Si entiende que el análisis de alguno es redundante, debe brindar las razones de ello;

2) explicar racional, explícita y motivadamente cómo ha formado convicción a partir de cada uno de los medios probatorios que lo han persuadido para condenar o absolver;

3) sujetarse a criterios de menor rigor probatorio para quien invoca hechos acaecidos conforme su normal ocurrencia;

- 4) extremar la exigencia de la carga de la prueba para quien alega hechos que son contrarios al modo de ocurrencia normal y habitual de las cosas;
- 5) sujetar su razonamiento a los principios lógicos de identidad, de no contradicción y de tercero excluido;
- 6) sujetarse al dictamen de peritos de comprobación y de opinión, dando razón de la convicción que le provoca las conclusiones de los expertos. Pero puede apartarse del dictamen de peritos de opinión dando razón fundada y suficiente para validar ello;
- 7) tener por ciertos los hechos lícitos no contradichos por las partes, cuando se trata de conflictos que involucren asuntos transigibles;
- 8) establecer las inferencias necesarias que extraiga de los medios probatorios para la determinación de la cuantía que ordena condenar, cuando lo hace”.

Pronto se advierte cómo se elevan las exigencias del *estándar valorativo* del juez porque éste, por caso, no puede tomar sólo los medios de prueba que considera relevantes para decidir y, por el contrario, se le impone valorar *todos los medios* y explicar cuáles de ellos fueron decisivos para la toma de su decisión, supuesto que es bien distinto.

Se toma una radical distancia de la jurisprudencia dominante que libera al juez de ocuparse en su *totalidad* de los medios de confirmación y facultarlo sólo al análisis de *alguno de ellos*. También se le exige sujetar su juicio a las reglas de la *experiencia empírica regularmente acreditada* (de la que deriva la mayor o menor normalidad del hecho invocado).

También se le impone que, para apartarse del dictamen de los peritos de opinión, debe dar razón suficiente de su postura, pero se distingue la fehaciencia del peritaje científico del mero peritaje de opinión y, finalmente, se le exige que debe efectuar las inferencias necesarias para dejar en claro cómo arribó a sus conclusiones.

Una tercera prescripción le indica al juzgador cómo valorar la prueba de indicios:

Artículo 505: “Valor probatorio de la prueba indiciaria.

Para tener valor probatorio y lograr así la existencia de presunción judicial, se requiere la existencia al menos de:

- 1) un indicio necesario; o de
- 2) tres indicios contingentes que se muestren entre ellos como ciertos, graves, precisos y concordantes. Rige al respecto lo dispuesto en el artículo 472 para todos los medios de convicción”.

Y, por último, la remisión que se hace al artículo 472 también remarca una nueva directiva para el juez:

Artículo 472 “Valor probatorio de los medios de convicción en general.

Sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos, deben ser apreciadas y valoradas en conjunto y razonadamente las pruebas que producen el convencimiento del juez acerca de cómo debe fallar”.

El lector deberá dispensarnos al incluir en el marco teórico este puñado de normas pero, con toda sinceridad, no encontramos otro modo de demostrar cómo se puede -operativamente- acotar los márgenes de *discrecionalidad* de la judicatura a la hora de fallar.

1.3. OPINIONES DOCTRINARIAS

Existe una nutrida camada de juristas que se alinea con las ideas de exigir a los juzgadores razones y justificaciones muy exigentes para validar sus fallos. El pensador argentino SANTIAGO ROLDÁN¹⁰, nos regala varios conceptos que, sin duda, serán compartidos por quienes visualizamos a los jueces como servidores públicos de los justiciables y no sus *eternos mandamases*. A estos jueces, ROLDAN les exige:

“La motivación de sus resoluciones, porque esto se vincula con la publicidad de los actos de gobierno”.

Y asume que:

“Los ciudadanos aprecian que puedan conocer la razón por la cual (la compartan o no) un juez falló de determinada manera. Y también aspiran a que ellos, que son parte del proceso donde se dictó la resolución, puedan controlar si no se violó su derecho de defensa al fallarse más allá de lo petitionado o si fueron valorados elementos probatorios obtenidos, si se contestaron sus argumentos o si se

10 ROLDÁN, SANTIAGO, *Justificación y motivación de las resoluciones judiciales. Hacia la elaboración de criterios de fundamentación*, publicado en “Pensamiento Penal”.

resolvió sin respetar la congruencia entre la acusación y sentencia. Además, podrían controlar, si existe una suficiente argumentación y la vía recursiva está habilitada para rebatir los fundamentos del juez e intentar convencer de la razón de su postura a los otros jueces que deban emitir opinión sobre el asunto. Por lo tanto, también el derecho de defensa y el derecho al recurso quedan involucrados”.

A su vez, ROLDÁN nos explica que un fallo que cuente con fundamentación explícita le permitirá:

“...al juez que pueda demostrar a los demás el motivo por el cual resuelve de tal modo un conflicto y no de otro [...] la motivación de una resolución servirá eventualmente, tanto para el juez como para los ciudadanos, a los fines de juzgar -en el plano que sea- sus comportamientos. Es que en última instancia, la motivación de las resoluciones fomenta el debate democrático. Además, la exigencia de motivar contribuye a lograr una concreta igualdad de trato entre todos los ciudadanos, pues al poder conocer el caso resuelto y sus fundamentos, permite utilizar el fallo como un precedente por parte de los jueces o exigir su aplicación por parte de los litigantes”.

A su turno, el procesalista ADOLFO ROCHA CAMPOS, en una antigua nota de doctrina pero que no ha perdido actualidad (“*La posmodernidad jurídica*”) dibujó de un modo muy expresivo -y no exento de una fina ironía- las legítimas expectativas para que se le explique -en especial para el perdidoso en la causa- las razones del decisorio judicial que le provocó su derrota.

Afirma el jurista:

“...en el proceso judicial las partes afirman y prueban y quien prueba tiene fuertes probabilidades de ganar (hay razones de azar procesal que obligan a hacer esta salvedad), pero así como que he dicho que el que prueba puede ganar, también afirmo que la parte que nada probó nunca puede ganar. Y esto de la fundamentación de la sentencia se ve más claro mirando esa exigencia desde el punto de vista del perdidoso en la causa. Quien perdió no aceptará nunca que la sentencia sea un acto de prepotencia del juez. Ni de su intuición extrasensorial. Ni el acatamiento de una orden divina. Ni de su especial percepción de los hechos. Ni de su instinto especial para percibir esencias verdaderas y desechar las falsas. Ni que para convencerlo de la validez de la sentencia el juez

“baile la danza del convencimiento”. Ni que lo amenace con un palo. Ni que ore para que los dioses lo convezan. El señor B, al cual se le ha tocado el bolsillo, querrá razones. Esas razones que usamos todos los días y que se sustentan en los principios de identidad, no contradicción, tercero excluido, razón suficiente, analogía, etc. Cuando el señor B siente afectados sus intereses se refugia en el último bastión del ser humano para debatir civilizadamente. La razón, el instinto de supervivencia y la necesidad de aceptar las pautas sociales hacen renacer la razón de su presunto colapso para que el ciudadano común la use en defensa de su bolsillo. El señor B reacciona así porque ha sido tocado en su bolsillo. Y hemos dado este largo camino para tratar de demostrar cómo el derecho, la más menesterosa de las ciencias sociales (si es que lo es), la víctima más inerme de la “peste posmoderna”, es en realidad, un refugio de racionalidad. No de racionalidad refinada o lujosa. La racionalidad donde un caballo es un caballo. Y si en algún momento se duda de que si un caballo es una vaca, quien da esa resolución (caballo o vaca) deberá dar buenas razones para sostenerla. Porque el derecho está en contacto con la realidad. Porque la realidad, cuando se tocan intereses concretos (sobre todo, económicos), no acepta divagaciones ininteligibles. Porque la racionalidad es el último refugio y baluarte del hombre civilizado. Porque el derecho encara y resuelve problemas concretos. Porque el derecho exige artesanos laboriosos y no universitarios prestidigitadores de ideas para embobar incautos”.

1.4. LA VISIÓN DE ADOLFO ALVARADO VELLOSO

El perfil del juez y la calidad de su decisión son visualizados por ALVARADO VELLOSO y queda expuesto con meridiana claridad al comentar varias normas del Código Modelo. Al pie de distintas páginas desarrolló un completo y exhaustivo análisis aportando razones que difícilmente puedan ser desvirtuadas *sobre los exactos límites y el sentido de la decisión judicial* y que nos parece de toda utilidad reproducir.

En la glosa de la normativa del Código Modelo nos explica ALVARADO¹¹:

11 ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, *Proyecto de Código General Procesal Modelo para la Justicia no penal de Latinoamérica, con notas de correlación normativa y explicación de todas las instituciones legisladas*, disponible en la web, editado por la Academia Virtual de Derecho.

“En razón de que el objeto del proceso es la sentencia, en la cual el juzgador debe normar específicamente (aplicando siempre la ley preexistente o creándola al efecto en caso de inexistencia) el caso justiciable presentado a su decisión parece obvio señalar que debe contar para ello con un *adecuado conocimiento* del litigio a efectos de poder cumplir con su deber de resolverlo. Por cierto, todo litigio parte siempre -y no puede ser de otra manera- de la afirmación de un hecho como acaecido en el plano de la realidad social (por ejemplo: le vendí a Juan una cosa, la entregué y no me fue pagada; Pedro me hurtó algo), hecho al cual el actor (o el acusador penal) encuadra en una norma legal (quien compra una cosa debe abonar su precio). Y, a base de tal encuadramiento, pretende el dictado de una sentencia favorable a su propio interés: que el juzgador condene al comprador a pagar el precio de la cosa vendida o a cumplir una pena” “... Insisto particular y vivamente en esto: no hay litigio (civil o penal) *sin hechos afirmados que le sirvan de sustento*. De tal forma, el juzgador debe actuar en forma idéntica a lo que hace un historiador cualquiera para cumplir su actividad: colocado en el presente debe analizar hechos *que se dicen cumplidos en el pasado*. Pero de aquí en más, las tareas de juzgador e historiador se diferencian radicalmente: en tanto éste *puede darse por contento con los hechos de cuya existencia se ha convencido* -y, por ello, los muestra y glosa- el juzgador debe encuadrarlos necesariamente en una norma jurídica (creada o a crear) y, a base de tal encuadramiento, ha de normar de modo imperativo para lo futuro, declarando un derecho y, en su caso, condenando a alguien al cumplimiento de una cierta conducta. En otras palabras y para hacer más sencilla la frase: el juzgador analiza en el presente los hechos acaecidos en el pasado y, una vez convencido de ellos, dicta una norma jurídica individualizada que regirá en el futuro para todas las partes en el litigio, sus sucesores y sustitutos procesales”.

Ese juez es un funcionario al que, a la hora de decidir, se le imponen *metas racionales*. Por eso nuestro maestro se pregunta:

“¿Cómo puede implementarse un sistema judicial en el cual se imponga al juez actuante el deber de buscar la verdad real? (Y concluye que) ... el fin de la decisión es más modesto: declarar la certeza de las relaciones jurídicas conflictivas otorgando un adecuado derecho de de-

fensa a todos los interesados y resguardando la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional para, así, hacer plenamente efectiva la tutela legal de todos los derechos y lograr el mantenimiento de la paz social en tanto que la gente no haga justicia por mano propia. Y es un juez qué -a la hora de decidir- debe quedar sujeto a moldes o patrones muy rigurosos”.

“Para ello, el contenido intrínseco de toda sentencia debe responder a cánones lógicos más o menos uniformes establecidos generalmente en las constituciones y en las leyes de procedimiento, que enseñan cómo debe ser cumplida por el juzgador la tarea de juzgar un caso concreto. En otras palabras e insistentemente: estos requisitos no se vinculan con el *acta* en la cual consta la sentencia sino con el *acto mismo de sentenciar*, del cual se muestran como una suerte de modelo patrón para ser repetido *ad infinitum* por los jueces. La regulación de estos requisitos es necesaria para lograr un funcionamiento lo más objetivo posible del servicio judicial. Aquí se trata de establecer un patrón que prive sobre el puro subjetivismo de los jueces... a fin de posibilitar el control por sus respectivos superiores de lo actuado en cada sentencia...”.

Su mirada establece un preciso marco sobre los deberes funcionales a la hora de decidir exigiendo que se plantee y responda sobre esas cuestiones:

“a) cuáles son las circunstancias fácticas causales de la pretensión que el juzgador debe considerar (y no puede dejar de hacerlo) para emitir la sentencia; b) cuáles son los medios de prueba de los hechos litigiosos que el juzgador debe considerar para poder expedirse acerca de la pretensión deducida o de una defensa que impide estimarla; c) cómo debe subsumir los hechos que considera regularmente probados en la normativa general y abstracta preexistente; d) cuál debe ser la consecuencia de tal subsunción en orden a lo pretendido y resistido en autos; e) cómo debe redactarse la norma concreta e individual; f) cuáles son las menciones totales que debe realizar para que la sentencia definitiva sea tal” ... “luego de despejar estas dudas el juez comienza a argumentar acerca de los hechos alegados y del derecho invocado por las partes como base de sus respectivas pretensiones. Para ello, efectúa consideraciones (son los *considerandos* de toda sentencia) razonadas que, como se verá luego, tienen muy poco de contenido

silogístico. ¿Cuáles son las circunstancias fácticas causales de la pretensión que el juzgador debe considerar (y no puede dejar de hacerlo) para emitir la sentencia? En primer lugar, todos los hechos conducentes a la obtención de la pretensión del actor argüidos en la demanda y los extintivos e impeditivos presentados por el demandado en su contestación para sostener alguna defensa, en cuanto éstos sean pertinentes para desestimar la pretensión del actor. Además, la consideración debe incluir también a los hechos nuevos incorporados regularmente al proceso en tanto hayan sido oportuna y adecuadamente bilateralizados. Y ningún hecho que encuadre en las categorías recién señaladas puede escapar a la necesaria consideración del juzgador, pues tal carencia puede generar el vicio de incongruencia en su sentencia y, con ello, su invalidez. Pero atención: los hechos que nunca puede considerar ni tener en cuenta el juez son los que emanan de su propio conocimiento personal, los que surgen de elementos de prueba producidos oficiosamente ni los que emanan de cualquier medio de prueba que no haya ingresado regularmente al proceso con plena bilateralidad y control de su producción (se denomina prueba *ilícita*).

¿Cuáles son los medios de prueba de los hechos litigiosos que el juzgador debe considerar para poder expedirse acerca de la pretensión deducida o de una defensa que impide estimarla? Son todos los medios procedentes, cuya producción ha sido *regularmente* incorporada a los autos (con lo cual se descartan los medios improcedentes declarados razonadamente como tales) y los que aparentemente lucen como impertinentes o inconducentes deben ser igualmente considerados y, llegado el caso, dejados fundadamente de lado por el juzgador”.

Y ALVARADO remarca que:

“...no es que el juez no deba tenerlos en cuenta: al contrario, lo hará y rechazará por inconducente a aquél que así le parezca, pero argumentando al respecto. Es evidente la importancia de rechazarlo diciendo expresamente por qué se lo hace, en vez de utilizar el simple recurso de ignorar un hecho cualquiera, pues sólo así se posibilita el adecuado examen de control por el perdedor respecto de la sentencia que lo agravia.

En esto no coincide la jurisprudencia mayoritaria que se ha formado sobre el tema en la Argentina a partir de conceder las leyes procesales omnímodas e inconstitucionales facultades inquisitoriales a los

jueces, a raíz de lo cual el sistema vigente tolera que se dejen sin considerar medios probatorios regularmente allegados por las partes al proceso, so capa de que sería una tarea ingente el considerar circunstancias que no se requieren para formar la convicción necesaria para sentenciar (téngase en cuenta que esta referencia a formar convicción en el juez es un sofisma del sistema inquisitivo).

Y esto debe ser dejado de lado para no caer en incoherencias sistémicas ya que: 1) en lo penal, rige el constitucional estado de inocencia. Por tanto, ninguna convicción debe procurar el juez ya que, si tiene dudas, debe absolver. Y punto; 2) igual ocurre en lo civil dónde la discusión se maneja con reglas probatorias precisas que imponen a alguna de las partes el llamado *onus probandi*. De tal manera que, con o sin convicción, si quien debió probar no lo hizo, perderá el pleito...”.

Volviendo a nuestras reflexiones: la simpleza y racionalidad del pensamiento de ALVARADO siempre provoca conmoción. Si los juzgadores siguieren sus premisas quedaría disipada la angustia que siempre porta el perdidoso ante sentencias que no se encuentran debidamente fundadas.

Por la conjunción de lo que se lleva dicho, se entiende por qué la corriente garantista exige a los jueces una respuesta motivada, racional y explícita, dando cuenta (*justificando*) sobre la razón de sus fallos. Siendo exacto que el proceso es un método para arribar a una meta, ésta refleja en buenas cuentas un acto de autoridad y jamás debe perderse de vista que unos pocos sujetos gozan en las sociedades modernas del fenomenal poder de decidir la suerte de los derechos que están en juego y que, en algunos casos, compromete los bienes materiales a inmateriales más preciados para los justiciables.

2. APORTES DESDE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA A LA DECISIÓN JUDICIAL

Desde la teoría de la argumentación se nos brinda otro marco que plantea exigencias doctrinarias y hasta iusfilosóficas pero que apuntan en la misma dirección: la justificación plena de las razones que llevaron al juez a decidir como lo hizo. Quien ha percibido con claridad meridiana la hondura de las cuestiones que están en juego cuando el juez falla el conflicto que tiene en sus manos. es el iusfilósofo JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO. El jurista español visualizó, por lo pronto, un dato harto preocupante: que parte de los epistemólogos se pusieron al servicio y suministraron herramientas funcionales a una *justicia antidemocrática*.

En primer lugar, GARCÍA AMADO deja en claro las diferencias entre el *iuspositivismo* y el *iusmoralismo* porque, en su entendimiento y según nos enrolemos en alguna de estas dos tendencias, nuestra postura sobre la decisión judicial será radicalmente diferente.

El *iuspositivismo* ratifica una idea originaria de HANS KELSEN: la de separar el derecho de la moral como sistemas normativos diferentes y conceptualmente independientes y no situar a ninguno por encima del otro, en términos ontológicos. En cambio, el *iusmoralismo* hace dos operaciones interrelacionadas e inescindiblemente ligadas: niega la separación conceptual entre derecho y moral en tanto que, si bien son sistemas normativos conceptualmente independientes, marca la superioridad ontológica del sistema moral sobre los sistemas jurídicos¹².

Y GARCÍA AMADO redondea sus ideas de este modo:

“El iusmoralismo actual concibe los principios como expresión directa de *valores morales objetivos*. Ese principalísimo acoge a un realismo moral no naturalista o fuerte y, en tal sentido, los principios vienen a jugar ahora el mismo rol funcional que antes desempeñaban las normas de derecho natural: supremas verdades morales que al mismo tiempo

12 GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, *El iusmoralismo y la quimera de los derechos*, Almacén jurídico, publicación en la web, 2016.

son superiores a las *verdades jurídicas*. Tal principalísimo se torna constitucionalista en cuanto afirma que dichos principios morales verdaderos ya no son derecho meramente porque sí, sino que, además, como derecho se muestran porque han sido constitucionalizados. Entonces, el constitucionalismo se hace muy conservador y escasamente democrático. Exactamente igual a como ocurrió en Alemania en los años sesenta del siglo XX. Decir que la esencia de la constitución es *axiológica* y que su núcleo más auténtico está en una serie abierta o no finita de principios o valores objetivos de naturaleza moral, sirve para que la doctrina y la judicatura puedan mantener a raya al legislador democrático, a base de anular por contraria a los grandes principios toda reforma legal que amenace la conservación del sistema, el orden establecido, los privilegios de determinados grupos sociales. Lo peculiar de los últimos tiempos es que tal principalísimo poco democrático, elitista, algo autoritario y bastante conservador en sus propósitos, se hace pasar por progresista, sobre todo a base de unas pocas sentencias que son ejercicio de lo que podríamos llamar *jurisprudencia simbólica*: algunos tribunales constitucionales declaran algunas libertades bastante irrelevantes (como la de la dosis personal de drogas blandas) con base en principios como el del libre desarrollo de la personalidad, al mismo tiempo que férreamente velan porque se mantengan incólumes los privilegios y las prebendas de algunos grupos, privilegios y prebendas que habría que declarar patentemente inconstitucionales, pero que quedan a buen recaudo en manos de esos jueces tan enamorados de los valores constitucionales y la justicia objetiva”.

Las investigaciones de GARCÍA AMADO sobre la teoría de la decisión judicial están volcadas en una multiplicidad de obras y también gozan de la debida difusión producto de sus múltiples conferencias brindadas en Europa y América¹³. Mencionamos este dato por cuanto los límites que nos impone la labor asumida nos impide abordar con la profundidad deseada alguna de sus tesis centrales. Sin embargo, la fertilidad de sus ideas generó un *fuerte espaldarazo* a la corriente garantista y apelaremos -una y otra vez- a sus saberes ya que sin su auxilio la visión procesal sobre la decisión judicial quedaría notoriamente empobrecida.

13 De sus obras: *Decidir y argumentar sobre derechos*, Tirant Lo Blanch, México, 2017. *Razonamiento jurídico y argumentación, Nociones introductorias*, Zela, Perú, 2017. Interpretación y argumentación jurídica, *Interpretación y argumentación jurídica*, Tirant Lo Blanch, México, 2017, entre otras.

Para cerrar en este tramo: tenemos presente la magnitud del problema que encierra la discrecionalidad judicial a la hora de decidir, pero es esencial que comprendamos que se trata de otra faceta de la postura que se tiene sobre *los atributos que le otorguemos al poder* (en este caso al jurisdiccional). Desde la postura garantista -a riesgo de ser reiterativos- esa visión será limitadora de su ejercicio. El activismo judicial, en cambio, apoya su mirada en teorías que validan el accionar de una judicatura cada vez más desapegada de los mandatos legales y que también está conectada con las teorías iusmoralistas que antes mencionamos.

3. SUMANDO ARGUMENTOS QUE SOSTIENEN LA VISIÓN GARANTISTA SOBRE LA DECISIÓN JUDICIAL

De un modo racional y sistémico, GARCÍA AMADO destruyó mitos y creó teorías sólidas que nos colocan en la senda correcta por la que debemos transitar. En su entendimiento, el juez no cumple (solo) con la función de encajar los hechos de la causa en una norma jurídica; en todo caso lo hará -y esto es casi una hipótesis de gabinete- si existe una meridiana claridad en los extremos fácticos y del predicado jurídico que le corresponde aplicar.

Pero esto se presenta en casos de fácil solución y bien sabemos que ellos *no conforman la mayoría de las cuestiones litigiosas*. En el otro extremo están los casos difíciles y, en un punto medio, la inmensa mayoría de litigios que también requieren del juez la fijación de los hechos, la interpretación de normas jurídicas y el modo de arribar a una convicción racional de lo decidido.

En los “casos difíciles” que se presentan a menudo ante el juzgador, éste no puede solucionarlos apelando a la subsunción, al encastre de los hechos en normas indubitables, debe valorar y, por tanto, utilizar cuotas racionales de *discrecionalidad* para hacerlo. Si *ponderar* se entendiere como sinónimo de *valorar*, sería innegable que esta actividad es imanente a la función jurisdiccional, pero si ponderar supone aplicar un método en virtud del cual el juez llegará inexorablemente a la solución correcta y única para el caso concreto, se advierte que esto solo configura una simple expresión de deseos. Sencillamente, no existe tal mecanismo que lleve a la perfección de las decisiones judiciales; pero sostener esta fantasía provoca graves perjuicios colaterales a los justiciables. Así que la tercera opción para resolver los casos difíciles no pasa por subsumir ni por ponderar. Tampoco se encuentra la solución apelando a un orden de valores morales y objetivos al que el juzgador pueda echar a mano.

A su vez, la tesis garantista de FERRAJOLI aporta reflexiones sobre la necesaria *discrecionalidad* que anida en toda decisión judicial y que el iuspositivismo moderno reconoce expresamente:

“En la actividad judicial existen espacios de poder específicos y en parte insuprimibles, y es tarea del análisis filosófico distinguir y explicar

para permitir su reducción y control [...] hecho de que en el entrelazamiento de «saber» y poder en el que he identificado la actividad jurisdiccional siempre hay márgenes de discrecionalidad potestativa más o menos amplios, pero irreducibles más allá de ciertos límites. Estos márgenes, en la medida en que resultan artificialmente excluidos por normas jurídicas -a través de ficciones o presunciones- en la práctica son rellenados por vía de autoridad mediante «verdades sustanciales, remitidas a la decisión discrecional del juez. Y pueden extenderse hasta el punto (pero en tal caso no son en absoluto «irreducibles») de excluir del todo el carácter cognoscitivo de la motivación judicial y, por ello, las condiciones de uso, en el proceso, de la palabra «verdad». La tarea principal de la epistemología penal garantista es la de elucidar las condiciones que permiten restringir lo más posible estos márgenes y, por tanto, basar el juicio (en decisiones) sobre la verdad procesal en lugar de (en decisiones) sobre valores de otro tipo”¹⁴.

Si reconocemos que el derecho es imperfecto y que los hechos que deben confirmarse en un proceso no resultan claros, ello no supone que los obstáculos no puedan ser salvados razonablemente. El criterio de moralidad es del todo estéril a esos fines, ya que tanto jueces como litigantes se rigen en una sociedad plural por su propia y diversa moralidad, pero comparten, eso sí, el mismo derecho positivo y vigente que impera para todos.

Cuando el juez decide no se transforma en el portavoz de los legisladores (eso valía para el modelo de juez decimonónico) ni cuenta con una báscula para pesar y medir hechos y normas jurídicas (según las tesis de la ponderación) sino que elige de un modo mucho más modesto una decisión entre las alternativas posibles que le son permitidas, respetando el *principio de legalidad*.

En un estado constitucional, democrático y plural de derecho se reconoce al juzgador el manejo de cierta *discrecionalidad judicial* que, en muchos casos, está prevista en la propia normativa sustancial y en otros se vincula con la determinación de los hechos de la causa. -

El modelo de la discrecionalidad judicial supone que en ese juego de la interpretación, el sentido y la función de la norma o de los hechos deben regirse según los parámetros de la ley. A riesgo de reiterarnos, se acepta una necesaria valoración subjetiva del juzgador en el contexto de un proceso donde las

14 FERRAJOLI, LUIGI, *Ob. Cit.*, p. 68.

partes presentan tesis contrapuestas y aportan medios probatorios diversos para sostenerlas. El método que compartimos y que dota de racionalidad a la interpretación judicial se afina en que el juez:

“puede y debe valerse de ciertos métodos para esa labor de decisión interpretativa y, sobre todo, para fundamentarla. Los métodos o cánones de interpretación son pautas de elección para guiar a esa elección y consiguiente fundamentación. Los métodos interpretativos funcionan como argumentos justificantes de la interpretación elegida”¹⁵.

En los sistemas jurídicos modernos la *discrecionalidad judicial* se asume como una libertad irrenunciable para el juzgador, quien goza de cierta autonomía jurídica para encaminar en un sentido u otro la dirección de su fallo. Así que el juzgador siempre valora, no aplica ninguna norma, no afirma ningún hecho como acreditado sin antes *valorar*. Pero esta valoración judicial se hace bajo la idea de una acotada *discrecionalidad* en la elección de las normas jurídicas (no por fuera sino dentro de ellas). Y lo mismo vale a la hora de *fijar los hechos* o tenerlos por probados en una causa judicial.

La función *discrecional* del juzgador presupone que contará con los márgenes necesarios y considerables para ejercerla. Un ejemplo de discrecionalidad “de derecho” es cuando el juez penal puede elegir la pena entre un máximo y un mínimo previsto por la ley para el hecho punible debidamente acreditado. También se manifiesta cuando se le impone al juez civil estimar, por caso, la cuantía reparatoria del daño moral o cuando, ante un vacío legal, el juez civil debe aplicar la analogía porque “*no puede dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes*”.

También los jueces cuentan con un margen de discrecionalidad judicial sobre los enunciados de “*los hechos*” que se origina en la vaguedad o ambigüedad del lenguaje legal, lagunas (normativas, no axiológicas) e inconsistencias del sistema jurídico. El espacio de valoración dependerá de la incertidumbre jurídica que presente el caso litigioso, de cómo se valoran los medios de pruebas, de cómo se interpretan las normas sustanciales o procesales que permiten las alternativas jurídicas posibles. Es decir, el juzgador procesa y resuelve sin otro criterio que el norte jurídico y fallando siempre *secundum* y no *contra legem*¹⁶.

La atribución de la discrecionalidad judicial gira sobre las interpretaciones po-

15 GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, *Ob. Cit.*, p. 146.

16 GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, *Ob. Cit.*, p. 145.

sibles, pero el límite absoluto es el de *no interpretar lo imposible*. No cabe hacerle decir a la norma lo que ningún sujeto razonable le haría decir. Para sostener valores democráticos se parte de la idea de que las leyes deben tener vigencia y que, en principio, han sido sancionadas conforme el orden constitucional y convencional positivo.

Los diferentes argumentos interpretativos que la cultura jurídica utiliza son variados: el argumento *literal*, *voluntario del legislador*, *teleológico*, *argumento a contrario*, *sistemático*, *topográfico* o *de reducción al absurdo* y sus variantes.

Así, en la práctica de la argumentación jurídica y de la decisión judicial debe tenerse como punto de partida el de que toda afirmación de contenido no evidente que sea relevante a la decisión judicial debe estar justificada y argumentada hasta el límite de lo razonablemente posible. El juez debe dar *razones de sus razones* (si se nos permite el juego de palabras). Demostrar por qué lo sabe, cómo le consta y cómo y por qué vincula lo que sabe al caso concreto. Si apela a un argumento volitivo o de interpretación subjetiva (el de la voluntad del legislador) debe dar causas históricas y fundadas de cómo llegó a esa conclusión. Todo argumento que apele a la voluntad del legislador tiene que estar basado en registros históricos a riesgo de que se le impute una interpretación subjetiva de esa voluntad.

Vale la pena insistir en que los jueces deciden en un contexto de incertidumbre, inclinándose por la solución que les sea más razonable dentro de unos márgenes o límites sustantivos, materiales y procesales, pero ese es su límite. Por eso, GARCÍA AMADO exhorta a que se enseñe el derecho del modo más recto, honesto y a que se concientice a los jueces a tener un manejo prudencial de la natural discrecionalidad de la que deben servirse.

Por su parte, los abogados y fiscales bien harían en entender que ellos contribuyen -decididamente- a la decisión final del caso, aportando cada uno sus argumentos para ilustrar lo mejor posible al juez sobre las alternativas, razones, plataformas empíricas y jurídicas que utilizan para sostener sus hipótesis.

Dicho en otros términos, el ejercicio de la discrecionalidad judicial supone necesariamente una *justificación interna y externa* de las decisiones, porque esos deberes son parte de la responsabilidad inherente a la función jurisdiccional y lo que se decida debe ostentar una motivación argumentada que no suponga un acto de pura autoridad (o emotividad) y que, por el contrario, evidencie su imparcialidad y objetividad.

A los justiciables se les impone la carga de dar razones de sus pedimentos y, como contrapartida, tienen el derecho de esperar que los jueces cumplan con el deber de fallar en un tiempo razonable y de que se les respete el derecho -amparado constitucionalmente- de conocer las razones de cómo y por qué formó su convicción.

3.1 ALGO MÁS SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DE LA DECISIÓN JUDICIAL

Nos interesa distinguir que todo razonamiento encierra un pensamiento pero no todo pensamiento supone concretar un razonamiento. La lógica es la ciencia que controla la validez y corrección del razonamiento en el encadenamiento de sus proposiciones (o enunciados) lógicamente estructurados¹⁷. Por su parte, la argumentación es un tipo de razonamiento tendencioso (en el buen sentido) porque el encadenamiento de sus proposiciones tiende arribar una conclusión en la dirección que se perfilan esas argumentaciones.

Expresábamos que la decisión judicial se valida si porta una justificación, en primer lugar, *interna*, y sólo alcanzará ese logro si la conclusión deriva de sus premisas (o proposiciones) mediante las cuatro posibles inferencias lógicas: *deducción*, *inducción*, *abducción* y *analogía*. También lucirá justificada si la conclusión argumentativa surge de una proposición que deriva de otras proposiciones que son afirmadas (o supuestas) denominadas *premisas*, que son esenciales para encadenar el razonamiento.

A su vez, la decisión judicial debe contar con una *justificación externa* que dependerá de la corrección de las premisas que integran el argumento. Así los *enunciados fácticos* y *jurídicos* serán válidos si se fundamentan en la fijación de los hechos formalizada racionalmente y presidida por el objetivismo crítico que es exigido por GONZALEZ LAGIER y, con relación al derecho aplicable, debe observar una adecuada correlación y respeto con normas anteriores y superiores que se escalonan y fijan su jerarquía dentro del orden jurídico.

En cuanto a los *enunciados fácticos*, sus afirmaciones descriptivas se validarán por los métodos aceptados que son similares en las distintas ciencias empíricas. Éstas tienen en común que las premisas se conectan con la realidad. Así acontece en la física, en la medicina, en la psicología, la biología, etc. Pero este contexto empírico trasladado al ámbito jurídico debe ser analizado y comparado, por caso, con las *máximas de la experiencia* de las que se valdrá el juz-

17 COPI, IRVING M. y COHEN, CARL, *Introducción a la lógica*, Limusa, México, 2007, p. 18.

gador, *las presunciones legales y hominis*; en suma, apelar a un razonamiento probatorio que determine válidamente las verificaciones efectuadas.

Finalmente, existe una conexión entre la validez o invalidez del argumento y la verdad o falsedad de las premisas y su conclusión. Un argumento puede formarse a partir de proposiciones falsas y, sin embargo, puede ser lógicamente válido¹⁸. O, por el contrario, las premisas pueden ser verdaderas pero la conclusión argumental inválida, y por tanto, jurídicamente ineficaz por ausencia de justificación lógica-racional.

Dentro de las posibles inferencias lógicas el juzgador puede apelar a un método *deductivo* que comienza a partir de un saber general para concluir con un saber particular. Existe una relación de implicación necesaria entre la premisa mayor y la menor y, por tanto, la concluida será apodíctica y verdadera si las premisas son verdaderas. En supuestos de *lagunas legales* se infiere por *analogía* que complementa ese vacío aplicando una norma que evoca rasgos semejantes al caso en el que se aplica por una singularidad jurídica parecida, seleccionando referencias similares. Es un proceso lógico que parte de un *todo conocido a un todo desconocido*.

En el argumento *inductivo* la operación lógica pasa por una universalización, comenzando de un saber particular a otro general (de una parte conocida a un todo desconocido). La conclusión inductiva asevera una proposición que no está necesariamente implicada en las premisas, es decir, va más allá de lo conocido. Aunque las premisas sean verdaderas, la verdad de la conclusión inductiva es sólo probable. Si bien no es factible determinar de manera formal la verdad sí es posible determinar su falsedad.

Por último, la inferencia *abductiva* (o *inferencia de hipótesis*) tiene una función heurística de conjetura, de indagación y de búsqueda que comienza con un rasgo conocido, como los indicios (serios, graves, precisos y concordantes) para llegar a una totalidad desconocida que actúa como hipótesis en el argumento judicial. Cuando, por ejemplo, un juez abduce que la muerte de la víctima fue por un acto homicida, las evidencias de las que se vale pasan por los rastros de sangre, el hallazgo del arma homicida, la posición del cadáver de la víctima como rasgos suficientes (pero no necesarios) para concluir como probable la hipótesis de la existencia del delito de homicidio y la posible comisión de ese hecho punible por el imputado.

18 COPI, IRVING M. y COHEN, CARL, *Ob. Cit.*, p. 75.

3.2. LAS MÁXIMAS DE EXPERIENCIAS DEL JUZGADOR

Un tema también relevante abordado por GARCÍA AMADO tiene que ver con las *máximas de la experiencia*. Son los razonamientos que derivan de conclusiones generales por el ejercicio lógico inductivo (incluso abductivo o analógico, agregamos nosotros). El juez completará invariablemente con un *plus de información propia* que resulta individualizada por el derecho como *máximas de experiencias*.

Las máximas de experiencias son enunciados fácticos, de los que se predica que acontecen *normalmente* “según el curso normal, habitual y esperable de las cosas”. Forman una base de suposiciones derivadas del sentido común conocidos por cualquier individuo sensato (aunque hipotéticamente una excepción no es absolutamente descartable)¹⁹.

De no apelar a esa normalidad o a la ocurrencia ordinaria de las cosas, el juzgador estará *introduciendo un prejuicio*, una creencia sin base inductiva suficiente y respaldatoria o de experiencia bastante, que “*sea razonable a ojos de un observador medio*”²⁰.

También es relevante que el juez acuda a la categoría de *hecho evidente, necesario o inexorable*. Ejemplificando: “*el sol sale por el este*” para liberar de prueba a la parte que lo invoca. Pero sí podría razonar que, según *el curso normal de las cosas*, “si una persona le asesta a otra cien puñaladas en tres minutos y con cuchillo de medianas dimensiones, es que quería matarla”²¹. Y sería razonable y válida esa conclusión (como normal o probable) aunque exista excepcionalmente un caso en el que la intención de matar no se desprenda de esos apuñalamientos.

Esas máximas de experiencias -ese plus de información- introducidas por el juzgador tienen la virtualidad jurídica de actuar como una presunción legal (*iuris tantum*) pero admite ser refutada porque asume el carácter de *presunción hominis*. El litigante cuenta con la posibilidad de demostrar, cuando frente a él se hace valer este tipo de razonamiento judicial, que no hay base para tal hipótesis general o que en el caso hay una *excepción razonable* al postulado de regularidad que está implicado en la máxima.

19 GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, *Ob. Cit.*, p. 79.

20 *Ib.*, p. 81.

21 *Ib.*, p. 79.

Así las máximas de experiencias, lo iteramos, asumen un papel similar a la presunción legal *iuris tantum*, en la que la calificación jurídica no deriva en sí de los hechos directos pero sí para hacer prevalecer ciertas apariencias jurídicas institucionalizadas por el legislador. Y las máximas de la experiencia no son la calificación jurídica sino que, de un cúmulo de hechos conocidos (indirectos), se deriva otro desconocido (el hecho principal) que por sentido común se infiere como posible (aunque no necesariamente).

4. EL JUZGADOR, LOS SISTEMA NORMATIVOS SUSTANCIALES Y EL MARGEN DE DISCRECIONALIDAD

Concedemos a favor de los jueces que el legislador no es omnisciente y que está fuera de su alcance prever todas las combinaciones posibles, las propiedades, matices y fenómenos que encierran los casos justiciables. Los sistemas jurídicos no se presentan como un todo unívoco, coherente, completo y auto-suficiente, por tanto, no son capaces de suministrar una plenitud de soluciones legales al juzgador.

El juez debe conocer los enunciados sobre los hechos y reconocer el derecho que va a aplicar. En esa faena se le impone a la jurisdicción que se sirva de un método de interpretación para completar o colmar los vacíos legales y darle sentido a los enunciados de los hechos fácticos y jurídicos que examina. Los teóricos de la argumentación están de acuerdo en que estas dificultades se agudizan en los denominados *casos difíciles* y que en estos supuestos se necesita de la interpretación judicial para desentrañarlos. El problema se agrava porque al interpretar los hechos y manejar las alternativas jurídicas posibles, deberían extremar su celo funcional para emitir sus decisiones dentro de *la legalidad* y valiéndose del *uso pensante de la discrecionalidad*.

GARCÍA AMADO, como todo iuspositivista moderno, reconoce, como lo llevamos visto, la existencia de la *discrecionalidad judicial* y postula que en la medida en que pueda ser acotada no supone un demérito por sí misma:

“La tesis positivista de la discrecionalidad judicial viene a decir, en esencia, que siempre o casi siempre tiene el juez algún margen de elección al resolver los casos que se le someten mediante la aplicación de las normas llamadas de derecho positivo. Y ello es inexorablemente así, según el positivismo jurídico, porque toda una serie de operaciones imprescindibles, como parte del razonamiento judicial sobre los hechos y sobre el derecho que se les aplica, tiene carácter valorativo. Tal ocurre con el juicio sobre la relevancia de los elementos fácticos del caso y su prueba, cuando la prueba se discute; con la interpretación de los términos en que la norma se expresa; cuando son varios los significados o sentidos posibles que a la norma cabe dar

para el caso, sea porque hay ambigüedad o algún grado de vaguedad en dichos términos y expresiones legales; cuando se resuelven antinomias de segundo grado o cuando se colman lagunas”²².

Desde otro ángulo, al juzgador se le exige que valore; pero parece claro que no tiene al alcance de su mano un método o parámetro objetivo que le permita *pesar y medir* -si se nos permite la expresión- para escoger de un modo fehaciente la salida más idónea entre las alternativas posibles que le toca manejar. Aceptando que no cuenta con las herramientas suficientes para eliminar su duda jurídica sobre la norma aplicar o el modo de aproximarse a la veracidad de las afirmaciones de los hechos formuladas por las partes, nos toca prevenir que esta ausencia de baremos objetivos no excusa que aparezcan en escena sus *preferencias subjetivas* o *valoraciones personales*.

En esa instancia, nos enseña la tesis argumentativa de la *razón práctica*, donde la alternativa pasa por determinar si entre esas valoraciones puede distinguirse cuál es la objetivamente más adecuada o si sólo caben *opiniones subjetivas*. En el derecho (como en la ética y la política) existe una razón práctica, a la que será necesario acudir cuando deba elegirse entre alternativas de conductas posibles en condiciones de *incertidumbre*²³.

Entre la multiplicidad de criterios que pueden emplearse para tomar una resolución judicial, hay uno que se distingue de todos los demás: apelar a la *razón*. De hecho, no es posible definir la razón ni dar criterios explícitos que determinen qué fallos son racionales y cuáles no. Simplemente, cuando el juez tiene en cuenta toda la información de que dispone tratará de tomar la decisión que mejor *encaje* con esos datos, brindando racionalidad a la misma.

Se ha sostenido que los juristas -y esto vale también para los jueces- no deben limitarse a la descripción del derecho positivo y declararlo en el caso concreto. Deben proponer soluciones, sobre todo para los casos difíciles en los que queda más en evidencia que no existe una única respuesta correcta. En consecuencia, se postula que el razonamiento jurídico ocupa un lugar principal que no se restringe solamente a una cuestión de aplicación de normas ya que debe dirigirse a discernir la *mejor solución posible*. A ese fin, debería desplegarse en tres aspectos que van más allá de los enunciados normativos: la validez lógica de los argumentos, la capacidad persuasiva y la plausibilidad material de la

22 GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, *Discrecionalidad judicial*, sitio web: el almacén jurídico.

23 *Ib.*, p. 99.

argumentación. Dicho en otros términos: fundar la decisión contenida en una sentencia judicial supone abarcar otras razones más allá de las que estrictamente se dirijan a la justificación formal y material de la argumentación y sus premisas (“*buenas razones*”, para emplear la terminología del connotado ius-filósofo MANUEL ATIENZA) y abarcar ciertos aspectos que campean en el plano psicológico y en el proceso de la toma de decisiones.

De otro lado, los epistemólogos pretendieron salir de los estados de incertidumbre que invaden a los jueces a la hora de resolver apelando a la *investigación*²⁴. Por ese camino, y en lo que nos interesa, sería válido recurrir a ciertos métodos estableciendo reglas que guíen al juez acerca de lo que debe hacer cuando hay diversas alternativas para llegar a una correcta solución del caso.

Hasta la fecha, esos métodos han resultado en cierta medida infructuosos; pero encierran valores epistémicos que los procesalistas deberíamos computar y hacernos cargo de que el objeto problematizado involucrado en el razonamiento judicial, la valoración probatoria y la posterior decisión *requieren de otros saberes para arribar a diagnósticos serios y sustentables*.

Resulta relevante examinar la evolución histórica de cómo se fijaron las premisas fácticas y la aplicación del derecho por parte de los jueces en el pasado. Ese recorrido retrospectivo nos permitirá extraer valiosas conclusiones que se adicionan a las que ya llevamos formuladas. Así pudimos comprobar que luego de la irrupción del Iluminismo surgieron diversas corrientes metodológicas sobre el modo y la forma en que los jueces debían resolver las contiendas jurídicas.

Antes de esa etapa reinaba una enorme inorganicidad e imprecisión, producto -entre otros factores- de un tejido normativo en el que muchas de esas reglas *eran de origen consuetudinario*. Así, quienes decidían los conflictos carecían de parámetros fijos sobre los que apoyarse y, a su vez, el poder jurisdiccional no asumía la autonomía de la que hoy goza.

En este contexto, la codificación sustantiva y los primeros ensayos sobre ella marcaron un punto de inflexión. Desde el siglo XIX y la primera parte del siguiente, en el sistema jurídico continental europeo (integrado por Francia, Alemania, Italia, España, entre otros países y en la mayor parte de Latinoamérica) surgió una corriente metodológica que impuso un paradigma *positivista decimonónico* y que visualizaba al Derecho como un sistema completo y se remitía

24 PEIRCE, CHARLES SANDERS: habla de la irritación que provoca la duda, la incertidumbre mueve a “una lucha para llegar a una situación de creencia. Llamaré *investigación* a esa lucha”.

a los jueces a ser la *boca de la ley*, como lo expresara MONTESQUIEU:

“...los jueces de la nación no son, según sabemos, sino la boca por donde habla la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor”²⁵.

Fue una corriente teñida de un extremo formalismo jurídico y en su seno se conjugaron expresiones integradas por la *escuela exegetica* instalada en Francia y la *histórica* impulsada por SAVIGNY y las primeras ideas de IHERING, complementada por la *Jurisprudencia de Conceptos* surgida en Alemania.

Esas posturas entendían al derecho positivo como un fenómeno creado por el legislador bajo las formas y procedimientos legales que rozaban casi la *perfección*. La mirada positivista concebía a los códigos como una suerte de encarnación de la razón pura, profesando un culto a la letra de la ley. Se asumía que el orden jurídico era coherente (sin contradicciones), completo (sin lagunas), perfecto y que portaba, además, claridad precisión y univocidad normativa (sin vaguedades ni ambigüedades).

A partir de estos razonamientos (ficciones, por cierto), se entendió que el juzgador tenía a su disposición la decisión correcta del caso concreto apelando a un simple silogismo de subsunción (o de *encastre*, como le gusta decir a GARCÍA AMADO). Sólo le bastaba al juez aplicar un razonamiento deductivo e hilar dos premisas para arribar a una conclusión infalible. La premisa mayor contenía la norma aplicable, la premisa menor captaba los hechos litigiosos y la conclusión subsumía, por derivación, la hipótesis legal al caso concreto.

Se partía de una aplicación del derecho de modo mecánico. Por cierto que ese razonamiento encerraba varias falacias. En la realidad, es imposible lograr ese *automatismo razonador* y tampoco es correcto conceder a las prescripciones sustantivas la condición de *perfectas*. Hoy vemos, con toda claridad, que el manejo de las *premisas* -tanto de hechos como de normas- de las que se vale el juzgador no implicaba un razonamiento puramente mecánico. Su escogencia y las inferencias exigían siempre una labor creativa de su parte²⁶.

El paradigma mítico que idealizó a un legislador racional y perfecto se forjó sobre la base de una *confianza acrítica* en su infalibilidad y omnisciencia por

25 MONTESQUIEU, CHARLES LOUIS SECONDAT, *Del espíritu de las leyes*, Losada, Buenos Aires, 2007, Libro XI, VI, p. 237.

26 NINO, CARLOS, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 93.

representar la voluntad general del pueblo (*volonté générale*). El mito del legislador racional²⁷ devino de la ingenua creencia sobre la capacidad de los hacedores de las normas para percibir y prescribir legislativamente todas las soluciones jurídicas. Se tomó partida por la idealización del sistema normativo y de profesar la fe en el derecho perfecto, producto de un legislador infalible. Bien mirado, se reflataron ideas propias de un “iusnaturalismo” teológico medieval que predicaba de Dios ser el autor de la ley eterna, el creador de la ley natural, un ser omnisciente y omnipotente. Esas irreales cualidades resultaron aplicadas al legislador humano, reinstalando el ya mentado mito del legislador racional²⁸.

Este modo de ver al derecho y al papel de la jurisdicción fue desplazado y sustituido por una serie de corrientes de pensamiento; así, tanto la mirada decimonónica como las posteriores aportadas por el *realismo jurídico*, la *jurisprudencia de intereses y de valores* y -en tiempos más recientes- el *iusmoralismo*, trasladaron la fe acrítica depositada en el legislador perfecto a una similar profecía sobre el juez idealizado y empapado de una similar perfección.

Por cierto que el garantismo procesal ha tomado distancia, como se lleva explicado hasta aquí, de toda teoría que suponga posturas metafísicas o atribuir a los jueces cualidades que exceden la naturaleza y aptitudes que como humanos signan nuestras conductas y, en el caso de los jueces, los ubicamos en un contexto racional sobre las posibilidades y límites a la hora de decidir el conflicto que los toca resolver.

Pronto se advierte que cuando la corriente publicista afirma que el sistema dispositivo-adversarial conlleva la negación de la búsqueda de la verdad es porque no comprendió su lógica epistémica, que pasa por exigirle al juzgador que forme su convicción de un modo *externo*, derivado exclusivamente de la gestión probatoria de los parciales que busca confirmar las teorías del caso para que se expida acogiendo una y otra.

MICHELE TARUFFO, quizás por la incompreensión que denunciamos, visualiza peyorativamente a los sistemas adversariales y realiza una confusa invocación de esos formatos y de cómo operan en el *Common Law*. Los considera como un mero mecanismo de resolución de conflictos y hasta un obstáculo *para el acceso a la verdad*. Sostiene que ese esquema no se corresponde ni representa un Estado de derecho y que se inspira en valores fundados en la legitimidad

27 *Ib.*, p. 121.

28 Ídem.

de la victoria del más fuerte. Ubica a este modelo como una suerte de dinámica darwiniana y concluye en que los derechos son *el premio* que se adjudica los vencedores al final de la confrontación, casi como recompensa por haber puesto fin al conflicto (ver sobre el particular sus razonamientos en la obra *La prueba de los hechos*)²⁹.

Sostener que poner fin a la controversia *a como fuere* es la principal misión que asume un proceso adversarial, expresa un concepto cargado de prejuicios y afirmaciones que no se compadecen ni explica el hecho objetivo de que el sistema acusatorio-adversarial que hoy es el paradigma dominante para atender los conflictos penales en el derecho continental latinoamericano apele, precisamente, a la dinámica adversarial que tanto censura. No compartimos en modo alguno la visión negativa sobre el sistema adversarial que alienta TARUFFO ni que éstos fueran los fines que persigue ese modelo. La idea de que un proceso de corte liberal o adversarial genera una suerte de *cultura darwiniana* en donde triunfará siempre *el más fuerte o astuto* no explica cómo -con igualdad de armas procesales, con la valiosa paridad jurídica de que gozan las partes- una de ellas se prevalezca *maliciosamente* sobre la otra, abuse de ella, o sea funcional para incautar al juzgador.

En los procesos adversariales, en rigor en todo proceso en el que se otorga preeminencia a las partes asistidas por su defensa letrada (que debe presumirse competente) éstas dejan de asumir la calidad de minusválidos jurídicos. Los justiciables son portadores de una bien ganada *adultez procesal*, resultan plenamente responsables de sus actos, de sus aciertos y, también, de sus errores.

Entre dos que discuten igualmente el juez debe dirimir -como verdad jurídica- a favor de los enunciados de hecho y sus confirmaciones de aquella hipótesis que considera resulta más sustentable y, salvo que fabulemos que el juzgador es un incauto o un improvisado, el triunfo procesal y la supremacía de las teorías del caso que se exponen no se obtendrá con magias o artimañas jurídicas y sí en un contexto de severidad epistémica.

Todo abogado serio, antes de deducir una demanda o sostener la defensa de su cliente, se impone de los hechos acaecidos y, si aspira a salir victorioso en el respectivo proceso, sabe que debe aportar la información fáctica más precisa, fluida y fehaciente, confirmar sus enunciados con los medios de prueba idóneos, además de formular un encuadre jurídico correcto. Y salvo que sea un

29 TARUFFO, MICHELE, *La Prueba de los Hechos*, Trota, Madrid, 2011.

irresponsable, tiene la certeza de que la balanza se inclinará a favor de quien legal y válidamente haya utilizado sus mejores argumentos para persuadir al juez del porqué debía concederle, fundadamente por cierto, la razón jurídica. De eso se trata.

Lo que el activismo judicial no llega quizás a comprender es que un juzgador que descendió de su verticalidad y pasó a un ejercicio horizontal de su función prohijará que el debate se produzca en un marco de *máxima cognoscitividad* y bajo esa premisa verá con buenos ojos:

- a) que las partes vuelquen información en calidad y cantidad;
- b) prestará conformidad para que asuman sus cargas procesales de un modo secuenciado;
- c) validará que en la demanda y en su contestación se formulen sólo los enunciados fácticos y jurídicos, porque esto enriquecerá sus planteos argumentativos;
- d) entenderá valioso que la impugnación sobre la validez de la relación procesal se plantee de un modo previo;
- e) que las defensas sustanciales que esgrime el demandado para atacar la pretensión se hagan valer al contestar la demanda luego de despejadas esas cuestiones previas;
- f) comprenderá lo beneficioso de que ofrezcan los medios de confirmación de un modo amplio y que éstos deban ofrecerse cuando queden determinados los hechos contradichos o de demostración necesaria y no antes;
- j) además, y por último, convalidará la importancia que merece la valoración de la trama fáctica y probatoria que se le aporta al alegar.

En cuanto a la cuestión jurídica, se regirá por la misma idea: el deber que tiene la judicatura de justificar la escogencia de las normas en las que subsume las premisas fácticas. Mantener el respeto del *principio de legalidad*, someterse a la aplicación de las reglas vigentes en el sistema positivo, remitirse a la aplicación de principios constitucionales o convencionales sólo expresos y positivos y evitar que el encuadre legal no exorbite el principio *iura novit curiæ*, es el cúmulo de deberes que los garantistas le exigimos a los juzgadores.

5. ARGUMENTOS METAFÍSICOS. RELACIÓN PARTE-TODO Y LA IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR

Como se lleva visto, uno de los ejes que sostienen el sistema dispositivo adversarial pasa por conceder a las partes la *disposición* de los enunciados fácticos y atribuirles de un modo exclusivo la *confirmación* de ellos. En los modelos publicistas, por el contrario, se concibe la actividad del juez unida al despacho de pruebas de oficio, exigencia que, en nuestro criterio, impacta y demerita de un modo radical los atributos que hacen a la esencia misma de su función: la *objetividad*, la *imparcialidad* y la *neutralidad* y que quedan afectados, especialmente a la hora de decidir.

Para sustentar que la ajenidad del juez durante el procesar tiene bases muy firmes y que seguramente se reducirá su margen de error al sentenciar si no queda implicado en la contienda hasta el momento de fallar (tesis que viene siendo expuesta a lo largo de la obra), transitaremos por otros campos del conocimiento: la metafísica, la ontología y la lógica, porque tenemos la convicción de que, si se confirman nuestros dichos (en rigor los que sostiene el garantismo procesal), *la teoría de la decisión judicial quedará redefinida como venimos planteándola*, por la suma de argumentos que desde distintos saberes le dan sostén.

Damos por descartado que el tema puede asumir *cierta aridez*; pero de todos modos, debemos correr el riesgo de presentarlo y hacerlo inteligible por todo lo que se lleva dicho. Por lo pronto, partimos de la premisa de que la ciencia procesal se basa en ciertos principios ontológicos por los que debe incursionar a partir de conjeturas metafísicas que la auxilian. Como lo sostiene BUNGE, la existencia de ese trasfondo meta científico facilita crear nuevos marcos conceptuales³⁰.

Comenzando con este tránsito *ontológico*, un ente (*lo que es*) se expresa, por caso, en la persona del litigante o en la del juzgador. Sobre la figura de ellos gravitan preguntas y problemas ontológicos que son generales y abarcadores,

30 BUNGE, MARIO, *Tratado de filosofía. Volumen 3: Ontología I. El mobiliario del mundo*, Gedisa, Barcelona, 2011, p. 35.

es decir, transdisciplinarios³¹, y su adecuada comprensión resulta trascendente por la característica de generalidad, una virtud cardinal que ostenta la ontología ya que, como estudio metafísico de los entes, no parte de supuestos, no se apoya en dogmas y resulta ajena a toda ideología que pudiera teñirla.

A modo de ejemplo, la ontología se pregunta objetivamente: ¿qué existe en la realidad? ¿Cuáles son sus partes? ¿Qué son las características comunes que las unen? ¿Cuáles son las propiedades sustanciales que las distinguen? Esos cuestionarios y sus respuestas son propios de un saber aséptico y pueden utilizarse sin el riesgo de que su empleo pudiera sesgarse, como de ordinario ocurre en los contextos científicos.

Citando de nuevo a BUNGE, ilustra que los *principios ontológicos* auxilian a la investigación científica³² (por eso algunos confusamente los llaman *principios científicos*) y que es un campo propio de la ontología afirmar que el mundo está compuesto por entes; que esos entes se distinguen en sus propiedades y sus cambios; que las formas son propiedades de los entes; que no hay cosas independientes y que se agrupan en sistemas con elementos que las interaccionan; que no existe ningún ente que no sea parte de al menos un sistema; que todos los entes se rigen por leyes (naturales o sociales) y que las leyes son relaciones invariantes entre las propiedades y tan objetivas como sus propiedades³³.

Aplicando estos postulados ónticos al mundo procesal, su estudio nos facilita:

- a) distinguir entre el “ente-juez” y el “ente-litigante”;
- b) diferenciar a cada uno de acuerdo a sus *propiedades o atributos esenciales* (al juez, por su imparcialidad, neutralidad, objetividad y su relación de jerarquía frente a los litigantes), y a los litigantes, por sus atributos sustanciales (sus parcialidades y subjetividades procesales).

A su vez, entre los litigantes se debe también diferenciarlos en función de las propiedades que los distinguen; y una nota sustancial que es propia de la parte actora está configurada por su pretensión inicial esgrimida contra el demandado. A su vez, un carácter sustancial de la parte demandada se expresa en la defensa que ataca la pretensión del actor.

Partiendo de la idea ontológica de que *no hay entes independientes* en un

31 *Ib.*, p. 27.

32 *Ib.*, p. 42 y ss.

33 *Ib.*, p. 44.

proceso judicial, tanto las partes como el juez se interrelacionan y, producto de esa interrelación, forman un ente nuevo *distinto y más complejo* de aquellos que lo integran.

Así se configura el *litigio, su procesamiento y juzgamiento*, que deriva de la sumatoria de las diversas actividades procesales de los sujetos que lo conforman. Ontológicamente, la composición del ente *litigio*, sobre el que finalmente resolverá el juzgador, se conforma por el conjunto de sus partes³⁴.

Se genera así una particular vinculación denominada *relación parte-todo*. El *todo* es una unidad (un ente distinto) que está compuesto por elementos separables y divisibles que son sus *partes*. La *mereología* (*méros*, del griego, *parte*) es una disciplina de la lógica óptica que permite *distinguir las partes y el todo*. Estudia a las partes en sí y las relaciones que mantienen entre ellas y las que construyen el *todo*³⁵.

La teoría *relación parte-todo* se utiliza en varias ciencias por su fertilidad:

a) en la *biología*, cuando se visualiza a los organismos como totalidades integradas por sus partes (órganos o miembros);

b) en las *ciencias políticas y sociales*, la relación del todo (la sociedad) con relación a sus miembros es entendida de la misma forma: como una relación de totalidad (de esa sociedad) respecto de sus partes (los ciudadanos)³⁶;

c) también la relación parte-todo aparece en las *matemáticas*. Cuando un *todo* se divide en sus partes por su cantidad, su superficie, su extensión o su altura. La fracción implica la relación entre un número de partes y el número total de ellas (que forman el *todo*). Los problemas o preguntas que se vinculan con las relaciones parte-todo pueden ser: ¿qué parte es 5 de 20? ¿Qué cosas más pequeñas forman el todo? ¿Cuál es la proporción de cada parte? ¿Qué pasaría si faltare una? ¿Cómo funcionan las partes para hacer del *todo* lo que es?

La aplicación ontológica de la *relación parte-todo* permite trasladarla análogamente a cualquier otra situación, en este caso, a los conceptos que se elaboran desde *la ciencia procesal*. Y puede acotarse aún más el contexto focalizándolo en la confirmación *de los enunciados fácticos que se llevan a cabo en un litigio*.

34 *Ib.*, p. 59.

35 FONTANILLE, JACQUES, *Semiótica y literatura, Ensayos de métodos*, Gredos, Madrid, 1994, p. 45.

36 BUENO, GUSTAVO, *Todo y parte*, Los cuadernos del pensamiento.

Nos preguntamos retóricamente: ¿quiénes desplegaron la actividad probatoria en el litigio que luego el juez valorará en su sentencia? ¿Esa actividad probatoria fue asumida exclusivamente por las partes procesales? ¿Son fungibles las actividades probatorias llevadas por las partes con la del juez, considerando los atributos sustanciales que deben preservar cada uno de ellos?

La aplicación de la teoría *parte-todo* se hace presente, lo reiteramos, al analizar el ente litigio en el contexto de la actividad probatoria. El juzgador será *parte del todo* pero de un modo radicalmente diferente si:

a) *no participó* de la actividad probatoria tendiente a confirmar los enunciados formulados por las partes o;

b) *si concurrió con pruebas oficiosas* a la confirmación de esos enunciados.

En el primer supuesto, es claro que el *todo-litigio* y lo relativo a la prueba de los enunciados puede fragmentarse entre las partes como sujetos diferenciados del juez y del “todo litigio”.

Y en el segundo supuesto, el *todo-litigio* se integra por tres sujetos (las partes y el juez). Es decir: en la primera hipótesis los litigantes exclusivamente se *relacionan al todo* y en la otra alternativa *las partes (junto al juez) son quienes mantienen la relación parte-todo frente al ente-litigio*.

Pues bien, siempre desde una mirada ontológica advertimos que:

a) un *litigio-adversarial* (como *todo*) queda conformado *por actividades probatorias a cargo exclusivo de los litigantes y*;

b) un *litigio-publicista* (como *todo*) está constituido *por el resultado de actividades probatorias consumadas por los litigantes a las que se le suma la del juzgador*.

De estos presupuestos ontológicos podemos arribar a las siguientes conclusiones: existe una radical e insalvable diferencia entre un litigio que debe resolver el juez si su decisión *es el producto exclusivo de la actividad de las partes* en la probanza de los enunciados sobre hechos o bien, si lo que resuelve es la consecuencia de la confirmación de esos enunciados sobre los hechos producto de la *suma de las actividades probatorias de las partes y del propio juez*.

Ahora bien, *el juez no puede ni debe despojarse de los atributos que le son propios: el de imparcialidad y neutralidad a la hora de sentenciar*. Es que, de perder esos atributos, se alteraría la esencia del ente-juez confundiéndose con la de los litigantes.

Si en el tramo confirmatorio del litigio el juez se integró en la *relación parte-todo* no puede asignársele -de ahí en más- *el predicado de objetividad y de neutralidad a la hora de decidir*. Y la pérdida de las notas propias del “ente-juez” deviene inexorable ya que al momento de emitir su sentencia y de poner en juego su razonamiento judicial conllevará una *implicación lógica-subjetiva que compromete radicalmente su alteridad*.

Y apoyando nuestras reflexiones desde otro ángulo, el acto de sentenciar supone la vinculación entre la *premisa menor* (los hechos acreditados del litigio) con la *premisa mayor* (la norma jurídica) para arribar luego a la *conclusión*. *Ahora bien, respecto de la premisa menor le está vedado al juez integrarla con actividad oficiosa* porque al sentenciar asumirá *el deber de expedirse sobre el grado de convicción que le generó esa premisa* (que el coadyuvó a conformar).

La conclusión a la que arribamos en este tramo es la siguiente: cuando se enuncia un postulado científico, por caso, que las pruebas de oficio (que coadyuvan a la fijación de los hechos o del derecho material debatido) *no afectan* los atributos o notas del ente-juez, debe contarse con apoyos epistémicos y meta científicos que le otorguen validez lógica a lo que se postula. Si estos lucen ausentes, el riesgo de provocar que ese juzgador sea *parte del todo* y pierda las cualidades de neutralidad y la objetividad.

6. LA VISIÓN TEÓRICA Y NORMATIVA DEL PUBLICISMO PROCESAL SOBRE LA DECISIÓN JUDICIAL

Nuestra faena intelectual se centró en exponer en detalle el modelo de procesamiento y la forma de juzgamiento que desde la teoría garantista-liberal le brinda el soporte al sistema netamente dispositivo y puramente adversarial.

Cumplido ese compromiso con los lectores queremos, ahora, brindar la visión que ostenta el publicismo y el activismo judicial, en especial sobre la decisión judicial y el modelo de juez sentenciador que alientan para atender los conflictos no penales

Abriendo el análisis, anticipamos que el publicismo y el activismo judicial no se comprometieron en especulaciones epistémicas con la rigurosidad exigida para abordar esta temática. Como ya se lleva anticipado desde el libro primero, esta corriente exhibe una visión mística y pre científica sobre la tarea que le incumbe al juez civil a la hora de resolver la contienda que tiene en sus manos.

Apelan a la emotividad, como bien reflexiona ALVARADO VELLOSO:

“.. no se me escapa que las banderas que levanta el solidarismo (la Justicia, la Verdad, el compromiso del juez con su tiempo, con la sociedad, con el litigante mal defendido por su joven o ignaro novel abogado, etcétera) ganan adeptos rápidamente, pues ¿quién no quiere la Justicia? ¿Quién no quiere la Verdad?”³⁷.

Y sumergidos en ese mundo emocional manejan varios conceptos que buscan enaltecer la figura y las aptitudes del juzgador. El primero de estos cuestionables postulados reposa en la creencia de que los jueces emiten juicios que contienen *verdades relativas*, pero *objetivas*.

La corriente publicista afirma -sin tapujos- que es un deber inalienable de la jurisdicción alcanzar la *verdad*. Sin embargo, a renglón seguido y por sus propios dichos (en ciertas medidas contrapuestos), comienzan a desnudar sus contradicciones. Por lo pronto, aceptan que a la hora de decidir, el juez sólo puede

37 Del pensamiento de ALVARADO VELLOSO, reiterado en varias de sus obras.

acceder a una verdad *relativa*, pero afirman a la par (y con énfasis) que, al sentenciar, esa verdad relativa puede alcanzar un estatus de *objetividad*.

Así lo sostiene MICHELE TARUFFO:

“El conocimiento de la verdad -a pesar de ser relativo- es también *objetivo*, porque la justificación del convencimiento jurídico no se basa en las preferencias o en las idiosincrasias de los sujetos particulares”.

Y complementa su idea de este modo:

“En el contexto del proceso es apropiado hablar de *verdad relativa y objetiva*. Relativa, porque se funda en las pruebas que fueron acercadas al mismo; pero es *objetiva* porque no se funda en las *preferencias subjetivas* o *individuales* del juez o de otros sujetos, sino que se sostiene en *razones objetivas* que justifican el convencimiento del juez y que se derivan de los datos cognoscitivos que resultan de las pruebas”³⁸.

No aceptamos en modo alguno esta tesis. La extraordinaria pero no verificada aptitud que tendrían los juzgadores, impolutos, asépticos, que los llevaría a quedar investidos de objetividad expresa una ilusión metafísica. La objetividad de quien le toca decidir no resulta un atributo propio de la condición que portamos los humanos. Una teoría de este calibre no puede estar sino al servicio de la infalibilidad del poder Judicial porque si lo que se resuelve alcanza el estatus de una verdad jurídica objetiva la convierte en irrefutable. Dicho en otros términos, si los fallos pueden despacharse portando *verdades objetivas* no queda resquicio para contradecir lo resuelto.

Sin embargo, nuestro mapa biológico y las multiplicidad de influencias culturales que recibimos todos los humanos y de suyo los juzgadores, no apoya esta idea porque es evidente que somos el producto de la interacción de nuestras emociones conviviendo con la razón.

Y menos aún se sostiene esa pretensión de objetividad en la medida en que recibimos el formidable impacto de nuestro entorno cultural al que hicimos mención.

Todo juez, al decidir, impregna el fallo de *sus circunstancias*. Y de la feliz sintaxis de ORTEGA Y GASSET se infiere que “esas circunstancias” se traducen en su biografía, experiencias, preferencias, hábitos, sesgos culturales, etnia, hobbies, en-

38 TARUFFO, MICHEL, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 100.

tre otras variables. El juez, a quien le toca decidir sobre acciones y posturas de otros seres humanos, no puede, por esa misma condición, ser objetivo frente a las teorías del caso que le toca analizar y todo juicio que formule vendrá cargado de una fuerte *subjetividad*.

Desde otro ángulo, según el fuero donde actué el juez está sometido a *tensiones externas* que impactan también sobre su decisión. En muchos casos debe corresponder *a lo que se espera de él por parte de la sociedad o de los factores de presión*. Así, un juez laboral se vería seriamente cuestionado por su entorno si en sus fallos favoreciere -de ordinario- a las empresas por encima de los intereses jurídicos de los dependientes. Es muy claro que se espera que cumpla una misión correspondiente con la de ese fuero: la de resguardar los intereses del asalariado antes que emitir “verdades objetivas”.

En la misma dirección, a un juez de familia se le impone que debe preservar los *intereses superiores del menor* y en esa misión será casi imposible que lo haga de modo objetivo. Si ese juez, por caso, es conservador o profesa fervientemente un culto religioso, y si se trata de decidir si debe retornar ese menor a su familia biológica y desplazar a un matrimonio igualitario que en el ejemplo escogido es el que conserva su guarda, casi puede predecirse a quién le otorgará la custodia.

La tesis de que el juez falla volcando en su decisión *verdades relativas pero objetivas* sólo puede ser sostenida si quien emite este concepto lo hace (quizás de buena fe) desde una posición teórica, es más, utópica e idealista, alejada de lo que ocurren en la realidad de los litigios, nos provoca asombro porque encierra una premisa propia de conocimiento vulgar y no de carácter científica.

En nuestra calidad de abogados litigantes ejerciendo activa y promiscuamente la profesión en casi todos los fueros y durante décadas nos permite sostener -con cierto pesimismo - que no recibimos (en los miles de casos litigiosos que pasaron por nuestro estudio) una sentencia en donde pudimos detectarse *esa proclamada objetividad de un modo puro, impoluto y cristalino*. En rigor, lo que constatamos es exactamente lo contrario: bien sea a favor de nuestra postura o adversa a la misma, los fallos que jalonaron nuestra carrera abogadil ostentaron y ostentan una *marcada subjetividad* (algunas veces atenuada pero siempre empapada de esa tendencia)

La falacia que encierra la teoría de la verdad relativa pero **objetiva a la que podrían arribar los jueces ha sido descalificada por** lo pronto desde la epistemo-

logía. Así, GONZÁLEZ LAGIER³⁹ le imputa a esta tesis el mote de *cognoscitivismu ingenuo* al sostener:

“que los hechos se nos presentarían como plenamente objetivos y así *impactarían* en nuestro conocimiento auxiliados por nuestros sentidos. Esta creencia puede dividirse en dos tesis que las explica: a) tesis de la *objetividad ontológica*: el mundo es *independiente de sus observadores*; esto es, las cosas son como son, con independencia de lo que sabemos de ellas y de cómo las vemos y; b) tesis de la *objetividad epistemológica*: por medio de los sentidos tenemos normalmente *un acceso fiel a esa realidad*. El *cognoscitivismu ingenuo*, al reducir los problemas al modo que se obtiene la información, se olvida de otras dificultades *que lastran nuestras posibilidades de un conocimiento plenamente objetivo*”.

Resulta de suma utilidad explorar aún más en las dificultades insalvables que se hacen presentes para acceder a ese quimérico conocimiento *objetivo* por parte de los jueces. Un ejemplo, tomado también de GONZÁLEZ LAGIER, nos auxiliará sobre la dimensiones de estas dificultades. Así, si el juez debe valorar la credibilidad de un testimonio, lo que el testigo percibe por sus sentidos se descompone en: a) hechos externos; b) la percepción del hecho y c) la interpretación del hecho.

El *hecho externo* sería el acaecimiento empírico, lo realmente ocurrido, desnudo de subjetividades e interpretaciones. A su vez, el *hecho percibido* sería el conjunto de datos o impresiones que el hecho externo causa en los sentidos del testigo. Por último, el *hecho interpretado* se conforma por la descripción o interpretación que hace ese testigo de sus datos sensoriales. Luego, el testigo que *aprecia el hecho* -que “Juan agita su brazo”- difiere por cierto de la percepción *que, como observador tiene de ese movimiento*, producto de sus datos sensoriales que causa el hecho externo en su mente *y cómo finalmente lo percibe*. También debe distinguirse de la interpretación que se hace de ese movimiento corporal de Juan: *como un saludo, una amenaza o un aviso de algún peligro, etc.*

La percepción y la interpretación de un hecho no son procesos totalmente independientes entre sí ya que se *condicionan mutuamente*. Por un lado, las

39 GONZÁLEZ LAGIER, DANIEL, *Módulo: argumentación en materia de hechos*, Área de Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, disponible en la web.

interpretaciones se basan en los datos sensoriales que recibimos de los hechos pero, por otro lado, *nuestra red de conceptos, categorías, teorías, máximas de experiencia, recuerdos, etc. dirigen de alguna manera nuestras percepciones y actúan como un criterio de selección de los datos sensoriales que recibimos.* Esta dependencia de la percepción respecto de factores socio-culturales ha sido señalada frecuentemente por los psicólogos que demostraron que la percepción no depende sólo de la naturaleza de los estímulos y que sobre ella influyen los estados y disposiciones del organismo. Al igual que todo proceso, *la percepción resulta afectada por el aprendizaje, la motivación, la emoción y todo el resto de las características permanentes o momentáneas de los sujetos.*

Un juez debe tener en cuenta que las percepciones de los testigos, las declaraciones de las partes, los informes de los peritos, es decir, todo lo que se recoge de estos medios de confirmación atraviesa (cuando debe analizarlos para fallar) por todos y cada uno de los procesos cognitivos que describió GONZALEZ LAGIER. Así que debe medir cuidadosamente sus interpretaciones y elaborarlas a partir de la información recibida y se advierte la imposibilidad física y psíquica de objetivar aquello que realmente ocurrió.

Deberíamos convenir en que la principal fuente de duda acerca de la corrección de nuestras interpretaciones de los hechos (y esto vale para el juzgador) tiene que ver con la relatividad de ellas al estar influidas por la cultura, conocimientos, recuerdos, la captación de nuestros sentidos etc. Fuerza es concluir que la interpretación de un hecho no escapará a cierta *subjetividad* (en mayor o menor intensidad) pero que deviene casi inevitable.

Es obvio que todas las personas, sus diversos entornos biológicos y sus diferentes culturas no comparten la misma identidad, los mismos conocimientos y la manera de *ver el mundo*. Incluso no lo hacen todos los individuos de una misma cultura. Nada nos asegura que sujetos distintos, pertenecientes a distintas culturas o incluso a una misma, hagan interpretaciones coincidentes sobre un mismo hecho.

Las conclusiones que extraemos de todo lo dicho nos persuaden de que la tesis de TARUFFO sobre la *verdad objetiva*, que “bendeciría” a las decisiones judiciales con un halo de fuerte verosimilitud, no tiene ningún sustento científico y no se compeadece con la realidad humana que expusimos.

Por supuesto, y lo admitimos con franqueza: el jurista italiano contribuyó y aportó -de un modo decisivo- al estudio de la decisión judicial y que sus ense-

ñanzas revisten una innegable utilidad. Así que dejamos en claro que la contradicción con buena parte de su ideario no puede entenderse como un ataque *ad hominem*, porque no lo es y porque respetamos a su persona en vida y, por cierto, luego de su fallecimiento.

Pero sí subrayamos que de su iusfilosofía se ha valido -una y otra vez- el publicismo y el activismo judicial con fines en cierta medida interesados o funcionales para sus tesis, ya que le prestaban utilidad y justificación al empoderamiento de los jueces.

Es que TARUFFO también sostiene que el objetivo principal del proceso, su fin, es alcanzar por el juez “la verdad de los hechos” para arribar así a una solución correcta. En sus palabras:

“El problema fundamental radica en si la búsqueda de la verdad de los hechos puede considerarse como una finalidad del proceso judicial, frente al cual existen dos opiniones claramente diferenciadas. Por un lado, la de aquellos que sostienen que el único fin del proceso *es poner fin a la controversia, excluyendo la búsqueda de la verdad de los hechos*, que incluso puede ser vista como un obstáculo práctico para lograr rápidamente el objetivo consistente en eliminar la controversia. Y, por otro lado, la de quienes entienden como función del proceso la de aplicar la ley, poner en práctica el derecho y garantizar efectivamente los derechos, en cuyo caso la determinación *de la verdad de los hechos se configura como finalidad o valor “instrumental”*, al que se debe tender para acercarse al objetivo principal del proceso, entendido como la formulación de una decisión jurídicamente correcta”⁴⁰.

Seguimos adjudicando a estas expresiones (tan categóricamente sostenidas) consecuencias muy peligrosas para los justiciables de a pie. Si de lo que se trata es de aplicar la ley de modo objetivo a los enunciados fácticos y así arribar a una solución correcta, ambos conceptos resultan tan ambiguos que no superan un estándar epistemológico serio. Es más, no resiste el criterio de demarcación científica que requiere que una teoría pueda ser sometida a falsación y cuando las ideas se vinculan con valores, como la objetividad, la verdad y la justicia, empíricamente no pueden ser sometidos a la verificación para predicar su verdad o falsedad.

40 TARUFFO, MICHELLE, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

El anhelo de alcanzar la justicia y la corrección en la solución de los casos litigiosos es loable, pero el problema pasa por el porqué se debe asumir por esas idealidades *una fe acrítica sobre el accionar de los jueces* y confiar en que tendrían al alcance de la mano la posibilidad del descubrimiento de una respuesta única y excluyente, sumando la adhesión -desde el procesalismo- a la teoría alexiana de la decisión judicial, que también nos merece fuertes reparos.

En la misma línea, la de plantear un marco idílico que no se da en la realidad, su discípulo, JORDI FERRER, que cuenta con una sólida formación académica, pontifica que:

“el objetivo institucional del proceso es la averiguación de la verdad. Y ello no puede ser de otra manera, puesto que ese objetivo es estructuralmente necesario para que funcione el propio derecho como mecanismo de *motivación* de la conducta”⁴¹.

El jurista español dedicó buena parte de sus estudios procesales a la investigación de la verdad, al razonamiento judicial y la valoración probatoria. Respetamos a la persona de Jordi Ferrer como a la de su maestro, pero, nuevamente, no concordamos con los ejes centrales de su ideario. Por lo pronto, que un juez pueda acceder a la verdad en un proceso evadiría al común denominador de *lo posible* en las *ciencias sociales*.

Si aceptamos que el juez accedería a la verdad apelando a una *caja de herramientas* que le brindaría la ciencia procesal y su clarividente visión, deberíamos acordar -en igual sentido- que la ciencia económica le otorgaría a un economista la misma posibilidad para encontrarla; que la ciencia política suministraría a los que gobiernan esa chance; que la sociología posibilitaría que los sociólogos no fallaren al examinar cómo se comportan los individuos en las sociedades y que la historia brindaría a los historiadores pistas inequívocas para desentrañar de un modo indubitable lo ocurrido en el pasado.

Esta presentación ficcional de la aptitud de las ciencias sociales y del manejo que hacen de ellas sus cultores no explica cómo los economistas fallan en sus predicciones; los políticos pierden su rumbo habitualmente; los sociólogos se contradicen en sus teorías sobre el comportamiento humano y los historiadores brindan múltiples hipótesis sobre lo que aconteció en el pasado.

Por eso POPPER postula *la humildad del conocimiento científico*, porque da por

41 FERRER, JORDI, *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

descontado que éste se impregna de la falibilidad propia del ser humano. Sobre las teorías de la verdad y los criterios para alcanzarla nos explayaremos en el libro sexto, dedicado a la axiología procesal, pero anticipamos que -aun en las ciencias formales- el conocimiento que de ella puede alcanzarse también resulta contingente aun cuando las exigencias para proclamar algunos enunciados como ciertos requieren de verificaciones mucho más rigurosas.

En este contexto, una proposición o enunciado será verdadero cuando sea compatible con un conjunto coherente o deducible de axiomas. Así, por ejemplo, la verdad del teorema de PITÁGORAS implica que su validez reside no en su verificabilidad empírica sino en el hecho de ser una consecuencia deductiva de premisas formalmente válidas que no pueden ser falseadas. Por ello es científicamente cierto:

“...que el área del cuadrado cuyo lado es la hipotenusa, el lado opuesto al ángulo recto, es igual a la suma de las áreas de los cuadrados de los otros dos lados”.

Sin embargo, otro conjunto de axiomas podría ser falso o vacío de significado si parte de premisas notoriamente erradas. No es lo que puede imputarse al teorema de PITÁGORAS porque se trata de un caso de aplicación de las propiedades de consistencia (el conjunto de axiomas no es contradictorio) y su conclusión es válida porque se deduce de postulados que ostentan el mismo valor.

Es obvio que esta rigurosidad epistémica no se extiende a las ciencias sociales porque éstas tienen en común la confirmación de datos empíricos y para el descubrimiento de esa trama fáctica, como se lleva visto, *predomina el razonamiento inductivo sobre el deductivo*.

Luego, apelando a una visión más realista de la verdad aplicada a la decisión judicial, no se advierte por qué desmotivaría a la conducta jurídica de los justiciables, como lo afirma JORDI FERRER, que un juez reconociera que no está a su alcance el acceso a la verdad absoluta. En rigor, si algo *desmotiva* a los destinatarios del servicio judicial es la ausencia de justificaciones sobre lo decidido y todavía más, la idea de *infalibilidad* que se desprende de una gran mayoría de precedentes judiciales cuando los jueces los emiten como *una suerte de verdad revelada*.

Las partes se desmotivan, en suma, cuando la jurisdicción, buscando metas inasibles, acentúa la impredecibilidad de lo decidido apelando a criterios de moralidad, al acceso a verdades relativas pero objetivas, a la justicia pantó-

noma de lo decidido y a todo ese *envoltorio* que se lo presenta como la única respuesta posible y correcta para solucionar el litigio.

Estamos persuadidos de que los dilemas que debemos plantear en el universo de las ciencias sociales deben partir de una visión mucho *más humilde*, porque la posibilidad del acceso a conocimientos indubitables basados en métodos inductivos *supone un oxímoron*.

Debemos escapar del relativismo escéptico pero también del optimismo ingenuo. En esta línea, VARGAS LLOSA resume los argumentos de KARL POPPER sobre el método y los logros del conocimiento científico y expone una tesis a la que nosotros nos adherimos con toda firmeza⁴².

“POPPER acepta el progreso que concretó la humanidad en varios campos: científicos, técnicos y también sociales y políticos. Pero asume que lo hace errando y aprendiendo de sus errores. El hombre fue conociendo cada vez más a la naturaleza y sobre sí mismo. Concluye en que éste es un proceso sin término, del que, por lo demás, no están excluidos ni el retroceso ni el zigzag. Hipótesis y teorías, aunque falsas, pueden contener dosis de información que acercan al conocimiento de la verdad. Se pregunta ¿no ha progresado así, la medicina, la astronomía y la física?

Algo semejante puede decirse de la organización social. A través de errores que supo rectificar la cultura democrática ha ido asegurando a los hombres, en las sociedades abiertas, mejores condiciones materiales y culturales y mayores oportunidades para decidir su destino. Ese es el *peacemeal approach* que postula POPPER: expresión que equivale a opción gradual o reformista, antagónica a la de *revolución o tabula rasa* de lo existente. Aunque, para POPPER, la verdad sea siempre sospechosa [...] lo importante para que el progreso sea posible, para que el conocimiento del mundo y de la vida se enriquezcan en vez de empobrecerse, es que las verdades reinantes estén siempre sujetas a críticas, expuestas a pruebas, verificaciones y retos que las confirmen o reemplacen por otras, más próximas a esa verdad definitiva (y totalmente inalcanzable y seguramente inexistente) pero es un señuelo que alienta la curiosidad, y al apetito del saber humano desde que la razón desplazó a la superstición como fuente de conocimiento.

42 VARGAS LLOSA, MARIO, *Karl Popper al día*, Diario El País, publicación digital, disponible en la web.

POPPER hace, pues, de la crítica -es decir, del ejercicio de la libertad- el fundamento del progreso. Sin crítica, sin posibilidad de *falsear* todas las certidumbres, no hay adelanto posible en el dominio de la ciencia ni perfeccionamiento de la vida social. Si la *verdad*, si todas las verdades no están sujetas al examen del *juicio y el error*, si no existe la libertad que permita a los hombres cuestionar y compulsar la validez de todas las teorías que pretenden dar respuesta a los problemas que enfrentan, la mecánica del conocimiento se ve trabada y éste puede ser pervertido. Entonces, en lugar de verdades racionales se entronizan *mitos, actos de fe, magia*. El reino de lo irracional -del dogma y el tabú- recobra sus fueros, como antaño, cuando el hombre no era todavía un individuo racional y libre, sino un ente gregario y esclavo, apenas *una parte de la tribu*".

Volviendo a nuestras reflexiones. La ilusión del publicismo procesal se sostiene en el *mito de alcanzar verdades objetivas* y de hallar la *respuesta única y correcta para el caso concreto* que podría ser encontrada por el juez apelando, por caso, a la ponderación y al orden objetivo de valores morales que iluminaría la visión jurídica de ese juzgador. Pero el peligro que encierran estas tesis estriba en que el juzgador se sienta compelido al deber de buscar la verdad -a como fuere- y asuma que, si la encuentra, está en condiciones de decidir el caso brindando esa respuesta única apoyada en ese hallazgo.

Desde otro ángulo, cuando lo que *está en juego es el poder*, en este caso el judicial, tenemos la impresión de que los iusfilósofos y epistemólogos jurídicos (ajenos en principio a la lucha ideológica instalada en el procesalismo moderno) no logran, de ordinario, dimensionar las consecuencias de sus teorías y pecan de una cierta candidez sobre los *servicios intelectuales* que le brindan a ciertas capas del procesalismo, a los hacedores de los códigos de rito y a una judicatura, empapada de un nocivo verticalismo que tantas veces hemos objetado.

Todo lo que sostienen algunos epistemólogos respecto a la posibilidad de acceso a la verdad jurídica objetiva al resolver el conflicto por parte del juzgador alienta a la casta judicial para emitir decisorios que contienen un grado *decreciente* de justificaciones externas para las partes y se convierten en tesis muy peligrosas para ellas, en la misma medida en que los jueces queden convencidos que tienen la potestad de llegar a verdades objetivas y por tanto irrefutables.

Ya lo dijimos y lo iteramos: si empíricamente puede confirmarse el accionar errático de la justicia regional y cómo esas sinuosidades instalaron entre los justiciables profundas incertidumbres y una perplejidad creciente sobre el

modo en que serán resueltos sus conflictos jurídicos, ese escenario no será desmontado apelando (solo) a los discursos dogmáticos.

Si no se asume la titánica tarea intelectual que supone poner fin a la mística de ese *juez Hércules*, buscador de la verdad y la justicia, que ve al derecho como algo inescindible de esos valores, corremos el serio riesgo de que el *justiciable medio* asuma que se lo toma como una suerte de cobayo de experimentos teóricos y ficcionales que en nada lo auxilian a la hora de resolver su conflicto jurídico.

Ese modelo de juez robusto exhibe una *alta creatividad jurisprudencial y una fuerte autonomía política*. Como bien lo identifica MARÍA ISABEL GARRIDO GÓMEZ⁴³, se convirtió en un funcionario que le prometió al *justiciable* -vanamente- logros que jamás podía alcanzar. Su finalidad apuntaba a que se concediera (o se aceptara) que precisaba de esas cuotas de creatividad y autonomía para conseguirlos. El ciudadano y el justiciable, producto de nuestra naturaleza humana, son reacios a los cambios y esto explica (pero no justifica) porqué venimos lidiando con ese *conservadurismo jurídico* que tanto cuesta dejar de lado.

En el entendimiento de GARRIDO GÓMEZ -compartido por nosotros- la jurisdicción debería representar una actividad racionalizadora dirigida a los titulares de esa función, a quienes corresponde decir la última palabra en materia de los hechos y del derecho aplicable. Empero, de ordinario, esta aspiración queda a nivel de un simple anhelo incumplido.

Advertimos que las respuestas que se obtengan del poder judicial serán radicalmente diferentes según la tipología del juzgador que domine la escena jurídica. Así, GARRIDO GÓMEZ diferencia el *juez ejecutor* con *baja creatividad judicial y baja autonomía política* (cuyo norte es aplicar simplemente la voluntad legislativa), del *magistrado consensual* (que defiende la aplicación del Derecho, pero conformado por el punto de vista de la sociedad y la aprobación que le brinde ésta); del *juez guardián*, que ostenta una *baja creatividad jurisprudencial y alta autonomía política (basado en el respeto procesal de lo actuado por las partes y que bien podría adecuarse a nuestro ideario)* y, por último, resalta el ya mentado *juez político*, que luce una *alta creatividad jurisprudencial y autonomía política* (característico del realismo jurídico norteamericano y que ha sido refrendado entusiastamente por el activismo y el publicismo judicial en Latinoamérica).

43 GARRIDO GÓMEZ, ISABEL, *La predecibilidad de las decisiones judiciales*, publicado en la revista *Ius et Praxis* versión On-line ISSN 0718-0012, 15 (1):55-72, 2009.

Hoy, mal que nos pese, la jurisdicción regional está cooptada por este último modelo: el de los *jueces políticos*. Son jueces que asumieron la tarea de llevar adelante una *revolución social* desde el seno de sus despachos; que subrogan las falencias de los otros poderes; que desprecian a los legisladores y declaran inconstitucionales sin muchos miramientos a las normas que éstos sancionan. En suma, son magistrados que se arrojan el papel de devolver la justicia (social, política y jurídica) a los pueblos de la región.

Este modelo de juez presume, además, de que posee las llaves intelectuales para encontrar la respuesta única y correcta para el caso que le toca resolver y así bendice las teorías de la argumentación jurídica que ven al derecho como un orden objetivo de valores morales y le imponen disparar fallos éticos, antes que jurídicos.

Los peligros que encierran estos diseños intensifican nuestro compromiso de fijar una clara postura sobre la propuesta de un juez *menos omnipotente* y mucho *más democrático*, que bien podría encuadrarse bajo la figura de un juzgador iuspositivista-moderno.

Pugnamos por un juez que deje de lado todas las fantasías enunciadas y se comprometa a emitir un tipo de decisiones judiciales que partirían de asumir, en primer término, su sujeción pensante de la ley y, en segundo lugar, el empleo del uso racional de la enorme discrecionalidad que los ordenamientos jurídicos le conceden a las judicaturas.

7. OTRAS CORRIENTES DOCTRINARIAS QUE ANALIZAN LA DECISIÓN JUDICIAL

7.1. CORRIENTES ESCÉPTICAS E IRRACIONALES. EL REALISMO JURÍDICO

Como reacción al idílico y ficcional vínculo jurídico forjado entre el legislador infalible y el juez mecanicista, surgió la corriente antitética *irracionalista*, expresiva de una franca reacción contra ese *formalismo normativo* vacío de contenidos.

Al calor del *realismo jurídico* escandinavo y norteamericano, impulsado por sus figuras más notables: HOLMES, LLEWELLYN, FRANK y OLIVECRONA, se partió de la idea de que el derecho se reduce a lo que los jueces predicen. Estos juristas vinculados con el régimen del *common law*, no tenían ante sí cuerpos codificados como los que se generaron en el sistema *civil law*, de allí que sostuvieran que en los casos concretos aquello que tiene fuerza obligatoria para los jueces son los precedentes (*stare decisis*) emitidos por la propia jurisdicción. La mayor parte de las normas que constituyen el derecho norteamericano e inglés no están originadas en el acto deliberativo y previo del legislador, ya que sus fundamentos se apoyan, lo reiteramos, en los *precedentes* y las normas sustanciales son importantes sólo en la medida en que *ayudan a predecir lo que harán los jueces*.

Resumiendo: esta corriente porta un escepticismo extremo sobre las normas generales y abstractas y le otorga fuerte trascendencia a los precedentes y a las decisiones judiciales. Por todo lo dicho, frente al activismo judicial no parece auspiciosa su aplicación al quehacer de la judicatura regional.

7.2. CORRIENTES “RACIONALISTAS”

A comienzos del siglo XX irrumpieron las corrientes racionalistas no logicistas. Una de sus vertientes fue expresada por la *jurisprudencia teleológica*, anclada en la variación del pensamiento originario de IHERING. Concibió al derecho no como una idealidad sino como una realidad jurídica de cada tiempo y remarcó que las normas jurídicas tienen la finalidad práctica de dar una respuesta anticipada a los futuros conflictos de intereses y que el intérprete debe determinar esa finalidad.

La *Jurisprudencia de los Intereses*, en la expresión de uno de sus máximos exponentes, PHILIPP VON HECK⁴⁴, sostiene que si bien la norma obedece a un fin, el juzgador -no obstante- debe desentrañar ese *conflicto de intereses subyacente en ella* y el acto de interpretación y aplicación del derecho responde a la *obediencia pensante* (de la que ya dimos cuenta), eliminando el automatismo y aceptando una *discrecionalidad acotada*, pero esta obediencia a la ley no debe ser ciega ni automática.

La actividad de la hermenéutica jurídica reformuló, entonces, este concepto y exigió que la obediencia se construyera aunada con el factor pensante en la que el juez porta una actividad reflexiva y determina el orden de intereses querido por el legislador frente a la casi siempre presente indeterminación de la norma. Así expresa:

“No vamos a insistir en la diferencia entre los razonamientos de tipo maquinal y la razón valorativa, que son dos maneras radicalmente opuestas de aplicar el derecho e incluso de pensar”.

Resumiendo: nos siguen inquietando las corrientes de pensamiento que en cierta medida presentan esquemas abiertos que pueden ser rellenados por la siempre activista judicatura regional.

7.3. LA JURISPRUDENCIA DE VALORES

A mediados de los años cincuenta del siglo pasado, irrumpió en la escena jurídica la *Jurisprudencia de Valores*. Se concibió la solución para los conflictos jurídicos a partir de ciertas *preferencias valorativas*. Debía escaparse de las previsiones azarosas y caprichosas del legislador. Apareció por primera vez, integrando a la par del sistema jurídico, un *orden de valores* que no podían omitirse a la hora de decidir. Al juzgador se le exigía que al interpretar la ley debía extraer el auténtico *sentido de la norma que se correspondía con el valor jurídico que la inspiraba* y se pontificó que ese era el único modo de alcanzar la solución correcta del caso.

El primer exponente que sostuvo que la Constitución era un *orden objetivo de valores* fue GÜNTER DÜRIG (1958) y lo hizo al comentar el párrafo 1 de la Ley Fundamental de Bonn. Su idea fue inmediatamente reproducida por el

44 HECK, PHILIPP, *El problema de la creación del derecho*, Comares, Granada, 1999.

Tribunal Constitucional Alemán en la sentencia del caso *Lüth*⁴⁵. Para DÜRIG, la garantía de la dignidad humana reconocida en el primer párrafo del artículo 1 de la Ley Fundamental alemana suponía la asunción en el Derecho constitucional de un valor ético que jamás debía ser violentado.

También fue defendido por OTTO BACHOF⁴⁶ ese supuesto carácter axiológico de la Constitución y concibió al Tribunal Constitucional como su principal *guardián* al entender que un rasgo característico de la Ley Fundamental fue la de investir al poder judicial dentro del orden constitucional con un aumento de la función de control y, necesariamente, una disminución proporcional del poder legislativo y ejecutivo.

“...particularmente a través de los artículos 1, 3; 20, 3 y del artículo 25, ha puesto el “mástil en las estrellas”, y ha incluido valores metafísicos en el sistema constitucional, reconociéndolos así como derecho constitucional “válido”, en el sentido de su positividad”.

GARCÍA AMADO apela al caso *Lüth* porque lo entiende muy decidor y nosotros consideramos *que bien podría ser adoptado por cualquier cultor del publicismo procesal y por los jueces activistas enrolados en esta tesis*.

El esquema de esa sentencia fue sintetizado de esta forma:

“...el juez ha de ver si en la aplicación de un precepto legal a un caso queda afectado negativamente un derecho fundamental. Si así lo entiende, el juez debe modificar la interpretación y la aplicación de ese derecho fundamental. No estamos hablando meramente de que haga prevaler la interpretación más favorable a los derechos fundamentales sino de que, en nombre del núcleo de valor de ese derecho fundamental que resulta afectado, se haga una *excepción a la aplicación de la norma legal* que es inconstitucional y que por eso no tendrá valor. Todo esto estaría bien si esa afectación negativa del derecho y su alcance exacto fuera algo que el juez pudiera conocer con certeza y objetividad. Pero tememos que no es así. El juez ve una luz, capta un destello, percibe el efecto de la irradiación del valor-derecho sobre el caso. También se podría decir que el juez oye voces o *dialoga con espíritus*. Se nos dice en la sentencia que es el *específico valor* del derecho

45 Conf. nota 1, GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, *Decidir y argumentar, Jueces y argumentación jurídica*, Tirant Blanch, 2017 p. 68.

46 BACHOF, OTTO, *Normas constitucionales o inconstitucionales*, Palestra, Lima, 2010, p. 60.

fundamental lo que ata y determina al juez. Como si ese valor específico de un derecho fundamental en un caso dado fuera una *magnitud objetiva* de la que el juez levanta acta. ¿Y esos valores objetivos dónde viven? (sino en el mástil de las estrellas)⁴⁷.

En la sentencia del caso Lüth se apunta a que se debe partir, ante todo, de la *totalidad de las ideas de valor* que se han alcanzado en un determinado momento de su desarrollo espiritual y cultural y se fijaron en la Constitución y añade que la vía de entrada en el derecho privado de esos contenidos valorativos propios de los derechos fundamentales está en las cláusulas generales del tipo de las que apelan a la buena fe o las buenas costumbres.

Las reflexiones de GARCÍA AMADO nos dejan cavilando. Es que *los tribunales constitucionales o aquellos que se ocupan de cuestiones de esa trascendencia*, son muy afectos a resguardar los derechos fundamentales de las personas, que en el caso mentado pasaba por la protección de la dignidad humana, pero se arrojan interpretar casi con *libre albedrío* qué debe entenderse por dignidad y qué extensión merece ese valor y esto conlleva un puro subjetivismo ya que no existe un parámetro objetivo para medirla.

7.4. EL MITO DEL JUEZ PERFECTO Y MORALISTA.

LA NUEVA AUTORIDAD ÉTICA Y EL NEOCONSTITUCIONALISMO

Lo que quedó del constitucionalismo alemán y de la *Jurisprudencia de Valores*, según GARCÍA AMADO, continuó influyendo -hasta ahora- en el pensamiento jurídico. La idea de que la constitución es un orden objetivo de valores implica que las prescripciones del sistema jurídico (derechos, deberes y obligaciones) sólo serán válidas *prima facie* y lo serán en tanto no repugne -en el caso concreto- a una esencia axiológica o a un valor constitucional que sólo el juzgador tiene la aptitud de desentrañar y volcar en la decisión judicial que emite.

Así comenzó a evolucionar la idea de la *inescindibilidad entre el derecho y la moral* y bajo el paradigma *neoconstitucional* e influenciado por el iusmoralismo jurídico, tomó cuerpo esa postura metafísica de entender el derecho. El punto de partida del neoconstitucionalismo se desprende de una premisa que impone que la *constitución es un orden objetivo de valores* (o si se quiere, un catálogo de objetivos morales), y que son las propias constituciones las que

47 GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

imponen que el razonamiento jurídico sea, ante todo, *un razonamiento moral*.

“Se niega entonces la *separación entre la moral y el derecho*, e incluso, se cuestiona que exista un orden de prelación normativo. En buenas cuentas se concibe a las normas morales por encima de las normas jurídicas. La validez de una norma jurídica responde *a la justicia* de acuerdo a la comprensión moral de su intérprete. Por tanto, la validez de la norma pasará por el tamiz del juicio moral jurisdiccional para procesar o resolver el litigio”⁴⁸.

En otro lúcido artículo de su autoría, GARCÍA AMADO⁴⁹ redondea estos conceptos:

“...la *Jurisprudencia de Valores* va a situar otro tipo de entes ideales, valores de contenido objetivo. Aquella ontología idealista específicamente jurídica es ahora reemplazada por una ontología, también idealista, pero cuyas entidades ahora son morales. Con ello, la moral pasa a ser parte del Derecho, pues el sentido último de las normas jurídicas y el fundamento de su significado práctico no puede ser sino un sentido moral derivado de la naturaleza moral que en el fondo tiene el sistema jurídico. Se produce así un radical desdoblamiento del sistema jurídico, en el que se superponen dos partes. Una superficial que consta de las normas positivas, formalmente jerarquizadas y sometidas a esquemas de validez. Y otra, profunda y esencial, compuesta por valores. La primera es la que se ve, es la parte empírica; la segunda es la que sólo puede captarse mediante un esmerado esfuerzo de la razón práctica, es supra empírica, ideal y filosófica. De la misma manera que cuando vemos un alto edificio de muchos pisos nos engañamos sobre su estructura y su fundamento arquitectónico, desconocemos que son los profundos cimientos y las sólidas estructuras internas los que permiten que se mantenga en pie tan vistosamente. Una teoría o una práctica del Derecho que sólo se atenga a la letra de los enunciados jurídicos y a los mecanismos formales *externos* de validez, de relación entre sus normas, desconocería que el verdadero sustento de todo Derecho posible, su cimiento, está conformado por los valores que le insuflan su sentido y por las columnas que forman

48 NINO, CARLOS, *Ob. Cit.*, p. 17.

49 GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, *Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores*, Universidad de León (España), disponible en la web.

unas relaciones entre esas normas que son *materiales*, esquemas sustanciales de validez, no meramente formales”.

A partir esta *imagen moralista del derecho*, se pregunta el jurista español por la fuente o el fundamento de tales *valores objetivos* y por el tipo de relación que entre ellos se traba. ¿Cómo son y de dónde provienen esas entidades axiológicas que soportan el edificio jurídico y que, según la Jurisprudencia de Valores, deben ser la guía de toda interpretación y aplicación de las normas?

“En este punto los diversos autores adscritos a esta doctrina van a diferenciarse grandemente. Se socorre en el recurso de una filosofía material de los valores del tipo de la propugnada por MAX SCHELER o NICOLAI HARTMANN. Aquí podemos mencionar como representativo a HUBMANN, y otros -como LARENZ- que tratarán de elaborar los contenidos esenciales de un sistema de valores *jurídicos*, aun cuando su impronta originaria sea moral. En fin, otros argumentarán que tales valores, que son guía y soporte del Derecho, son los valores vigentes en la comunidad o los valores culturales que aglutinan a dicha comunidad. Este último enfoque estaba muy presente en la doctrina alemana de los años cincuenta, tal vez como resabio del *comunitarismo radical* del que se había participado en tiempos del totalitarismo anterior. Por supuesto, esta socialización de los valores morales esenciales, esa asignación a los valores fundamentales que inspiran la moral social que subyace en el sistema jurídico en cada momento, nos lleva a pensar en lo que posteriormente será la teoría de DWORKIN, aun cuando es más que dudoso que DWORKIN tuviera alguna información mínimamente solvente sobre los parentescos de su doctrina con la *Jurisprudencia de Valores* alemana anterior a él. Por fin, no puede desconocerse que algunos de los más influyentes autores de esta corriente están dando por sentados que los valores son propios de un iusnaturalismo de raíz religiosa. En esto último cabe mencionar al mismo DÜRIG antes citado, quien, al sostener que la Constitución tiene su raíz y su esencia en un orden objetivo de valores, da por evidente que tales valores son los propios del cristianismo”.

7.5. EL IUSMORALISMO Y SU INFLUENCIA EN LA TEORÍA DE DECISIÓN JUDICIAL

Bajo esta base ideológica el paso siguiente consiste en examinar las teorías iusmoralistas en donde el derecho termina absorbido por la moral del intérprete.

Nacen entonces las *Teorías de la argumentación* de la mano de RONALD DWORKIN y CHAIM PERELMAN, entre otros, y la concepción que el derecho se hace para la práctica y su práctica siempre es *argumentar*.

La argumentación es la primera racionalidad del derecho porque los conflictos afirmados por los litigantes y la decisión del juzgador para resolverlos suponen prácticas necesarias argumentativas que redundan en la *argumentación jurídica*.

RONALD DWORKIN, en su obra *Los derechos en serio (Taking rights serious)*⁵⁰, enrolado en una concepción antipositivista, califica de *jurídicos* los derechos morales por el principio de la inviolabilidad de la persona humana. Sostiene que el derecho es suficiente para contener una solución correcta y que un juez perfecto y sabio tiene la posibilidad de descubrir “*una única respuesta jurídica correcta basada en el reconocimiento de derechos morales fundamentales*” (*background moral rights*).

Toda la obra de DWORKIN es un alegato para que se tomen los “derechos en serio” y que las decisiones judiciales deben limitarse *a cuestiones de principios a partir de valoraciones morales*.

El *auditorio universal* es la humanidad ilustrada (hombres racionales) quienes tienen interés en la argumentación. En búsqueda de la adhesión de esos sujetos perfectamente racionales, el juez debe abstraerse de las consideraciones personales que le permitan valorar y decidir de forma imparcial. El juzgador argumenta como si fuera el representante perfecto de la humanidad imparcialmente razonadora.

Con diferencias de matices, entre los integrantes del constructivismo ético ALEXY sintetizó en su obra *Teoría de la argumentación jurídica* (1978) que la argumentación es un caso especial del discurso práctico racional, del discurso moral. Es un tipo de razonamiento que construye soluciones jurídicas al caso concreto a partir de *ponderaciones* de los contenidos de reglas y principios normativos, considerando las circunstancias del caso y las específicas consecuencias jurídicas.

Para ALEXY, la vigencia de las normas iusfundamentales significa que “*el sistema jurídico es un sistema abierto frente a la moral*”⁵¹ porque es una “*irradiación de la idea de justicia en todos los ámbitos del derecho, exigida por el pro-*

50 DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2002.

51 *Ib.*, p. 525.

*pio derecho positivo*⁵² y remarca que el legislador constitucional se preocupó por realizar en la ley fundamental la idea de Justicia.

Así, el sistema jurídico se compone de *reglas* que son mandatos taxativos, definitivos y operativos que deben necesariamente cumplirse (no matar, no dañar, etc.). Y también se compone de *principios*, que son *mandatos de optimización* que deben cumplirse *en la mayor medida posible* según las posibilidades jurídicas y de hecho (como los derechos sociales a la vivienda digna, a la educación, a no ser dañado, entre otros) y los principios, por sí solos, son mandatos *prima facie*. Las colisiones normativas pueden producirse entre principios contra reglas o reglas contra principios y deberán resolverse mediante la *ponderación judicial* del peso abstracto de las normas como también de las circunstancias que gravitan en el caso concreto.

Se ponderan, así, principios contra principios o principios contra reglas y cualquier principio (explícito o implícito) -o cualquier regla- *puede ser derrotado con el método que apela a la ponderación ante un principio opuesto, por suponerlo de mayor peso valorativo en el caso concreto*. Por eso, no habrá norma que no pueda ser derrotada por otra norma si así lo determina el intérprete al ponderar y argumentar. Así el sistema jurídico no contiene mandatos definitivos ya que solo lo son *prima facie* y esto se aplica tanto a las reglas como a los principios, además, que un principio valga para un caso no se infiere que ese principio que sí existe valga como resultado definitivo en otros supuestos⁵³.

Para ponderar deben realizarse diversos tests: el de *idoneidad y necesidad* (que refieren a las posibilidades de optimizaciones objetivas) y el de *proporcionalidad* (que refiere a la optimización de las posibilidades jurídicas) y si se cumplen estos tres protocolos por el juzgador, éste encontrará la *única respuesta correcta para el caso* y vislumbrará la solución que emana *del fondo moral del sistema jurídico por estar implícito en él*.

Así, cualquier auditorio particular o universal arribaría a la misma conclusión a la que llegó el juzgador a través de la *ponderación y valiéndose de la argumentación*. Sólo con la ponderación, en la idea de ALEXY, se llegará a la solución única y correcta del litigio cuando se enfrentan derechos y principios expresos o implícitos y se decidirá discrecionalmente si del resultado de la ponderación entre las dos alternativas pesan por igual, por eso está siempre abierta la po-

52 *Ib.*, p. 526.

53 ALEXY, ROBERT, *Ob. Cit.*, p. 98.

sibilidad de que el juzgador aplique una norma moral reflejada en un principio constitucional para derrotar a cualquier otra norma constitucional si con ese argumento llega a la solución del caso a partir de *su peso moral*, lo que es una alternativa que se maneja libremente por los principialistas.

Quien también se enroló en esta tesis moralista fue el iusfilósofo argentino CARLOS NINO al afirmar:

“Que aquello que debería exigirse no es que los jueces se abstengan de toda consideración acerca de políticas sobre objetivos colectivos y que los principios a que recurren permitan justificar todas las normas del sistema, sino que las políticas, pero no los principios, que deben tener en cuenta los jueces en sus decisiones deben ser necesariamente inferidas de las finalidades perseguidas por los otros poderes del Estado al dictar las normas que integran el sistema. Los jueces no pueden ignorar los objetivos sociales y colectivos, pero deben atenerse a los que estén homologados por los órganos que gozan de representatividad democrática. En cambio, no pueden renunciar, sobre la base de argumentos de autoridad, a su responsabilidad *moral* de decidir en virtud de principios que consideran válidos. Esta es la única forma de cumplir con su papel de intermediarios entre la coacción y la justicia”⁵⁴.

De la multiplicidad de la información rescatada y de las lúcidas reflexiones de GARCÍA AMADO y volcadas en los tramos precedentes, sumamos, ahora, nuestra mirada procesalista y arribamos a varias reflexiones. Veamos.

- a) El impacto del pensamiento de los cultores más notables de la teoría de la argumentación o de la decisión judicial de corte autoritario ha sido muy perturbador;
- b) las tesis del iusmoralismo, la introducción del método de ponderación, la visión de que la Constitución representa un orden objetivo de valores morales (explícitos o implícitos), la unión del derecho con la moral, a nuestro juicio, *destruye los trascendentes avances del neopositivismo ilustrado*;
- c) la visión alexiana que libera al juez de aplicar la normativa vigente, si con la norma en la mano se agrade a los principios morales objetivos y constitucionalizados, resulta temible y desechable. *in embargo, la judicatura latinoamericana se abrazó a esta tesis fervorosamente.*

54 NINO, CARLOS, *Ob. Cit.*, p. 436.

Si bien esa ideología conformó el paradigma reinante en la región, ese modo de ver el derecho y la *carta libre* otorgada a los jueces es una mirada que presenta tantas grietas y resulta tan inconsistente que se sostuvo hegemónicamente hasta que una nueva corriente del pensamiento jurídico pasó a rebatirla.

GARCÍA AMADO se erigió en un contestatario de fuste de estas doctrinas e ideas metafísicas. Viene a ser a la teoría de la argumentación lo que ALVARADO VELLOSO representa frente al publicismo y el activismo judicial y viene también a refrendar que la teoría de la revolución en las ciencias sostenida por KUHN y LACKATOS no pierde su vigencia en el sentido que quienes se aferran al paradigma dominante resistirán duramente a su sustitución.

Instalar un paradigma alternativo que luego se transforme en el dominante, como ya lo hemos visto, requiere de varios presupuestos para que ocurra: por lo pronto se debe exponer con firmeza el núcleo de esas ideas, contar con discípulos que las apoyen y reivindiquen esa saludable visión neokelseniana y iuspositivista del derecho.

La corriente garantista, ya lo dijimos, se enriqueció con sus enseñanzas y la devolución ética y científica que nos corresponde pasa por adherirnos a esa corriente de pensamiento y difundir sus ideas porque de esa forma ambos saldremos beneficiados.

Contamos ahora con una nueva *caja de herramientas* para defender, desde otro ángulo, al justiciable de a pie que merece -como mínimo- que sus juzgadores respeten el orden jurídico vigente y dejen de lado la tentación de aplicar nebulosos conceptos morales que solo pueden incrementar el subjetivismo judicial, la impredecibilidad de sus decisiones y aumentar la desconfianza que pesa sobre la judicatura regional.

8. EL ATAVISMO MÍTICO DE LA JUSTICIA MORAL EN EL PROCESO JUDICIAL

Por todo que se lleva dicho hasta aquí queda en evidencia la existencia de una tensa puja por justificar el sentido, el alcance y los requisitos de la decisión de los jueces en los litigios civiles. De aquel *mito del legislador racional*⁵⁵ que postulaba la existencia de un derecho perfecto, completo, coherente y suficiente para posibilitar una única decisión judicial apoyada en los mandatos de un legislador infalible y omnisciente, se recondujo en el siglo XX bajo otro paradigma que postula ahora un *juez racional, perfecto y moral* instruido de una autoridad suprema.

8.1. DE LOS MITOS TRASTOCADOS

Bien mirado, lo que se observa es que se quiere salir de un mito para ingresar a otro bajo el ropaje teorizante de la argumentación judicial. Del sueño decimonónico del *legislador perfecto* y de que el derecho habla mediante el juez apelando a un puro silogismo o a una mera subsunción caímos, ahora, en el sueño que proyecta la ponderación: un *juez perfecto y moralizante*. En esa línea se desplaza *el mito antiguo por el nuevo mito del juez racional*⁵⁶, pero lo que se genera es un nuevo caos con otro rostro. Se pretende salir de la zona de penumbra que portan los casos difíciles creando una zona aún más oscura al impulso de un *profundo y abstruso sentido valorativo-moralista del intérprete judicial*.

Tenemos para nosotros que esta visión sesgada sólo incrementa la inseguridad jurídica ya que al ponderar, al comparar principios contra reglas u otros principios y declarar que todos son derrotables, al desconocerse cuál es el derecho válido y aplicable al caso concreto, lejos de solucionar el problema que se quería conjugar con esta tesis se pasó a formar parte de él. Si desaparece el núcleo duro normativo y se desprecian las normas jurídicas válidas que regularmente establecen los derechos, deberes y obligaciones de los ciudadanos y justiciables *se ingresa en el reino de la incertidumbre*.

55 GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, *Ob. Cit.*, p. 121.

56 GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, *Interpretación y argumentación jurídica, Interpretación y argumentación jurídica*, Tirant Lo Blanch, México, 2017, p. 132.

GARCÍA AMADO expresa que “se goza de derechos *en principio*” y lo ejemplifica en lo cotidiano de un modo risueño para demostrar la irracionalidad de este condicionante vinculado, en este caso, con el amor. Le hace decir a un marido respecto de su mujer: “que la quiere sólo en principio”, demostrando que ese acto de amor así condicionado no puede ser valorado positivamente por su amada. Y parte de la idea de que si todas las normas (reglas o principios expresos o implícitos) son ponderables o derrotables o si todos los derechos fundamentales, valen *en principio*, inexorablemente se volverán *inestables o gaseosos*. Cuando el juez pondera una regla (para derrotarla) echa a mano a un principio a fin de que le sirva como pretexto para inaplicarla. Y así las reglas de derecho (las normas positivas y vigentes) pueden ser tantas veces derrotadas porque rigen solo *en principio*.

Es innegable que se trata de una tesis que, confrontada con la reducción por el absurdo, permitiría que la norma que prohíbe la tortura tenga validez salvo que colisione con la eficaz persecución penal del Estado para poner fin a bandas de terroristas o narcotraficantes. Esto no es así. El derecho a no ser torturado es inderogable y jamás lo será solo “en principio”.

8.2. ALGO MÁS SOBRE EL PUBLICISMO Y SU IDEOLOGÍA DESPLEGADA EN LA TEORÍA DE LA DECISIÓN JUDICIAL

¿Qué reflejan estos contextos de irracionalidad expresados en los párrafos precedentes? Que se le da un pie formidable para potenciar un activismo judicial que ya era dañino y ahora se vuelve harto peligroso para los justiciables.

Si relativizamos todo, los derechos fundamentales y las garantías procesales, no accederemos jamás a *un piso mínimo de seguridad jurídica*. Son tesis reaccionarias que agreden los cimientos mismos de un Estado de derecho democrático sobre los que se asienta la sociedad plural. Si los límites en la aplicación del derecho se tornan tan difusos *el principio de legalidad será reemplazado por el de moralidad*.

Así que *el pensamiento verticalista* ha vuelto a *hacer de las suyas*: se las ingenió para mantener vivo el mito popular que gravita ahora sobre la jurisdicción. Se la visualiza como una intervención semi divina y se le impone una labor de tipo sacerdotal, suplantando el razonamiento jurídico por el moral. El espejismo de la solución moralmente justa se hizo carne en los jueces. En *aras de la justicia* ésta puede prevalecer sobre la solución jurídica porque, como nuevos

delegados del más allá, debemos confiar en que la jurisdicción *nos traerá esa justicia celestial a este plano terrenal*.

El paternalismo judicial se carga de ropajes míticos, sagrados y negadores de la discrecionalidad porque el juez tiene a su mano la única respuesta correcta y, por tanto, suprime ficcionalmente toda discrecionalidad. Esa labor de clarividencia judicial abre una dimensión subjetiva y esconde un *liberticidio* impregnado de derechos extra sistémicos y principios metafísicos, en cuyo marco la legalidad se convierte solo en un *pretexto* para que se imponga un contexto moralista proveniente de la santa voluntad del juzgador.

En la inmodesta concepción que asume el neoconstitucionalismo propone un *sistema monista y utópico de aplicar el Derecho*. La ponderación es la gran herramienta que facilita a la judicatura esquivar la legalidad. Con ese artefacto, se instala un protocolo funcional a un poder judicial poderoso pero muy riesgoso para las débiles democracias latinoamericanas. Abrigando el sueño imposible de la revolución social, política y cultural, se pretende que jueces débilmente independientes, genuflexos ante el poder de turno, sin carrera judicial basada en el mérito y producto del favor político, se transformen en los revolucionarios del siglo XXI⁵⁷.

57 Sugerimos compartir la excelente conferencia dictada por JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO ante la Corte Suprema de Colombia y que rotulo *Doscientos años y modelos de juez*, con acceso libre en YouTube.

9. CONCLUSIONES

Las cuestiones a dilucidar son varias, pero uno de los temas con los que arribamos a nuestras conclusiones es si las autoridades estatales -entre ellas, la jurisdiccional- deben revestir una autoridad moral. En una sociedad democrática y pluralista distante a las sociedades homogéneas *no existe tal instancia ética*.

9.1. SIN INSTANCIA ÉTICA. CONFLICTOS JURÍDICOS NO MORALES

Enseña SARTORI que el pluralismo debe ser concebido como una *creencia de valor* y presupone una *tolerancia* que no implica relativismo, es reconocer el derecho que otros tienen de creer algo diferente a lo que nosotros creemos⁵⁸.

“Exige que la iglesia esté separada del Estado y que la sociedad civil sea autónoma frente a ambas. El pluralismo está amenazado tanto por el Estado que es el brazo secular de la iglesia, como por el Estado que politiza a la sociedad. A Dios lo que es de Dios, al César lo que es del César: en esencia, esta es la visión del mundo que hoy por hoy queda como típicamente occidental”.

La mera posibilidad de que se pueda juzgar desde la ética a los individuos no es una misión que le competa a la política ni a la justicia. No lo es, porque cuando se convive en una sociedad plural en libertad y con pensamiento crítico *no hay magisterio ni parlamento ético* con suficiente autoridad moral reconocida por los individuos libres.

Las normas morales no se deciden por mayoría en un simbólico parlamento “universal”, ni se resuelven en las sentencias judiciales. Ese parlamento imaginado no dicta la moral de sus ciudadanos. Su labor pasa por fijar normas de convivencia para garantizar el ejercicio de las libertades individuales. Y la misión de los jueces debe ceñirse a declarar las normas que hacen al ejercicio de esas libertades individuales. Ni los jueces ni los políticos son agentes de moralización en una sociedad pluralista porque en el Derecho lo que hay es un *magisterio de las leyes* y en la política un *parlamento de las leyes*. Y tanto la

58 SARTORI, GIOVANNI, *Qué es la democracia*, Alianza, México, 2001, p. 149.

ética como el derecho captan realidades humanas distintas no fungibles, que tienen en común el de ser dos mecanismos de regulación social conectados pero separados y no identificados el uno con el otro⁵⁹.

Nadie puede arrogarse la autoridad para juzgar la moralidad de una sociedad plural ni imponer normas morales, estableciendo qué es lo que *moralmente* debe hacerse desde sus pulpitos, estrados o estamentos. Los parlamentos son políticos y se ocupan de las leyes legales, no de normas éticas, como tampoco existe una *Iglesia ética* como autoridad imponiendo moralidades a la sociedad so pretexto de premios o castigos. No se abre el cielo y un “señor con barba” impone en el terreno humano normas morales porque eso, además de no ser ético, es entronizar a un tirano. Como expresivamente lo enuncia SAVATER:

“El que evita matar a otro porque tiene miedo de ir al infierno es tan poco moral como el que no mata porque desea ganarse el cielo”⁶⁰.

Sobre las decisiones morales sostiene ADELA CORTINA:

“...son propias de los ciudadanos, no de los políticos que son elegidos para tomar decisiones políticas; tampoco de los jueces, que están para tomar solo decisiones jurídicas. Las decisiones morales son *cosas de ciudadanos*”⁶¹.

Esto no supone desconocer que existen grupos políticos que pueden y deben expresar sus convicciones en la vida pública para aportar sus argumentos que ayuden a tomar decisiones comunitarias. En todo caso, forma parte del debate público que se desarrolla en las esferas correspondientes para que eventualmente se solucionen las necesidades de los ciudadanos.

El *debate público* es el espacio donde se teje la vida en común desde las diferencias para llegar a los consensos sociales. Pero no es la instancia para imponer moralidades. Por eso, la *legalidad en la sociedad abierta y plural* marca los límites aceptables dentro de lo que deben moverse los ciudadanos sean cuales fuere sus creencias o incredulidades. Desde otro ángulo, son las religiones quienes tienen que ajustarse a las leyes pero no al revés a riesgo de imponer su moralidad y creencia religiosa en una sociedad laica.

De manera que en una sociedad laica y plural la moral cívica (lo bueno, lo

59 CORTINA, ADELA, *La ética en la sociedad civil*, Anaya, Madrid, 1994, p. 64 y ss.

60 SAVATER, FERNANDO, *La vida eterna*, Ariel, Buenos Aires, 2007.

61 CORTINA, ADELA, *Ob. Cit.*, p. 44.

malo) es construida por los individuos en el desarrollo de su convivencia social. Las personas como seres libres y racionales somos insustituibles en la edificación de nuestro mundo moral. Somos las encargadas de formular los juicios morales y de aprobarlos y transmitirlos. En contrario a lo que se piensa, no son los políticos ni los sabios los que diseñan la moral y sí nosotros: los ciudadanos de a pie.

En palabras de GARCÍA AMADO: *la moral es de cada uno y el derecho de todos*. Para el derecho no hay *inmoralidades* sino *ilegalidades*. Por eso es posible que comportamientos legales para el derecho puedan ser perfectamente inmorales para cierto sector de una sociedad plural. Ni la ley es moral por ser ley ni la moral es legal por ser moral. Son dos órdenes normativos distintos y los conflictos morales o jurídicos se resuelven uno en el seno de la conciencia y convivencia y el otro en el seno parlamentario.

Un ejemplo que se aplica en el derecho procesal y que separa lo moral de lo legal emerge de la máxima constitucional: “nadie está obligado a declarar contra sí mismo”. Una norma jurídica válida vigente y aplicable puede, sin embargo, convenirse que es moralmente inaceptable.

Ningún juzgador se alzaría contra la norma obligando al imputado renuente a declarar, *a decir la verdad de los hechos que conoce*. En la legislación argentina el imputado tiene “derecho a mentir” como principio constitucional, y, sin embargo, la dispensa de mentir (incluso deliberada) es moralmente inaceptable. Ninguna sociedad se construye sanamente sobre maquinaciones o afirmaciones falaces de los individuos. La mentira es algo en general repudiable porque destruye la confianza en la palabra y enemista a las personas y aunque sea útil o beneficioso mentir para aquel que lo hace por la ventaja que pretende extraer desde esa mentira, se justifica ese reproche moral⁶².

Si aceptamos que los jueces son los que dictan la moral, si los elevamos y le concedemos una autoridad ética, entonces dejamos abierta la posibilidad de transformar a la sociedad *en un monismo moral forjado -ahora- por ellos*. El riesgo de que esto acontezca ya se produjo en los planos políticos. Fueron los dictadores los que marcaban la única moral que debía ser aceptada por sus súbditos, transformando en vasallos a los ciudadanos.

Aquel que se alza por encima de sus pares y asegura tener y ser una autoridad moral porque ostenta un conocimiento superior y aduce haber descubierto la

62 POPPER, KARL, *La responsabilidad de vivir*, Paidós, Buenos Aires, 1994.

naturaleza humana (y por ende la verdadera forma de vivir) acaba, por lo general, sometiendo a los individuos a la tiranía de su razón (o sin razón).

Las soluciones integrales no existen y todo quien afirme poseerlas debe ser temido pues lo que propone es una ficción, un modelo ideal que aviva la fantasía prístina de un paraíso perdido que en realidad niega la ambigüedad, la diferencia humana y, por tanto, la posibilidad siempre abierta de la discrecionalidad judicial en que la solución nunca será única ni perfecta.

La perfección, el monismo, lo homogéneo, no es de este mundo y cuando se quiso imponerlo arrastró el alto precio de suprimir la dignidad humana.

9.2. EL PROCESO JUDICIAL SIN MITOS

Se consumieron milenios para que finalmente la idea de la democracia política en occidente fuera aceptada como modo de organización social, generando la convicción de que es la que permite *la mejor convivencia entre seres diversos*. Es la única que no acepta mitos, ni relatos para construir una sociedad perfecta o mejor. En el transcurrir de los siglos, el ser humano dejó de ser salvaje al independizarse de las creencias irracionales que lo envolvían, en donde imperaban los misterios y los sueños oníricos e imaginarios que alimentaban sus fantasías atávicas. El mismo concepto debiera plantearse frente a las *instituciones democráticas* y ante el ejercicio de las autoridades que las representan.

Las doctrinas no míticas sobre el proceso y la decisión judicial suponen la razonable culminación de una larga evolución ideológica, de un protocolo en el que participaron pensadores de gran influencia. En el proceso judicial no hay lugar para que el juzgador actúe como una autoridad salvacionista. No es el Guía y debería abjurar del afán de moralizar a la sociedad a partir de sus decisiones judiciales.

9.3. PAPEL DE LOS JUECES EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

La problemática debe centrarse en cómo los jueces ejercerían con discreción, humildad y espíritu democrático (de hecho y de derecho) su propia función a la hora de resolver los casos que encierran los conflictos jurídicos.

En una sociedad abierta los jueces no son funcionarios elegidos por la ciudadanía ni por un estricto orden de mérito. Son generalmente nombrados en forma vitalicia y por procedimientos ajenos al control directo de los pueblos; por tanto, es cuestionable que ellos tengan discrecionalidad sobre principios, puntos de

vista valorativos y concepciones ideológicas que solo corresponden a las autoridades de los poderes del Estado *que gozan de representatividad democrática*.

También es cuestionable, insistimos, el poder de aplicar una regla o principio que, por ser implícito, no forma parte del orden jurídico expreso. Si se relativiza de esa forma al Derecho, el juez pasa a transformarse en una figura política y, por tanto, formula valoraciones y calificaciones de ese tono, dejando de lado el aspecto técnico-jurídico que justificaría que sus decisiones son fruto de la aplicación del derecho.

La misión constitucional del juez pasa por construir un modelo de sociedad apartado de decisiones valorativas. Debe remitirse a aplicar con espíritu técnico el Derecho que le viene predispuesto. La legitimidad democrática la tiene el legislador pero, hoy en día, se lo desplaza por los jueces que actúan en sintonía con la opinión pública (poder mediático) y para legitimarse en el sentir de las mayorías y las pautas no se las marca la ley, la constitución o el precedente, *la agenda queda fijada por los medios de comunicación, entre otros factores ajenos al marco jurídico*.

Cuando un modelo procesal y de enjuiciamiento permite que el juzgador interprete el orden jurídico conforme *su sentido de justicia*, todo se inclinará hacia una irreductible y peligrosa subjetividad pura y dura del funcionario.⁶³ Y los justiciables, que sólo pueden ser conocedores del orden jurídico con sus variantes e interpretaciones, de suyo, serán desconocedores del “sentido de justicia” que anida en el espíritu del juzgador y, además, no tendrán parámetros objetivos de control racional que permitan verificarlo.

Cuando se depone a la razón y a la ley de su legítimo trono para situarse en el brumoso plano de la moralidad, la previsión de los decisorios judiciales se vuelve incierta y la inseguridad jurídica se torna cada vez más pronunciada.

GARCÍA AMADO nos regala varios supuestos que dejan al desnudo que la moral es un orden prescriptivo ajeno del sistema jurídico. Si la moral entra en juego, podría alegarla quien sea imputado del delito de homicidio y aduzca, como defensa, que bajo su propio imperativo moral suprimió el oxígeno a un paciente en terapia intensiva con muerte cerebral -que más temprano que tarde moriría- y que tomó esa decisión para utilizar sus órganos y, con esto, salvar vidas jóvenes. Parece asaz de claro que, frente a esa defensa, saldrá condenado por el juzgador con la simple aplicación de la ley penal en la mano.

63 GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, *Ob. Cit.*, p. 123.

Y si la moral pudiere ser un argumento válido efectuado por un justiciable demandado por el cobro del impuesto a las ganancias, por caso, sería factible aducir que -como padre de una prole numerosa- esté *moralmente* justificada su decisión de no tributar al Estado pues debe destinar ese importe a sufragar un mejor servicio de educación y salud a sus hijos, privilegiando éticamente las necesidades de su familia sobre la obligación de la contribución estatal. El resultado será inequívoco: *la condena al pago del tributo no satisfecho*.

Debería quedar claro que bajo el paraguas de la legalidad, tanto justiciables como jueces son destinatarios igualitarios del orden jurídico. Y nuestra moralidad no puede supeditar a la legalidad. Aunque las normas jurídicas vayan avaladas por razones morales las razones morales no dan vigencia a las normas jurídicas y solo originan un catálogo de normas éticas⁶⁴.

9.4. EL MODELO ASPIRACIONAL AL QUE NO SE DEBE RENUNCIAR

Un proceso judicial democrático y liberal debe quitarse de encima la aplicación de la moral por parte del juzgador y hay que quitarla porque no es *su moral* la que debe ser honrada en el proceso. Es que en una sociedad plural cada uno tiene la legítima aspiración de portar la suya pero no para desplazar el orden legal. La moral del juzgador no es superior a la del resto de los ciudadanos y la moralidad puede cuestionarse en espacios públicos pero no en un proceso judicial en el que se debaten conflictos humanos bajo un sistema jurídico vigente. Las ciencias sociales, ya lo hemos dicho, permiten difundir premisas teóricas de un presunto contenido científico, sin acreditar su validez. Es un lujo que no pueden permitirse las ciencias duras. Predicar que la moral es un componente inescindible del sistema jurídico o que la constitución supone un orden explícito o implícito de valores, debe ser acreditado por los carriles epistemológicos que den sostén a esas premisas.

Y dejamos para el final las enseñanzas de LUIGI FERRAJOLI que sellan a favor de la teoría iuspositivista buena parte de las cuestiones abordadas. En sus palabras, contenidas en la obra que ya laudamos como quizás la más valiosa del iuspositivismo contemporáneo: *Derecho y Razón*, toma firme postura sobre la separación del derecho y la moral:

“...la separación entre derecho y moral constituye el presupuesto ne-

64 GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, *Ob. Cit.* p. 123.

cesario de cualquier teoría garantista y al mismo tiempo de cualquier sistema de derecho penal mínimo, mientras que las diversas doctrinas pre y también postilustradas se encuentran en el origen de culturas y modelos penales sustancialistas y de una u otra forma autoritarios”⁶⁵.

Y sostiene en otro tramo:

“Todos los delitos -afirma HOBBS- son realmente pecados, pero no todos los pecados son delitos». Y BENTHAM representa la relación entre derecho y moral a través de la imagen de dos círculos concéntricos de distinto radio: más largo el correspondiente a la esfera moral, más corto el que delimita la esfera jurídica.

De acuerdo con ello, un hecho no debe ser prohibido si no es, en algún sentido, reprochable. Pero no basta con que sea considerado reprochable para que tenga que ser prohibido [...] pues la separación entre derecho y moral es la que, por una parte, impone el deber de justificar las prohibiciones y también los castigos y, por la otra, permite hablar de una ética de la legislación desde la que criticar las leyes como inmorales o, al menos, como injustificadas.

Una vez reconocida la autonomía entre las dos esferas valorativas, se puede, por ejemplo, considerar que son inmorales las normas que, en nuestro ordenamiento, castigan la mendicidad o el ejercicio abusivo de oficios ambulantes; y se puede admitir, sin gran dificultad, que muchos de los hechos previstos como delitos en los códigos penales -es el caso de los delitos políticos o sindicales- vienen impuestos o «justificados» por razones políticas o morales”⁶⁶.

A su turno, ADOLFO ALVARADO VELLOSO nos regala en su última obra *El fracaso de la justicia* este concepto que va en línea con todo expuesto. Afirma Adolfo que:

“desde el título mismo de este ensayo surge que la adopción plena del sistema acusatorio como método único de enjuiciamiento en todos los fueros judiciales es una deuda pendiente en toda la América latina, cuyos juristas importantes -tanto constitucionalistas como procesalistas- miran hacia otro lado desde siempre. Sólo así se llegará -por fin- a la aún demorada constitucionalización de toda clase de juzgamiento

65 FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 1995, p. 232.

66 *Ib.*, p. 460.

mediante la aceptación por parte de los jueces de que deben guardar clara imparcialidad *funcional*, que trascienda la meramente *personal*".

Y remata sus reflexiones de este modo:

"Aunque no puedo afirmarlo –por obligada falta de experiencia– es posible que, con esto, los jueces se dediquen exclusivamente a fallar los asuntos justiciables con juicioso sometimiento a la ley positiva con la mira en lograr una constante y perpetua paz social y no una quimérica e inalcanzable verdad. Con ello, a no dudar, concluirían sus cavilaciones en torno del antagonismo entre justicia e injusticia con la vista puesta en la moral y no en el derecho".

Para cerrar el libro cuarto con reflexiones propias, los publicistas, y las variantes iusmoralistas podrán convencer a hombres de buena voluntad (también a los jueces) e incluso a muchos cultivadores de la filosofía jurídica sobre ese nuevo orden de decidir que se la asigna a la judicatura regional, y de la visión de que la ley se encuentra sometida a la moral, pero tenemos la certeza de que nunca lograrán convencer a juristas libertarios y defensores de un Estado Constitucional de Derecho bien entendido. Siempre existirán los ALVARADO VELLOSO o los GARCÍA AMADO que nos regalarán preciosos argumentos para derribar estos nuevos mitos contruidos artificialmente por ciertos sectores o capas del procesalismo que quiere ungir a los jueces de un poder jurídico pero también ético, para imponer un reinado celestial en lo terrenal.

BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del Derecho Procesal*, Tomo I y II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.

- *El fracaso de la Justicia, FDCJ, Rosario, 2023.*

- *Proyecto de Código General Procesal Modelo para la Justicia no penal de Latinoamérica, con notas de correlación normativa y explicación de todas las instituciones legisladas*, disponible en la web, editado por la Academia Virtual de Derecho.

ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Palestra, Lima, 2010.

BACHOF, Otto, *Normas constitucionales o inconstitucionales*, Palestra, Lima, 2010.

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Carlos III Universidad de Madrid, Madrid, 2015.

BENABENTOS, Omar Abel, *Teoría General del Derecho Procesal*, Juris, Rosario, Argentina, 2001.

BERLIN, Isaiah, *Dos conceptos de libertad. El fin justifica los medios. Mi trayectoria intelectual*, Alianza, Madrid, 2019.

BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, Temis, Bogotá, 2007.

BUNGE, Mario, *Tratado de filosofía. Volumen 3: Ontología I. El molaje del mundo*, Gedisa, Barcelona, 2011.

CAMUS, Albert, *El hombre rebelde*, Losada, Buenos Aires, 2003.

CARPIO, Adolfo, *Principios de la filosofía. Una introducción a su problemática*, Glauco, Buenos Aires, 2004.

COPI, Irving y COHEN, Carl, *Introducción a la lógica*, Limusa, México, 2007.

CORTINA, Adela, *Ética aplicada. Democracia radical*, Tecnos, Madrid, 1993.

- *La ética en la sociedad civil*, Anaya, Madrid, 1994.

- *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*, Anaya, Madrid, 1994.

COSTA, José Carlos, *El derecho de familia y de las personas*, Estudio, Argentina, 1997.

DA FONSECA COSTA, Eduardo, *El proceso como institución de garantía*, publicación digital 360 IUS.

DE MIGUEL, Raimundo, DE MORANTE, El Marques, *Diccionario Latino-Español, Etimológico*, F. A. Brockhaus, Leipzig, 1867.

DESCARTES, Rene, *El discurso del método*, Losada, Buenos Aires, 2004.

DESMOND, Morris, *El hombre desnudo*, Planeta, Barcelona, 2009.

DI GIULIO, Gabriel, *Valoración judicial de la prueba*, Hammurabi, Buenos Aires, 2021.

DI PIETRO ALFREDO, *Derecho Privado Romano*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017.

DOSTOIEVSKI, Fiodor, *Los hermanos Karamazov*, Edaf, Madrid, 2001.

DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1992.

- *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2002.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Trota, Madrid, 1995.

FERRER BELTRÁN, Jordi, *Motivación y racionalidad de la prueba*, Grijley, Lima, 2016.

FONTANILLE, Jacques, *Semiótica y literatura, Ensayos de métodos*, Gredos, Madrid, 1994.

FOUCAULT, Michel, *Microfísica del poder*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2019.

- *Seguridad, territorio, población*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2004.

- *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1996.

FROMM, Erich, *El miedo a la libertad*, Paidós, Buenos Aires, 1987.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Decidir y argumentar, Jueces y argumentación jurídica*, Tirant Blanch, México, 2017.

- *Interpretación y argumentación jurídica*, Tirant Branch, México, 2017.

- *El iusmoralismo y la quimera de los derechos*, Almacén jurídico, publicación en la web, 2016.

- *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

- *Razonamiento jurídico y argumentación*, Nociones introductorias, Zela, Perú, 2017.

- *Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores*, Universidad de León (España), disponible en la web.

- *Un debate sobre la ponderación*, con Manuel Atienza, Palestra Editores, Temis, Bogotá, 2017.

GARRIDO GÓMEZ, Isabel, *La predecibilidad de las decisiones judiciales*, Revista Ius et Praxis, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Chile, 2014.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el Derecho Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Módulo: argumentación en materia de hechos*, Área de Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, disponible en la web. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/37145/1/apuntes_sobre_prueba_y_argumentacion_juridica.pdf

HECK, Philipp, *El problema de la creación del derecho*, Comares, Granada, 1999.

HAYEK, Friedrich, *Los fundamentos de la libertad*, Unión, Buenos Aires, 1960.

- *Camino a la servidumbre*, Unión, Madrid, 2008.

HERRENDORF, Daniel Esteban, *Las corrientes actuales de la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Argentina, Ediar, 1989.

HUME, David, *Investigación del conocimiento humano*, Alianza, Madrid, 2003.

IGLESIAS, María del Carmen, *Razón y sentimiento en el siglo XVIII*, Real Academia de la Historia, Madrid, 2001.

KANT, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*, Losada, Buenos Aires, 2008.

- *Fundamentación metafísica de las costumbres*, Losada, Buenos Aires, 1946.

- *La paz perpetua*, Losada, Buenos Aires, 1946.

KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2005.

KUHN, Thomas, *Las estructuras de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2011.

LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el Gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*, Alianza, Madrid, 2014.

MEROI, Andrea, *Argumentación para la Prueba de los Hechos*, Astrea, Buenos Aires, 2021.

MONTERO AROCA, Juan, *Ponencia El derecho Procesal del Siglo XX, presentada*

ante el XVII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal, Ciudad de Panamá, Panamá, 1999.

- *El principio acusatorio entendido como eslogan político*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n° 1, 2015.

MONTESQUIEU, Charles Louis Secondat, *Del espíritu de las leyes*, Losada, Buenos Aires, 2007.

NINO, Santiago Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2003.

PEYRANO, Jorge Walter, *Sobre el activismo judicial*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, activismo y garantismo procesal, Volumen XLVII, Córdoba, Argentina, 2009

POPPER, Karl, *Conjeturas y refutaciones*, Paidós, Buenos Aires, 1991.

- *La sociedad abierta y sus enemigos*, Titivillus, Buenos Aires, 2015.

- *La responsabilidad de vivir*, Paidós, Buenos Aires, 1994.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, Aguilar, Madrid, 1978.

SEBRELI, Juan José, *El malestar de la política*, Buenos Aires, Sudamericana, Buenos Aires, 2012.

SARTORI, Giovanni, *Qué es la democracia*, Alianza, México, 2001.

SARTRE, Jean Paul, *A puertas cerradas*, Losada, Buenos Aires, 2011.

SAVATER, Fernando, *La vida eterna*, Ariel, Madrid, 2007.

SEBRELI, José Luis, *El malestar de la política*, Buenos Aires, Sudamericana, Buenos Aires, 2012.

STUART MILL, J., *Sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 2013.

TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, Fondo cultura económica, México, 2019.

TARUFFO, Michel, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

- *La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?*, *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996.

- *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2001.

VALERY, PAUL, *El señor Teste*, Universidad Nacional Autónoma de México, Gallimard, 1991.

VIGO, Rodolfo, *Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006.

VOLTAIRE, *Cartas filosóficas y otros escritos*, Losada, Buenos Aires, 2015.

VON MISES, Ludwig, *Planificación para la libertad*, Unión, Buenos Aires, 2012.

WEBER, Max, *Economía y sociedad*, Fondo Cultura Económica, México, 1996.

