

# Límites de la discrecionalidad judicial. Responsabilidad y obligaciones de los jueces

V CONFERENCIA NACIONAL DE JUECES



DRA. MARÍA ROSA CABALLERO DE AGUIAR

Vicepresidenta 1ª de la Federación Argentina  
de la Magistratura y la Función Judicial

Es ficticia la motivación  
que no expresa  
y no justifica  
las elecciones esenciales  
de las cuales se compone  
la decisión, pues ello  
impide el control externo  
sobre la validez  
de dichos componentes.

MICHELE TARUFFO

## I. Discrecionalidad e independencia judicial

La discrecionalidad, en general, supone moverse en el terreno de lo razonable y es opuesta a la arbitrariedad. En materia de discrecionalidad judicial, debemos considerar, en primer término, que este tema está íntimamente relacionado con el de la independencia judicial. No se discute que este principio hace a los derechos fundamentales. La responsabilidad del Juez frente a la sociedad es, entonces, abrumadora, pues esa condición de independiente le exige desprenderse de toda presión o influencia externa, provenga de donde proviniese (poder, vinculaciones, compromisos, afectos, medios de comunicación, y hasta de los comentarios doctrinarios en cuanto puedan ser tendenciosos) como también de su propia subjetividad, de sus prejuicios,

para poder así actuar con absoluta imparcialidad, aplicando las razones de la lógica jurídica, valores y principios, su intuición y su leal saber y entender, conforme las reglas del arte y la ciencia. En suma, la garantía constitucional de Juez independiente, se consuma con su independencia personal, en función de la cual se construirá la independencia del Poder Judicial.<sup>1</sup>

El Juez no sólo debe ser independiente sino demostrarlo a través de la forma más directa y concreta que tiene de hacerlo, esto es, cuando dicta sentencia, de allí la importancia que tiene la fundamentación del acto jurisdiccional, y los límites a la discrecionalidad.

## II. Motivación de la sentencia. Límite a la discrecionalidad

### II.1. Justificación racional

Nuestra misión esencial es ayudar a preservar la paz social a través de la resolución de los conflictos sometidos a nuestra decisión, y ello sólo se logrará en la medida que las decisiones se sostengan en los principios morales que sean aceptados como tales por la sociedad a quien servimos. Enseña Dworkin que el deber moral primero de un Juez es tomarse en serio los derechos de las personas y de la sociedad, por lo que «es preciso exigir a los jueces que justifiquen *acceptablement* sus decisiones y solamente pueden ser aceptables las justificaciones fundadas en criterios racionales y objetivos de justicia ... el criterio o las máximas, conforme a las cuales un agente toma sus decisiones, solamente puede ser considerado como moralmente irreprochable si su aplicación general puede ser aceptada como razonable por parte de todos los posibles afectados por tales decisiones y por las consecuencias de éstas.»<sup>2</sup>

Básicamente, la decisión jurisdiccional debe ser ajustada a Derecho, a las normas legales. El problema se presenta

frente a la ambigüedad semántica, la laguna jurídica. Ante el silencio del texto, el intérprete debe llenar la laguna con otros materiales que se deben armonizar como piezas de un rompecabezas; aparece, entonces, la subjetividad del intérprete. Pero existen los «fundamentos de autoridad» para la interpretación (fuentes del Derecho, como la doctrina y jurisprudencia), los argumentos tópicos, lugares comunes, es decir, las reglas de apreciación ético-política o económica de los hechos, criterios de juicio extra normativo, integradores de la norma, como enseña Taruffo. Según este catedrático, lo que queda como remanente de la argumentación tópica, luego del análisis lógico, es el componente estrictamente retórico de dicha argumentación.<sup>3</sup>

### II.2. Principios generales del Derecho

Para los casos difíciles, en los cuales el mero silogismo racional positivista no sirve para la solución del caso, aparece entonces como regla deontológica de la función judicial, el deber del Juez de hacer primar los principios generales del Derecho, a tal punto que en nuestro sistema es el propio Legislador quien

deja librado al juzgador, en numerosas oportunidades, la aplicación de los principios generales del Derecho, en el caso concreto. Esta es, a mi entender, la real trascendencia de la función judicial como garante de la paz social.

El Juez debe encontrar en el orden jurídico una norma aplicable al caso (art. 15 del Código Civil), y suplir las lagunas del Derecho recurriendo a las fuentes subsidiarias como la costumbre, los «principios generales», las «buenas costumbres», el «orden público», la «buena fe», la «equidad». Se ha dicho que los principios generales del Derecho del art. 16 es un documento en blanco que el Legislador otorga al Juez.<sup>4</sup>

Cuando debe resolver un conflicto de intereses conforme la «equidad», es cuando el Juez debe poner toda su preparación, formación, grandeza, independencia, ecuanimidad, para aplicar ese concepto sin caer en abuso o arbitrariedad. Si a ese deber-facultad, le agregamos la obligación-potestad de control difuso de constitucionalidad de las leyes, nos damos cuenta de la trascendencia

que el sistema republicano argentino, concebido a imagen del norteamericano, le atribuye al Poder Judicial. Precisamente por este deber-facultad de control de legalidad, es que Rawls sostiene que los tribunales de justicia se convierten en el paradigma de «la razón pública» por la que se busca el bien general... «el papel de los jueces consiste precisamente en hacer eso [justificar sus decisiones mediante la razón] y al hacerlo no pueden exponer otra razón que la pública, ni otros valores que los de la razón pública-política, es decir, los principios de justicia del derecho y de la Constitución»<sup>5</sup>.

La decisión judicial debe ajustarse, entonces, a los principios universales de la moral pública y a los derechos humanos, y debe ser respetuosa de la «ética», «es decir, de la forma de ser y los valores propios de las personas y de las diferentes comunidades» y así fundada debe, además, ser realizable<sup>6</sup>.

Creo que cada vez que el Juez dicta sentencia, debe buscar lograr un «fondo común de racionalidad»<sup>7</sup>. Es que cualquier decisión para ser moralmente válida debe sustentarse en una deliberación

racional, pero además, si consideramos que la sentencia es el acto jurisdiccional por excelencia que crea y/o modifica la realidad cuando resuelve en forma definitiva una controversia entre partes con autoridad de cosa juzgada, la misma debe responder a los principios universales de justicia y solidaridad en los que debe fundamentarse la relación con los otros a la que alude el término «moral.»<sup>8</sup>

### II.3. Dialéctica entre la realidad socio-cultural particular del Juez y la alteridad.

Ahora bien, ¿cómo logramos conjugar ese *fondo común de racionalidad* con la aplicación de los principios y valores? Si bien el Juez, como cualquier ser humano, no podrá prescindir de su propia identidad cultural, deberá considerar la *alteridad*, es decir, la interrelación de valores y costumbres, lo que Touraine resume en el *diálogo entre culturas*<sup>9</sup>, que no es otra cosa que reconocer la propia individuación y la del otro y reconocerlas como sujetos de derecho, la comprensión de «sí mismo como otro» en palabras de Ricoeur.<sup>10</sup>

Una vez, estudiando retórica, me pregunté «¿a quién está dirigida la voz de una sen-

tencia judicial?» y me contesté que: «En la sentencia, si bien habla el personaje [Juez], se encuentra al yo empírico, quien busca que su hacer sea aceptado por la sociedad a la cual está dirigida, llegar a su sistema de valores, a lo que una comunidad dada entiende como verosímil, como justo; y de este modo, *'se dirige a sí mismo en una autocomunicación'*<sup>11</sup> encuentro que sólo será feliz cuando exista concordancia entre el sentido de justicia de la propia voz y la razón, la probidad y la equidad modeladas en el discurso logrado»<sup>12</sup>.

Ahora bien, el intérprete jurídico no puede aspirar a un resultado que sólo le satisfaga a sí mismo, tiene que llegar a un nivel de aceptación general al atribuir un significado a un texto jurídico. La interpretación jurídica siempre implica una selección entre alternativas (a través de la prueba y el error) y no puede basarse en reglas arbitrarias. «Cada ciudadano espera que la deuda de protección jurídica se respete cuando tiene que buscar justicia por medio de la maquinaria estatal»<sup>13</sup>, por lo que la jurisdicción no puede moverse en un ejercicio caprichoso y arbitrario de poder coercitivo. Aarnio

habla de «escalas» o «medidas» y dice que cada uno de tales criterios no es más que una «idea», como el modelo de un metro situado en París. «Es tarea de la teoría jurídica proporcionar a la comunidad jurídica tales criterios de un sistema jurídico ideal. El elemento ideal de esta noción es muy semejante al concepto de verdad en las ciencias naturales.»<sup>14</sup>

Esas escalas o medidas, son los principios generales, que Dworkin define como el «estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad»<sup>15</sup>.

Dichos principios tendrán validez si se justifican racionalmente por sí mismos y si se contextualizan con la realidad social, cultural y económica a la que están dirigidos, circunstancias todas que el Juez no puede dejar de valorar, sólo así la solución ha de aproximarse mucho más a la aspiración de hacer justicia en el caso concreto. Es fundamental comprender el ámbito cultural de quien

acude a pedir justicia e intentar valorar su entorno, despojados de todo prejuicio, ver al fenómeno social en su integridad.<sup>16</sup>

### III. Necesidad de la fundamentación de la decisión judicial

El Juez debe entonces, necesariamente, fundar sus sentencias en Derecho y argumentar, a los fines de explicar el sentido de sus decisiones; en otras palabras, debe justificar sus elecciones. Para ello cuenta con reglas que el arte de su profesión establecen. En nuestro derecho positivo los arts. 15, 16 y ccs. del Cód. Civil dan pautas para la interpretación de toda cuestión civil. Es la concepción democrática del ejercicio del Poder, según la cual quien ejerce un poder debe justificar las modalidades por las que éste es ejercido de un modo determinado y no de otro. «En este sentido, la obligación de motivar, garantizada constitucionalmente, asume un *valor político fundamental*: es el instrumento por medio del cual la sociedad está en disposición de conocer y de verificar las razones por las cuales el Poder jurisdiccional es ejercido en determinados modos en

los casos concretos. Se trata de un valor político *en sí*, puesto que la posibilidad de controlar el ejercicio del Poder coloca la base de la soberanía en la sociedad, que está en condiciones de poder ejercer su control. Se trata también de un valor político *instrumental*, debido a que a través del control sobre la motivación es posible verificar si se cumplió con otros principios fundamentales, como los de legalidad y de imparcialidad de la administración de justicia, que son típicos del moderno Estado de derecho»<sup>17</sup>.

También los juicios de valor pueden ser justificados por medio de argumentos racionales; para ello el Juez tiene que enunciar los criterios de valor que ha adoptado (y, eventualmente, justificando la elección de estos criterios de valor) y argumentar en torno a las razones por las cuales estos criterios fundan las valoraciones que él ha formulado en el caso específico. Del mismo modo, debe justificar el juicio relativo a la verdad o falsedad de los hechos de la causa e indicar qué pruebas ha considerado atendibles<sup>18</sup>, todo lo cual permite una valoración crítica de la coherencia inter-

na de ese conjunto, así como de su correspondencia con los valores que están codificados en el ordenamiento, con los valores asumidos como propios de la sociedad, o por una clase social en un momento histórico determinado, o con los valores asumidos como propios por el intérprete.<sup>19</sup>

#### IV. Fundamentación en equidad

Interpretar la Ley con equidad es, entonces, el gran desafío del Juez, cada vez que debe dictar sentencia, usando la razón y la ciencia, pero afinando su intuición; ser verdadero pretor cuando la justicia del caso concreto así lo exija.

Ya decía el Código de Manú que los fallos de los jueces «*se fundamentan en las circunstancias del caso, en la ley, las costumbres de cada comarca, los principios de la equidad y en las leyes eternas*» (Manú: Libro VIII, 3,178).<sup>20</sup>

Es que interpretar una ley no es sólo el análisis gramatical y lógico de su texto expreso, el cual, por haberse dictado para una generalidad y en un momen-

to histórico determinado, nunca puede aprehender toda la realidad dinámica de la vida. Consecuentemente, cuando la Ley no garantiza el bienestar general ni sirve a los intereses de la sociedad, debe ser interpretada a la luz de la equidad, conforme el paradigma de los derechos sociales.

«Toda vez que la validez y, por lo tanto, la legitimidad de los precedentes jurídicos, hayan sido seriamente cuestionadas de manera razonable, o que el propio Juez haya llegado a la conclusión de que hay sólidas razones (ya sean pragmáticas, éticas o morales) para decidir en contrario, su responsabilidad personal le exige producir una reinterpretación o la revisión de la Ley. Se comprende, por lo tanto, que la función del Juez no puede consistir en aplicar ciegamente, como autómatas, la letra de la Ley sin escuchar o tener en cuenta las advertencias, fundadas en buenas razones sobre, por ejemplo, las desastrosas o trágicas consecuencias sociales, culturales o económicas de una decisión, ya sea para el procesado o para la sociedad.»<sup>21</sup>

#### V. La pasión del discurso

En el análisis de la motivación de la sentencia judicial, no excluyo a la *pasión* del discurso, en tanto y en cuanto se contraponga a la indiferencia frente a la injusticia, y alguna vez a la pregunta acerca de a quién se dirige el texto de una sentencia, respondí que «si se analizan sus fundamentaciones, surge claramente una intención persuasiva del emisor quien pretende convencer, desde su posición de autoridad, acerca de la certeza y justicia de la decisión. Entonces, ¿a quién se pretende persuadir? Si se considera que la decisión judicial se le impone al justiciable a quien va dirigida, (normalmente lego), las argumentaciones del fallo no parecen redactarse para él; más bien parecen expuestos para los letrados que lo representan, y/o (en el caso de jueces inferiores) para los tribunales superiores, ante la eventualidad de que la sentencia fuera apelada o recurrida. Pero ¿a quién va dirigida la *pasión* del discurso? La respuesta lleva a encontrar al verdadero receptor, quien no puede ser otro que el género humano, incluido al propio emisor. Es que la fuerza y las energía puestas en las argumentaciones denotan el anhelo de

satisfacer la utopía subyacente de encontrar «la verdad», de «hacer justicia» en el caso concreto.

Considera Calamandrei que la motivación de la sentencia no es el fiel resultado lógico-psicológico del proceso que ha llevado al Juez a la decisión, sino más bien la apología que el Juez elabora a posteriori de la decisión misma<sup>22</sup>.

El Juez emisor busca conmovir y conmovirse comunicando su «palabra interior», más allá de la aprobación o reproche que pudiere merecer por parte de los colegas y superiores. Como sostiene Sentís Melendo: «en el campo que nos movemos, no puede haber neutrales, indiferentes; ante los males que afectan a la Justicia...la indiferencia es inadmisibles»<sup>23</sup>. Es que, a través de la función judicial, el Magistrado expresa, sin lugar a dudas, su ideología, su sentir.<sup>24</sup>

El Juez debe entonces buscar afanosamente la sintonía con aquellos principios básicos de justicia que valgan para todos los hombres por igual, la empatía con la concepción que la humanidad tenga sobre

lo que es justo o injusto. Para ello deberá hacer su propia elaboración utilizando su intuición: «Necesitamos una facultad que nos permita ver el objetivo desde cierta distancia y esta facultad es la intuición»<sup>25</sup>.

No propugno la adhesión conformista del Juez a las opiniones o a los prejuicios de las mayorías, a través de la adopción de un punto de vista simplificador y reduccionista, pues entiendo que las decisiones judiciales deben ser contra mayoritarias cuando los fundamentos de justicia, legalidad y rectitud lógica así lo exijan. Entonces, la argumentación tópica será útil para seleccionar y evidenciar los elementos metodológicos que sirven para el control externo sobre la misma motivación, pero de ningún modo sustituye el análisis lógico-estructural, sino que lo integra<sup>26</sup>. Seleccionar en el sentido de adoptar una alternativa como 'verdadera', 'válida', 'justa', 'útil', etcétera. Cada elección es realizada de acuerdo a criterios y a reglas-guía (racionalidad de la elección, por ejemplo). La individuación de la norma y de las características peculiares del hecho sobre el que debe recaer la decisión en concreto.<sup>27</sup>

En esencia, el Juez no debe perder de vista lo que Ciuro Caldani llama jusfilosofía trialista de la tarea judicial en la nueva Era, esto es, la dimensión sociológica, en tanto y en cuanto por su cercanía con los casos concretos pueden comprender mejor la realidad social; la dimensión normológica, por la cual debe pasar de la abstracción normativa a la concreción de la solución en el caso concreto, encuadrándolo en la norma y para lo cual puede contar con aportes de otras ciencias<sup>28</sup>; la dimensión dialógica, «para reconocer las exigencias de justicia».

Este sistema de autorregulación tendrá legitimidad en el resto de la sociedad, en tanto y en cuanto se plasme en una sentencia justa y objetiva, que muestre una «fundamentación externa», como pide Habermas<sup>29</sup>, y que excluya cualquier atisbo de arbitrariedad ■

<sup>1</sup> Conf. DE ZAN, JULIO, con cita de García Pascual, Legitimación democrática y poder judicial, Valencia, 1997, PÁG. 111.

<sup>2</sup> DE ZAN, JULIO, ob. cit. PÁG. 130.

<sup>3</sup> TARUFFO, MICHELE, «La motivación de la sentencia civil». Traducción de Lorenzo Córdova Vianello. ed. Trotta, S.A., Madrid 2011, PÁG. 175 y ss.

<sup>4</sup> AFTALIÓN, Los Principios generales del derecho y la reforma del código civil; L.L. 15-32.

<sup>5</sup> RAWLS, JOHN, citado por De Zan, Julio, ob. cit. PÁG.67.

<sup>6</sup> Idem, PÁG. 62.

<sup>7</sup> KIBÉDI VARGA, ARON, «Teoría Literaria. ed. Siglo XXI», México 1989, PÁG.251

<sup>8</sup> Conf. DE ZAN, JULIO, con cita de Habermas, Justicia y solidaridad; ob. cit. PÁG. 51.

<sup>9</sup> TOURAINE ALAIN. Igualdad y diversidad. Las nuevas tareas de la democracia, PÁG. 54 y ss. ed. Fondo de cultura económica, Brasil, 2000.

<sup>10</sup> Cita de De Zan, Julio, ob. cit. PÁG. 55.

<sup>11</sup> BOSSI ELENA, Leer poesía, leer la muerte. Un ensayo sobre el lenguaje poético, ed. Beatriz Viterbo Editora, Bs. As. 2001. PÁG.58

<sup>12</sup> CABALLERO DE AGUIAR, MARÍA ROSA, Una mirada de la sentencia judicial desde la retórica, Revis Edicere del Colegio de Magistrados de Jujuy, No 1, año 2004.

<sup>13</sup> AULIS AARNIO. Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica. <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141715.pdf>.

<sup>14</sup> AULIS AARNIO. Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica. <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141715.pdf>.

<sup>15</sup> DWORKIN, LAW'S EMPIRE, CAMBRIDGE, MASSACHUSETTS, PÁG. 53, citado por De Zan, ob, cit, PÁG.134

<sup>16</sup> «...la caracterización que pretendemos apunta a penetrar las formas y desordenar el conocimiento para recobrar la capacidad de analizar las condiciones necesarias y suficientes, la dimensión transfenoménica de los sujetos (Sartre) o lo que está debajo de la superficie (Foucault) o el posicionamiento de él o de los sujetos frente al Derecho, que pretendemos mostrarlo como herramienta para el acceso a la justicia y la dignidad humana y no como fin en sí mismo, abstracto e inalcanzable» Metodología de

la investigación en ciencias jurídicas, ed. Gowa, 2001, Carlos Alberto Ghersi PÁG.24

<sup>17</sup> Taruffo, ob. cit. PÁG. 19.

<sup>18</sup> Idem, PÁG. 24.

<sup>19</sup> Idem. PÁG. 84.

<sup>20</sup> Citado por Fernández, Alberto V., Función creadora del juez, ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1970, PÁG 11

<sup>21</sup> HABERMAS, citado por De Zan, Julio, ob. cit. PÁG. 63.

<sup>22</sup> CALAMANDREI, cit. por Taruffo, ob. cit. PÁG. 32.

<sup>23</sup> SENTÍS MELENDO, SANTIAGO, en la Introducción de la obra Proceso, Ideologías, Sociedad, Cappeletti Mauro Ed. E.J.E.A., Bs As., 1974, traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf.

<sup>24</sup> «Otra particularidad, objeto de la jurisprudencia, está en que el Derecho consiste no sólo en el saber (lo que se halla en la cabeza de los hombres) sino también en el sentir (lo que se halla en el pecho de los hombres) Este aditamento no figura en otras ciencias, a las cuales son enteramente extraños los prejuicios sentimentales. Pero en el Derecho, cuánto apasionamiento, cuánta pasión; en la mayor parte de

*los problemas jurídicos ha contestado el sentimiento antes que principie la interrogación científica. Esto no importa juzgar peyorativamente al Derecho; al contrario, tal vez consiste en ello su supremo valor»*)  
Novoa Montreal, «Elementos para una crítica y desmitificación del derecho» ed. Ediar, 1985, PÁG. 27, citado por Gheri, ob. cit. jurisprudencia)

<sup>25</sup> RAWLS, ob. cit, con cita de Heri Pincaré, PÁG.33

<sup>26</sup> TARUFFO, ob. cit. PÁG. 184 y ss.

<sup>27</sup> Idem. PÁG. 211.

<sup>28</sup> «A él le incumbe la tarea de resolver la relación a veces tensa entre norma y principios...es el encargado de desarrollar el 'espíritu' de la ley en el nuevo tiempo» Caldani Ciuro, Miguel A., El juez en el cambio histórico. Revista LL de fecha 31 de julio de 2001.

<sup>29</sup> HABERMAS, citado por De Zan, Julio, ob. cit. PÁG.140.ZSS