

El rol del operador judicial.

Por Claudio Fabián Loguarro¹

Abstract.

Estas líneas tienen por objeto reflexionar sobre el rol de los operadores jurídicos, con especial detenimiento en la labor de la magistratura, máxime en este momento tan crítico que vive nuestra República que interpela a todos los ciudadanos, con especial énfasis a los integrantes del Poder Judicial de la Nación, dado el descreimiento de nuestra sociedad para con sus instituciones.

Con la íntima convicción de intentar contribuir a desterrar cierta inercia teórica que impide transformar la realidad y con apoyo en los aportes de las modernas teorías de la argumentación jurídica, esbozaremos las reflexiones y propuestas que a continuación –con humildad personal y orgullo científico– compartiremos en la inteligencia, reitero, que todos estamos llamados a contribuir a la consolidación de un mejor servicio de justicia que legitime nuestra labor como magistrados.

La necesidad de dar respuestas no sólo cada vez más precisas sino más justificables es lo que ha propiciado el desarrollo de las *modernas teorías de la argumentación jurídica*.

Desde tal perspectiva, sostenemos:

- Que el significado de una regla legal es un fenómeno cambiante.
- Que en derecho es insuficiente un razonamiento puramente formal que se contente con controlar la corrección de las inferencias sin formular un juicio sobre el valor de la conclusión.
- Que motivar es autoimponerse límites.
- Que el argumento de “autoridad” lejos está de satisfacer todo requisito mínimo de justificación de las decisiones judiciales y resulta incompatible con una sociedad democrática.
- Que decidir no es argumentar.

¹ Abogado UBA. Docente grado y posgrado. Doctor en Derecho del Trabajo UNTREF. Doctor en Derecho Universidad Kennedy. Magíster en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales UNTREF. Juez Nacional del Trabajo.

- Que el derecho pasa por momentos de cambio, lo que exige, como consecuencia, nuevas categorías, conceptos e instituciones que comienzan a primar frente a otras que han sido tradicionalmente básicas.
- Que el derecho crea una específica discrecionalidad, aquélla a la que dota de límites y objetivos.
- Que la discrecionalidad supone moverse en el terreno de lo razonable y es opuesta a la arbitrariedad.
- Que la razonabilidad es el criterio demarcatorio de la discrecionalidad frente a la arbitrariedad.
- Que corresponde asignar a la seguridad jurídica un rol más modesto que el otorgado hasta ahora.
- Que el verdadero valor de la seguridad jurídica radica en el control de las decisiones judiciales.²
- Que si bien la seguridad jurídica es algo valioso que aporta al mejoramiento del derecho desde su especificidad, no funciona ni puede existir independientemente de la justicia sino como complementaria, adscripta o anexa a la justicia.
- Que la judicatura debe cumplir una misión de esclarecimiento jurídico, presupuesto básico para que se configure una situación de seguridad jurídica.³

El umbral de racionalidad que propiciamos exige el tratamiento y valoración de todos los argumentos pertinentes en el debate.

Desde tal perspectiva, la lógica jurídica es argumentación.

² Tal vez, como reflexiona Zagrebelsky, el derecho “podría permitirse ser esencialmente un derecho por reglas” en un contexto político y cultural homogéneo y en situaciones sociales mucho más estables que las actuales. Pero “... es muy dudoso que la certeza pueda ser hoy un objetivo realista y hasta deseable. Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid, Editorial Trotta, 1999.

³ Cabe recordar que la evolución de la disciplina laboral ha tenido en la jurisprudencia a una fuente protagónica. Cerca del 80 % del derecho positivo y en especial del contenido de la L.C.T. es creación jurisprudencial. Krotoschin, Ernesto. “La jurisprudencia en la formación del derecho del trabajo”, en *Derecho del Trabajo*, (1978), pág. 833.

En la teoría y en la dogmática jurídica hay obstáculos epistemológicos e ideológicos que desdibujan la politicidad del derecho y de la justicia, cuya remoción se hace imprescindible. A ellos se refiere Carlos Cossio, en el prólogo de *Ideología y Derecho* cuando describe con agudeza cómo lo que hacen los jueces afecta a todos, y cuánto de lo que hacen permanece oculto, tanto para ellos como para los demás mortales “sujetados” por sus decisiones.⁴

La necesidad de dar razones hace en definitiva a la legitimidad del poder jurisdiccional depositado en los magistrados y, en última instancia, a reforzar el sistema democrático en el cual todos aspiramos a vivir.

⁴ Ruiz, Alicia E. “La Politicidad de la Función Judicial o la cara oculta del Derecho”, en *Ideas y Derecho*, año IV número 4, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, pág.174.

La necesidad de justificar las decisiones.

La historia del derecho no es muy favorable hacia la imposición al juez de justificar sus decisiones.

En Francia, a finales del siglo XIII, se abandona por los jueces la práctica de motivar. Incluso se llega a advertir a los jueces que deben cuidarse de mencionar la causa de la decisión. Estaba prohibido publicar las resoluciones judiciales sin autorización del Parlamento.

Después de la Revolución Francesa –concretamente, en 1790- se dictan normas que establecen la obligatoriedad de la motivación de las sentencias civiles y penales.⁵

Prieto Sanchís asocia al absolutismo la falta de interés para la motivación de las decisiones judiciales y diversos autores coinciden en remitir la exigencia de fundamentación al proceso de democratización.

Lo cierto es que la responsabilidad del juez, en nuestros días, se ha convertido cada vez más en *la responsabilidad de justificar sus decisiones*.

La lógica formal y la lógica jurídica.

Para el modelo dogmático, el conocimiento en sentido estricto era el científico.

Tanto es así que para el jurista y matemático alemán Fiedler el destino natural de una regulación jurídica lo constituye el hecho de que sea posible basarse en ella para operar con las reglas de la lógica formal.⁶

Pero, en realidad, en la lógica judicial hay bastante poco de la lógica formal.

El papel de la lógica formal es hacer que la inclusión sea solidaria con las premisas pero el de la lógica jurídica es mostrar la aceptabilidad de las premisas.⁷

⁵ Vigo, Rodolfo L. “Razonamiento justificatorio judicial”, en *Revista Doxa*, N° 21 (1998), pág. 497.

⁶ Fiedler, Herbert. *Derecho, lógica, matemática*. Buenos Aires, Centro Editor de América latina, 1968.

Atienza señala que resulta descabellado pensar que la justificación jurídica consista exclusiva o fundamentalmente en una justificación de tipo lógico-deductivo.⁸

Agrega que el derecho implica valores de tipo formal (ligados con la idea de previsibilidad), valores de tipo material (vinculados a la noción de justicia o verdad) y valores de tipo político (conectados a la noción de aceptación).

La lógica jurídica es argumentación.

En derecho es insuficiente un razonamiento puramente formal que se contente con controlar la corrección de las inferencias sin formular un juicio sobre el valor de la conclusión.

Tal como afirma Haba⁹ el discurso jurídico no puede ser conformado de acuerdo con el rigor propio de las ciencias en sentido estricto.

Aún pervive en la academia la diferenciación escolar y para nada inocente, entre derecho y política solapando y naturalizando el reparto de poder existente en la sociedad, construyendo una neutralidad falsa bajo la creencia del derecho como ciencia objetiva, donde la subjetividad no tiene lugar.

En efecto, cómo soslayar los innumerables factores extra-jurídicos que delimitan y a veces hasta señala por sí mismos el sentido de los fallos judiciales.

Estamos hablando del sistema de creencias, escala de valores, historia de vida, prejuicios y presiones que el juez debe soportar como así también del contexto histórico y socio-político que lo alcanza y determina.

El derecho está plagado de innumerables contradicciones, lagunas y redundancias, mitos y ficciones.

Las premisas jurídicas son dialécticas, esto es, probables.

⁷ Perelman, Chaim. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid, Editorial Civitas, 1979, pág. 232.

⁸ Atienza, Manuel. "A propósito de la argumentación jurídica", en *Revista Doxa*, N°21 (1998), pág. 37.

⁹ Haba, Enrique. "Racionalidad y método para el derecho ¿es eso posible?", en *Revista Doxa*, N°8 (1990), pág. 268.

Señala Julia Barragán que la elaboración y justificación de una decisión jurídica posee una estructura y un procedimiento que le es propio y que dicha estructura se diferencia de la de otras instancias del razonamiento jurídico.¹⁰

Mientras un juicio acerca de su coherencia es suficiente para la justificación de una inferencia jurídica, en el caso de la *decisión jurídica* la evaluación de la misma, además del señalado juicio de coherencia, se vincula a un complejo proceso de justificación.

La realidad del derecho, tanto la de sus discursos como la de las conductas sociales inspiradas en éstos, es muchísimo más complicada que cualquier cálculo.

Sin perjuicio de ello, cabe aclarar que sostener la practicidad del razonamiento jurídico no implica sustraerlo a las exigencias lógicas o formales.

La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación exige que las decisiones sean “derivación razonada del derecho vigente”, lo que equivale a decir que las sentencias no pueden desconocer las exigencias de la lógica.

Lógica y certeza.

Ahora bien, la lógica es el estudio de los argumentos; su objeto es distinguir el razonamiento correcto del razonamiento incorrecto.

Sin embargo, la única lógica segura en virtud de su certeza es la deductiva en la que es necesaria toda la información. Su utilidad alcanza a los casos simples (mera subsunción) pero se torna inoperante en los casos difíciles.

Es más, la lógica deductiva:

a) nada dice sobre cómo establecer las premisas, es decir, parte de ellas como algo dado,

¹⁰ Barragán Julia. “La respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica”, en *Revista Doxa*, N° 8 (1990), pág. 64.

b) sólo suministra criterios formales de corrección: podríamos construir una inferencia lógicamente correcta aunque utilizáramos una norma manifiestamente inválida y un relato de hechos que contradijera frontalmente la realidad y no estaríamos atentando contra la lógica,

c) no determina la decisión del juez sino, en todo caso, la conclusión del silogismo, esto es un enunciado del deber ser.

Estas características son remarcadas por varios autores, que nos recuerdan que las normas que forman parte del silogismo jurídico no son ni verdaderas ni falsas.

En conclusión, en el ámbito del derecho que algo sea lógico no significa que sea acertado, asimismo, que algo sea acertado no significa que sea lógico.

El silogismo no proporcionará ni la premisa mayor ni la premisa menor.

El punto determinante para la solución del caso radica en un aspecto por lo general muy descuidado: la *justificación de la selección de las premisas utilizadas*.

Corría el año 1910 cuando el juez alemán J.G. Gmelin ya advertía que “pareciera ser un secreto a voces, el hecho de que en la mayoría de los casos podemos apoyar a cualquiera de las dos partes de una controversia, mediante deducciones y construcciones extraídas de la regla jurídica con lógica impecable”.¹¹

Contexto de descubrimiento y justificación.

La implementación de la decisión se da en el marco de múltiples fuerzas sociales que la condicionan y que no se pueden desconocer.

¹¹ Haba, Enrique, op. cit., pág. 248.

Los *juristas* dicen que la justificación interna es siempre lógica porque se refiere al paso de las premisas a la conclusión (contexto de justificación) pero, además, se requiere una justificación externa que consiste en mostrar el carácter más o menos fundado de las premisas que integran el silogismo que concluye en la sentencia.

Aunque no siempre se advierte, en la tarea jurisdiccional concurre un extraordinario margen de maniobra.

Por ello es que consideramos que:

motivar implica autoimponerse límites.

Los fundamentos no sólo se dirigen a los litigantes sino, por extensión, interesan a la sociedad toda.

De esta manera, un Poder contramayoritario como el Judicial, se legitima socialmente.

La democracia también tiene que ver con el control externo de la toma de decisiones.

El “argumento de autoridad” en la hora actual lejos está de satisfacer todo requisito mínimo de justificación de las decisiones judiciales y resulta incompatible con una sociedad democrática.

La argumentación judicial tiene por misión mostrar cómo la mejor interpretación de la ley se concilia con la mejor solución del caso concreto.

En derecho es insuficiente un razonamiento puramente formal que se contente con controlar la corrección de las inferencias sin formular un juicio sobre el valor de la conclusión.

Parafraseando a Villey, podemos concluir que *el derecho* es una obra colectiva que comienza a determinarse con la mayor generalidad, pero que culmina el juez cuando otorga una respuesta jurídica al problema que le llevaron los mismos que lo han constituido en autoridad.

Carlos Nino señalaba que “el derecho es una gran acción colectiva que transcurre en el tiempo... una práctica social... quiere decir que el juez que tiene que decidir un caso no tiene que decidir como si estuviera solo en el mundo”¹².

Como ya señalamos, el derecho en cuanto práctica racional presupone –o implica- no sólo valores de tipo formal (ligados con la idea de previsibilidad), sino también de tipo material (vinculados a las nociones de justicia o de verdad) y de tipo político (conectadas a la noción de aceptación)¹³.

Decidir no es justificar.

Dar a conocer a la sociedad y no sólo a los litigantes las razones para las decisiones judiciales que son tomadas, hace esencialmente a la adecuada marcha del Estado de Derecho y a la cimentación efectiva del sistema democrático de gobierno.

Esto tiene que ver con la legitimación social de la actividad de los jueces.

Coincidimos con María L. Pardo quien al dar cuenta que toda sentencia judicial responde al fenómeno de la argumentación –el texto judicial es esencialmente un texto argumentativo-, destaca que en la sentencia los jueces no aplican una norma general a un caso particular a través de una ecuación que imposibilite la entrada de la subjetividad; por el contrario, toda argumentación está cargada de la subjetividad del hablante, en este caso el magistrado.¹⁴

Esto posibilita “humanizar” el derecho y contrariamente a lo que en un primer momento puede suponerse, darle vida.

Asimismo, a diferencia de los axiomas que hacen abstracción del contexto, la argumentación se inserta necesariamente en un contexto psicosocial, que no se

¹² citado por Atienza, Manuel. “A propósito de la argumentación jurídica”, en *Revista Doxa*, N° 21 (1998), pág. 36.

¹³ Atienza, Manuel, op. cit., pág. 47.

¹⁴ Pardo, María Laura. *Derecho y lingüística. Cómo se juzga con palabras*. Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión, 1992, pág. 117.

puede separar enteramente de las fuerzas subyacentes, sean éstas económicas, institucionales, ideológicas o de cualquier otra índole¹⁵.

Si bien los conflictos sociales nunca habrán de desaparecer, los jueces tienen la obligación de encontrar la mejor solución a la cuestión debatida en autos y la de brindar a la sociedad las razones tenidas en cuenta para decidir.

Después de la Revolución Francesa y durante más de un siglo, al colocarse en primer plano la legalidad y la seguridad jurídica, se acentuó el aspecto sistemático del derecho y el aspecto deductivo del razonamiento judicial. Ganó extensión además la idea de que este último no se diferenciaba del razonamiento puramente formal.

La aproximación entre el derecho y las matemáticas debía garantizar el funcionamiento previsible e imparcial de los tribunales. Esta manera de ver las cosas subordinaba, con más nitidez que cualquier otra, el Poder Judicial al Legislativo y favorecía una visión estática y legalista del derecho.

La búsqueda de soluciones concretas obliga con frecuencia a reinterpretar los principios, a contraponer el espíritu a la letra de la ley o lo que es lo mismo, adoptar el punto de vista práctico, que toma en consideración las consecuencias que resultan de la aplicación de una regla frente al punto de vista formalista, que es el de la aplicación literal del texto.¹⁶

Las nociones deben ser utilizadas y adaptadas a las situaciones más variadas, no hay por qué buscar el verdadero sentido de las palabras, como si hubiera una realidad exterior, un mundo de las ideas, a las cuales ellas deban corresponder y ajustarse.

La cuestión del sentido de las palabras no es un problema teórico que tenga una solución única conforme a lo real, sino que es un *problema práctico*, que consiste en encontrar o en elaborar si es necesario, el sentido que se adapte mejor a la solución concreta que por una u otra razón auspiciamos.

Saber derecho no es saber leyes y mucho menos puede ser reducida la labor judicial a una mera compulsión de diccionarios.

¹⁵ Perelman, Chaim. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid, Ediciones Civitas, 1979, pág.163.

¹⁶ Perelman, Chaim, op. cit., pág.160.

Creemos firmemente que la magistratura lo que debe proteger es el sistema de valores que la sociedad tiene, este es el cuerpo que hay que defender.

Al decir de T. Sauvel¹⁷ : “Motivar una decisión es expresar sus razones y por eso es obligar al que la toma, a tenerlas. Es alejar todo arbitrio. Únicamente en virtud de los motivos el que ha perdido un pleito sabe cómo y por qué. Los motivos le invitan a comprender la sentencia y le piden que no se abandone durante demasiado tiempo al amargo placer de “maldecir a los jueces”.

Por encima de los litigantes, los motivos se dirigen a todos.

En una sociedad democrática, el derecho para funcionar eficazmente debe ser aceptado y no sólo impuesto por medio de la coacción.

CAPITULO FINAL.

Conclusiones.

Para tomar palabras de Hart, son dos las técnicas de las que se vale el derecho para regular las conductas: el precedente y la legislación, siendo ambos elementos necesarios de todo sistema jurídico.¹⁸

Las regulaciones tienen que tener algún tipo de contenido y estabilidad, a fin de que la vida social no caiga en el caos.

Sin embargo, esta necesidad no puede ser utilizada, como de hecho lo ha sido en ciertos casos, para detener la evolución y el cambio de respuesta que los conflictos reclaman.

Por lo tanto, el juez no debe aceptar “ciegamente” el precedente.

¹⁷ citado por Perelman, Chaim, op. cit., pág. 202.

¹⁸ Hart, H. L. A., El concepto de derecho, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977, pág. 155.

Esto mismo ha sido reconocido –motivaciones aparte– incluso por la propia Corte Nacional al observar que si bien la permanencia de la jurisprudencia es deseable con fundamento en la preservación de la seguridad jurídica, no debe obstar a su revisión cuando medien razones de justicia suficientes al efecto.¹⁹

En idéntico sentido, así como nadie tiene en principio un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes, con mayor razón, tampoco lo tiene al de criterios jurisprudenciales o reglamentaciones judiciales (CSJN, 29.9.1987 “Enriquez, Leonardo c. Mayoral, Juan Bautista”, Fallos 310:1924).

Es que si bien todo precedente se construye con una pretensión de corrección, nunca puede tener una rectitud absoluta en el sentido que sea definitivo y válido para todos los tiempos.

Nunca es definitivo, porque la inabarcable variedad y el continuo cambio de las relaciones de la vida originan constantemente nuevas y complejas cuestiones a resolver. Definitivamente válido tampoco puede serlo, porque la interpretación tiene siempre una referencia de sentido que le sirve de base condicionado siempre por el factor tiempo, de suerte tal que un cambio en la situación demanda el consiguiente ajuste jurisprudencial.

A lo que sí tiene derecho la sociedad es a que su Poder Judicial sea parte de la solución y no del problema.

La vaguedad y la ambigüedad de las normas jurídicas se resuelven en cierta medida, mediante la interpretación dada a estas normas por los actos de aplicación.

En consecuencia, cabe exigir al Poder Judicial que contribuya con su labor al esclarecimiento y determinación del sistema jurídico.

Hay mucha inercia teórica aún donde más vivo está el derecho, que es en los tribunales.

¹⁹ Fallos: 248:115; 167:121; 183:409; 212:325, entre otros.

Por tal motivo, sostenemos:

- Que el significado de una regla legal es un fenómeno cambiante.
- Que en derecho es insuficiente un razonamiento puramente formal que se contente con controlar la corrección de las inferencias sin formular un juicio sobre el valor de la conclusión.
- Que motivar es autoimponerse límites.
- Que el argumento de “autoridad” lejos está de satisfacer todo requisito mínimo de justificación de las decisiones judiciales y resulta incompatible con una sociedad democrática.
- Que decidir no es argumentar.
- Que el derecho pasa por momentos de cambio, lo que exige, como consecuencia, nuevas categorías, conceptos e instituciones que comienzan a primar frente a otras que han sido tradicionalmente básicas.
- Que el derecho crea una específica discrecionalidad, aquélla a la que dota de límites y objetivos.
- Que la discrecionalidad supone moverse en el terreno de lo razonable y es opuesta a la arbitrariedad.
- Que la razonabilidad es el criterio demarcatorio de la discrecionalidad frente a la arbitrariedad.
- Que corresponde asignar a la seguridad jurídica un rol más modesto que el otorgado hasta ahora.
- Que el verdadero valor de la seguridad jurídica radica en el control de las decisiones judiciales.²⁰
- Que si bien la seguridad jurídica es algo valioso que aporta al mejoramiento del derecho desde su especificidad, no funciona ni puede existir

²⁰ Tal vez, como reflexiona Zagrebelsky, el derecho “podría permitirse ser esencialmente un derecho por reglas” en un contexto político y cultural homogéneo y en situaciones sociales mucho más estables que las actuales. Pero “... es muy dudoso que la certeza pueda ser hoy un objetivo realista y hasta deseable. Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid, Editorial Trotta, 1999.

independientemente de la justicia sino como complementaria, adscripta o anexa a la justicia.

- Que la judicatura debe cumplir una misión de esclarecimiento jurídico, presupuesto básico para que se configure una situación de seguridad jurídica.²¹

El umbral de racionalidad que propiciamos exige el tratamiento y valoración de todos los argumentos pertinentes en el debate.

Desde tal perspectiva, la lógica jurídica es argumentación.

En la teoría y en la dogmática jurídica hay obstáculos epistemológicos e ideológicos que desdibujan la politicidad del derecho y de la justicia, cuya remoción se hace imprescindible. A ellos se refiere Carlos Cossio, en el prólogo de *Ideología y Derecho* cuando describe con agudeza cómo lo que hacen los jueces afecta a todos, y cuánto de lo que hacen permanece oculto, tanto para ellos como para los demás mortales “sujetados” por sus decisiones.²²

La necesidad de dar razones hace en definitiva a la legitimidad del poder jurisdiccional depositado en los magistrados y, en última instancia, a reforzar el sistema democrático en el cual todos aspiramos a vivir.

²¹ Cabe recordar que la evolución de la disciplina laboral ha tenido en la jurisprudencia a una fuente protagónica. Cerca del 80 % del derecho positivo y en especial del contenido de la L.C.T. es creación jurisprudencial. Krotoschin, Ernesto. “La jurisprudencia en la formación del derecho del trabajo”, en *Derecho del Trabajo*, (1978), pág. 833.

²² Ruiz, Alicia E. “La Politicidad de la Función Judicial o la cara oculta del Derecho”, en *Ideas y Derecho*, año IV número 4, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, pág.174.

USO OFICIAL