Algunas problemáticas entorno al proceso de toma de decisión judicial

Certain problems around the decision-making process in juridical matters

POR AGOSTINA CURCIO (*)

Palabras claves

argumentación jurídica
sesgos cognitivos
decisión judicial

Resumen

Contemplar al Derecho como una práctica social compleja nos lleva a plantearnos interrogantes que pueden resultar incómodos y nos obliga a dejar de lado una visión netamente formalista. Así, el perfil de juez que adopte esta perspectiva deberá estar dispuesto a enfrentar dificultades cotidianas del proceso. En ese sentido, se analizará el proceso de reconstrucción de los hechos y cómo inciden en él las presunciones, los indicios y los sesgos que suelen afectar no sólo a quien lo dirige, sino también a otros actores del litigio. Sin embargo, las problemáticas que enfrenta el magistrado en el proceso no se agotan en el juicio de hecho. Existen cuestiones vinculadas al juicio de derecho y a la motivación de las decisiones judiciales, por lo que se abordarán aspectos de la interpretación normativa sobre ideas postpositivistas, tales como la existencia de principios, la ponderación y la razonabilidad de las soluciones.

Abstract

Considering Law as a complex social practice leads us to ask ourselves questions that can be uncomfortable and forces us to put aside a formalistic vision. According to this, the profile of the judge who adopts this perspective must be willing to face daily difficulties of the judicial process. Thus, it is proposed to analyze the process of reconstruction of facts and how the assumptions, the evidence and the biases that usually affect not only the person who directs the process, but also other actors in trial, impact in it. However, the problems that the magistrate must face in the trial are not only focused on the facts. There are issues related to the law and the motivation of judicial decisions. So, aspects of the normative interpretation based on post-positivist ideas will be addressed, such as the existence of principles, the balancing and the reasonableness of the solutions reached.

Keywords

legal argumentation
cognitive biases
judicial decision

(*) Abogada y Escribana, Universidad Nacional de La Plata con mención de honor. Diplomada en Argumentación Jurídica, Universidad de San Isidro "Dr. Plácido Marín". Prof. Adjunta en la Cátedra I Introducción al Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata.

I. Derecho como práctica. Entrelazamiento con otros discursos y el rol del juez

Desde que comenzamos a cursar nuestra primera materia en la Facultad nos enseñan que el Derecho es un sistema de normas -o más bien, de reglas-. De hecho, a lo largo de los cinco años de la carrera nos dedicamos, mayoritariamente, a estudiar articulados de códigos, leyes nacionales y provinciales, normas municipales, etc. Muchas veces ni siquiera se nos invita a interpretarlas en consonancia con la Constitución Nacional; sino que reflejan compartimentos estancos que debemos aprender a la perfección para ejercer la profesión el día de mañana. Nos enseñan que el Derecho es algo que está allí afuera y que podemos conocerlo sin necesidad de efectuar ningún tipo de valoración. Desde jóvenes incorporamos la mirada del positivismo jurídico como un dogma religioso, quizás porque resulta más fácil contemplar al Derecho de una forma simplificada y evitar así cuestionamientos que nos podrían incomodar. Precisamente esos cuestionamientos son los que aparecen cuando deseamos ver más allá de las normas y realmente entender qué abarca esta disciplina. Como sostiene Atienza: “el positivismo jurídico no podía considerarse como una concepción aceptable de Derecho” (2014, p. 299). Ello abrió las puertas a visiones mucho más modernas que amplían el escenario y nos llevan a entender que se trata de una práctica social compleja.

Este giro aparece de la mano de autores como Perelman, Vieweg y Recasens Siches, quienes han sido precursores de la teoría de la argumentación jurídica y han sabido recalcar la idea de que el Derecho no puede conocerse de una forma puramente teórica. Como explica García Amado, debemos analizarlo “como praxis, como actividad eminentemente práctica y que la naturaleza de esa práctica es una naturaleza argumentativa” (2013, p. 108). En otras palabras, si estamos dispuestos a enfrentar esos cuestionamientos incómodos a los que nos referimos anteriormente, comencemos a pensar al Derecho en estos términos: como algo que se hace para la práctica y en la práctica.

Siguiendo esta línea, no caben dudas de que la labor diaria de los operadores jurídicos involucra la argumentación. Quienes desempeñamos la profesión de forma liberal buscamos exponer las razones que resulten más convincentes y así persuadir al juez para que dicte sentencia a favor de nuestro cliente. Por otra parte, el magistrado debe resolver el caso motivando su decisión con argumentos pertinentes y suficientes -evitando caer en la arbitrariedad- y logrando una solución que sea aceptable tanto para las partes del proceso, como para la sociedad en general. Sucede que el juez entabla un diálogo con nosotros en su sentencia y “debe hacerlo apelando a la razón común y compartida, a los esquemas colectivamente vigentes” (García Amado, 2013, p. 188). Como ha sostenido Nino, el Derecho es una gran acción colectiva que transcurre en el tiempo y ello obliga al juez a no decidir como si estuviera sólo en el mundo, sino teniendo en consideración cómo puede aportar a esa práctica colectiva, siendo consciente de las actitudes y las expectativas de la sociedad (Nino, 1993). Esto demuestra también la naturaleza política del Derecho para el autor argentino, debido a que cual-

quier acción jurídica reviste un carácter político, toda vez que tiene el poder para determinar nuevas reacciones, actitudes y expectativas.

Esta idea que planteamos de Derecho como práctica trae aparejada una dimensión valorativa. Como vemos, la problemática jurídica es compleja y puede ser analizada desde múltiples puntos de vista. Es allí donde entran en juego consideraciones de la situación social histórica, propósitos o fines de la comunidad, y la idea de justicia como rectora máxima. Esto no es nuevo; Recasens Siches (1971) hace más de cincuenta años afirmaba que los problemas prácticos de nuestra disciplina podían ser valorados desde diversas aristas de la mano de las “directrices de prudencia”, un conjunto infinito de criterios tales como la dignidad humana, la paz, la armonía, la eficacia, la conveniencia, etc., que guían la decisión judicial.

Hoy en día, autores afines a las corrientes postpositivistas le brindan especial importancia a la interpretación como un aspecto vital de la mirada que proponemos. Con ella se trata de desarrollar los valores de la práctica jurídica (Atienza, 2014), ya que esa tarea implica asumir un punto de vista. Entonces el papel del juez no es el de un autó-mata que solo aplica reglas, sino mucho más activo, haciendo uso de las herramientas que le proporciona la teoría de la argumentación. Así, no caben dudas que la interpretación está guiada por valores y, de alguna manera, tiene como fin satisfacerlos.

Estas miradas llevan también a reconocer que el Derecho es algo más que un conjunto de reglas. Con autores como Dworkin y Alexy comenzamos a visualizar que la estructura del sistema jurídico también incluye principios; es decir, normas abiertas que presentan una diferenciación basal con las clásicas reglas. Sin embargo, se encuentran íntimamente conectadas, ya que incluso pueden darles sentido a éstas últimas. En palabras de Aguiló Regla “permiten verlas, por un lado, como instrumentos para la protección y promoción de ciertos bienes (valores) jurídicos y, por otro, como resultados de un ´balance, ponderación o compromiso´ entre principios para el caso (genérico) que ellas regulan” (2007, p. 669). Siguiendo esta línea, reconocer la existencia de principios implica adentrarse a nuevos modos de resolver problemas jurídicos. Al clásico razonamiento subsuntivo se suma la posibilidad de la ponderación, que no es más que poner en consideración los principios que colisionan y establecer cuál de ellos prevalece teniendo presente las condiciones del caso concreto. Sobre este tópico profundizaremos más adelante.

Por otra parte, la práctica del Derecho nos enfrenta diariamente a problemáticas que los juristas han dejado de lado y que involucran aristas psicológicas y sociológicas. No caben dudas de que en la figura del juez inciden múltiples elementos de comportamiento que encuentran su origen en factores cognitivos, o bien en la realidad social -que no le resulta ajena como sujeto- y que coadyuvan a la conformación de su personalidad. Todos ellos, inconscientemente, pueden conducir a juicios errados e influir negativamente en el dictado de una sentencia.

En razón de lo que hemos expuesto, el juez que se anime a romper con la tradición iuspositivista de -algunos- viejos planes de estudio de las universidades, a reconocer problemáticas vinculadas al juicio de hecho y al de derecho, y a re-pensar al Derecho como una práctica social compleja bajo estos pilares, deberá estar dispuesto a enfrentar dificultades cotidianas del proceso judicial, -que hacen al contexto de justificación, pero también al de descubrimiento- a las que muchos prefieren hacer oídos sordos. Seguramente resulte más sencillo pasarlas por alto, más aún en un Poder Judicial desbordado de expedientes y litigiosidad. Sin embargo, el magistrado que comprenda esta visión moderna deberá adoptar un rol más activo, realmente empapado de los actos procesales que se llevan adelante y que fundamentalmente no se autoperciba como omnipotente. ¿Cuáles son las problemáticas que deberá afrontar? A continuación, analizaremos algunas de ellas.

II. Algunas problemáticas que enfrenta el juez... (y también el abogado litigante) durante el proceso civil

II.1. El proceso. La interpretación de hechos y sus implicancias en la práctica tribunalicia

Antes de adentrarnos en las problemáticas que enfrentan los magistrados -y los abogados litigantes- en el proceso es interesante analizar cómo se vinculan todos los sujetos procesales en ese escenario. Podríamos destinar páginas y páginas de este trabajo a los aspectos formales y teóricos de sus etapas; sin embargo, preferimos exponer un enfoque más práctico y vinculado a la experiencia jurídica.

El proceso representa un diálogo entre las partes y, a su vez, entre ellas y el juez. Los litigantes exponen los hechos -que serán, en su mayoría, posterior objeto de prueba-, expresan las razones en favor de su posición y de las normas que consideran aplicables al caso, y refutan las posiciones contrapuestas. En su seno se da un debate sobre cuestiones probables o verosímiles que necesita de una lógica particular. No podemos recurrir a procedimientos rigurosos o demostrativos -como las matemáticas-. La lógica del proceso debe ser blanda, ya que en él se abordan problemas prácticos -vinculados a valoraciones-, cuya solución se logra con la argumentación. Esta mirada que propone el profesor Giuliani nos muestra al proceso empapado de retórica y dialéctica, como un escenario que propicia la libre discusión siempre enmarcado en las reglas con las que el juez debe “organizar” la controversia, asegurando la igualdad de las partes.

En otro orden de ideas, no podemos negar que en el proceso inciden cuestiones psicológicas, políticas, ideológicas y éticas, además de las puramente jurídicas. Todas ellas influyen en los sujetos procesales que participan y quienes a su vez tienen sus propios intereses. Las partes, gracias a sus abogados que ofician de “igualadores retóricos” -como sostiene Bohmer-, estarán más preocupadas por persuadir al magistrado, que por la búsqueda de la verdad. En cambio, el juez, dependiendo su perfil,

posiblemente esté motivado en lograr una solución razonable o, simplemente, en dictar una sentencia que sea condescendiente con el criterio de los tribunales superiores -para que sea confirmada ante una eventual apelación-, sin importar si se arribó a la justicia del caso concreto.

En esta realidad tan compleja se avizoran problemáticas entorno a los hechos y la verdad, el razonamiento probatorio y la valoración de la prueba, entre otras.

II.1.1. El conocimiento de los hechos. “Verdad material” vs. “verdad procesal”

Los hechos resultan elementos claves en el proceso. Si bien existen numerosas definiciones -algunas más simples, otras más complejas- diremos que son “aquello que hace verdaderas o falsas nuestras proposiciones” (González Lagier, 2005, p. 20). Nuestra labor probatoria, como abogados en un litigio, se focaliza en mostrar que la afirmación sobre determinado hecho es probablemente verdadera, ya que ello implicaría aceptar que el hecho ocurrió.

Ahora bien, lo primero que podemos preguntarnos:, ¿es posible conocer los hechos? No quisiéramos caer en posturas extremas como el cognoscitismo ingenuo o el escepticismo radical, sino adoptar un punto de vista de equilibrio que no eche por tierra -en razón de nuestra propia subjetividad- cualquier posibilidad de conocer los hechos con cierto grado de objetividad; pero que tampoco niegue, ni minimice problemáticas que rodean a la temática. La primera opción sería paralizante o hasta incluso frustrante. La segunda implicaría dejar de lado una serie de fenómenos vinculados a la percepción e interpretación que inciden en el proceso e, indirectamente, en la decisión del juez. Proponemos, entonces, abordar este tema desde un “cognoscitismo crítico” en términos de González Lagier. Ello nos obliga a reconocer que podemos conocer los hechos, porque “impactan en nuestra consciencia”. Sin embargo, existen datos sensoriales e impresiones que pueden distorsionar la forma en que los captamos. Allí entran en juego ilusiones ópticas o auditivas, alucinaciones, fallas de nuestros órganos sensoriales, etc. Es clave que el juzgador tenga en cuenta estos aspectos al momento de evaluar pruebas testimoniales o confesionales, más aún en los casos en los que se cuenta con un único testigo. Sobre este tópico volveremos más adelante.

Siguiendo nuestra idea inicial, nuestra labor como abogados se centra en mostrar que las afirmaciones que hacemos sobre determinados hechos son verdaderas. Para ello utilizamos los medios probatorios, que lejos están de tener una naturaleza matemática que nos lleve a la verdad absoluta. En ese sentido, permitirán al juez acercarse a una verdad relativa y graduable. Cuantos más elementos concurran en una misma dirección y se complementen mutuamente, mayor plausibilidad de que el hecho haya sucedido de esa forma. Esta visión es la que la doctrina denomina “verdad como coherencia”, que sostiene que un enunciado es verdadero cuando es coherente con otros.

Así, por ejemplo, cuando las declaraciones de varios testigos van en sintonía con el informe pericial sobre la mecánica de los hechos, se sostiene que esa versión de lo acaecido es verdadera, ya que “constituye una explicación que no violenta nuestra experiencia acerca de cómo suceden normalmente las cosas” (González Lagier, 2014, p. 18).

Siguiendo esta línea, no compartimos aquella distinción doctrinaria entre verdad material y verdad procesal. Ciertos autores hablan de la existencia de una verdad formal, que se establece en el marco del pleito gracias a las pruebas aportadas; y por otro lado, una verdad histórica, vinculada a la experiencia “extraprocesal”, a la que se llega mediante otras herramientas cognoscitivas. De alguna manera ello termina asociando la idea de verdad procesal a lo relativo; mientras que la verdad material se vincula con lo absoluto. En nuestra opinión la verdad, tanto fuera como dentro del proceso, siempre es probable en razón de las problemáticas expuestas en los párrafos anteriores y otras similares que trataremos en el presente trabajo. En otras palabras, existen situaciones cognoscitivas que son extrañas al proceso y que afectan el establecimiento de la verdad en todos los órdenes. Además, interfieren también preconceptos, nociones, aspectos culturales que condicionan la interpretación que el sujeto hace de los hechos y conlleva a acercarnos a una verdad que es meramente “relativa”. Como sostiene Taruffo “cualquier verdad es, pues, en ese sentido relativa y no existen fuera del proceso verdades absolutas respecto de las que la verdad procesal sea, por definición, algo menor” (Taruffo, 2005, p. 75).

Si bien es cierto que en el marco de un litigio existen ciertas reglas institucionales que limitan plazos de producción - y, en algunos casos, medios probatorios-, y ello puede atentar contra la búsqueda de la verdad; también es real que existen recursos como las “medidas de mejor proveer” que le permiten al juez indagar más allá de los medios de prueba ofrecidos por las partes en pos de esclarecer la trama del pleito. Estas medidas permiten alcanzar mayor plausibilidad sobre los hechos. Por lo tanto, no debemos referirnos a “la verdad procesal” como una distinta de la que puede alcanzarse fuera del proceso; ni tampoco pensar a las reglas institucionales como las únicas culpables que nos impiden llegar a una noción absoluta.

Como sostiene la doctrina:

La verdad siempre es aproximada, probable. Pero no por ello tenemos que dejar de perseguirla. La ‘verdad procesal’ debe tratar de ajustarse, en la medida de lo posible, a la verdad material y no ser un sustituto de ella. Si lo fuera, si bastara con que el juez declarara probados ciertos hechos para estos fueran ‘verdad’ en el marco del proceso, no existiría error judicial, convertiríamos al juez en infalible. (González Lagier, 2014, p. 19)

El magistrado debe hacer sus mayores esfuerzos para buscar la verdad; de otro modo, no tendría sentido hablar de la pretensión de justicia y corrección de su decisión.

Sin perjuicio de lo expuesto, es interesante reconocer la mirada de los abogados litigantes frente a este escenario. Sin dudas, no les interesa la búsqueda de la verdad, ni entienden que esa sea la finalidad de la prueba. Allí vemos una clara distinción respecto del propósito del proceso para el juez. Quienes defienden intereses en un proceso y asumen una postura parcial utilizan al procedimiento probatorio y a su resultado como un instrumento retórico. Con ello pretenden convencer al juzgador sobre la versión de los hechos que sostienen. En algunos casos, incluso, tomarán beneficio de aquellas distorsiones en la percepción e interpretación de los hechos que pueden repercutir en los sujetos, y harán uso de todas las herramientas procesales para desvirtuar e impugnar la prueba ofrecida por la contraria. El magistrado, en rol de director del proceso, deberá estar alerta de ello y prestar atención a estos factores que lo alejan de la verdad y afectan su comprensión sobre los hechos.

II.1.2. Indicios

Como vemos, el escenario en el que se desarrolla el litigio civil es complejo. En razón de las problemáticas que hemos descripto, muchas veces nos encontramos con hechos que resultan difíciles de probar. A ello debe sumarse el paso del tiempo que incide negativamente en la cantidad de medios probatorios a disposición, por ejemplo, en accidentes viales en los que, luego, se pierde la posibilidad de localizar a los testigos; o incluso en las pretensiones de recompensas a favor de la sociedad conyugal sobre bienes propios de un cónyuge, en las que ya no se dispone de documental que confirme los aportes por resultar muy antigua. Lo mismo ocurre al intentar acreditar hechos psicológicos, como estados mentales o emocionales, que hacen a la esfera íntima de la persona.

En este tipo de situaciones, no existe una prueba directa que nos permita su reconstrucción, por lo que recurrimos a indicios. Estos pueden ser entendidos como un hecho que está en relación tan íntima con otros, que un juez llega de uno a otro por medio de una conclusión natural. Es decir que la prueba indiciaria (*presunción hominis*) conecta hechos conocidos con una conclusión nueva, a partir de ciertas regularidades empíricas. Debemos remarcar que la conclusión será probable, debido a que los indicios de ninguna manera crean una certeza absoluta en el magistrado. Este tipo de presunciones no son infalibles, ya que resultan derrotables en caso de que aparezcan nuevas pruebas que rompan ese nexo entre los hechos que actúan de base y la conclusión. Sin embargo, su fuerza radica en que, a falta de nueva información, la acreditación de los hechos base es suficiente para dar por acreditados los hechos presuntos.

¿Podemos tomar cualquier hecho como base para construir un razonamiento indiciario? El abogado litigante deberá ser cuidadoso al presentar su argumento y apoyarlo en hechos reales y directamente probados como punto de partida. Además, no debe tratarse de un indicio aislado, sino que deben ser varios. En ese sentido, el criterio adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires -SCBA-

sostiene que las pruebas obrantes, analizadas conforme las reglas de la sana crítica, deben constituir suficientes indicios que, por su número, precisión, gravedad y concordancia, permitan concluir la tesis defendida por el actor (SCBA, Martínez, María Esther contra Rodríguez, Francisco Gerardo. Daños y perjuicios, 27/04/2011).

¿Cómo puede desvirtuarse una prueba indiciaria? El abogado de la parte contraria deberá recoger y asumir la carga de prueba.

En este sentido, las presunciones hominis cumplen la función de invertir la carga de la prueba. Aceptar un ‘es presumible’ implica aceptar que quien corría con la carga de la prueba ha suministrado prueba suficiente para tener éxito en su pretensión probatoria; y que, por tanto, quien quiera oponerse a esa pretensión corre ahora con la carga de probar. (Aguiló Regla, 2017, p. 106)

Por lo tanto, una de sus estrategias podrá ser negar el hecho base en el que se apoya la presunción hominis y presentar elementos en ese sentido. Asimismo, deberá prestar atención si el hecho base realmente ha sido acreditado o es meramente conjetural, ya que en este último caso la prueba indiciaria pierde toda fuerza de convicción.

Otra opción será mostrar que las máximas de la experiencia citadas como nexo de conexión están erradas; o bien que el hecho presuntivo va en contra de ese juicio de regularidad o, incluso, de conocimientos científicos o reglas de la lógica. Por último, en pos de rebatir la prueba indiciaria podrá reconocer que la presunción es probable, pero argumentar que se encuentra probado en forma directa en las actuaciones otro hecho que resulta incompatible con el indicio.

II.1.3. Derrotabilidad de los argumentos

Todo ello se relaciona con lo que Pollock ha denominado “argumentos rebatibles”, que son construidos a partir de sustentos razonables pero tentativos; por lo que nueva información podría “invalidar” ese sustento. Esa derrotabilidad está dada por la posibilidad de encontrar contraargumentos. Así, se genera un conflicto, debido a que ambos no pueden ser aceptados conjuntamente y debe determinarse cuál de ellos prevalece. Cuando uno no es mejor que el otro se debe establecer algún mecanismo que indique la preferencia, ya sea por cuestiones de confiabilidad o especificidad en el razonamiento.

En ese sentido, la doctrina reconoce que

‘A’ puede derrotar a ‘b’ en el tiempo t con el conocimiento K. Ahora bien, en el tiempo t2 con el conocimiento K2, ‘a’ puede no derrotar a ‘b’ porque, por ejemplo, la imposibilidad de aceptación conjunta se ha esfumado, o siguen siendo incompatibles pero las preferencias han cambiado. (Alessio, 2017, p. 39)

Echemos luz con un ejemplo: el profesor X vio a Tom sustraer un libro de la biblioteca, por lo que puede suponer que efectivamente lo robó (a). Sin embargo, la madre de Tom señala que su hijo se encuentra varios kilómetros de distancia y que el hermano gemelo de Tom -que es cleptómano- estaba ese día en la biblioteca (b). El argumento B actúa como derrotador de A.

Sin perjuicio de lo expuesto debemos reconocer la existencia de “derrotadores aparentes”. Imaginemos que aparece el psiquiatra de la madre de Tom y menciona que es una mentirosa compulsiva y la existencia de un hermano gemelo de Tom es producto de su imaginación (c). Ahora, el argumento rival al original (b) era sólo un derrotador aparente y no genuino. Así la creencia del profesor recupera su estado inicial. De esta manera se configura lo que se conoce como “defensa o restablecimiento de argumentos”.

En palabras del autor argentino, “la derrota establece que un argumento deja de ser razonable cuando se ha actualizado la, de algún modo tácita, advertencia: esto es razonable a menos que tal y tal cosa” (Alessio, 2017, pp. 49-50).

II.1.4. Presunciones legales

¿Es lo mismo hablar de “presunciones hominis” que de “presunciones legales” -establecidas por las normas jurídicas-? La gran diferencia es que, éstas últimas, operan en el ámbito normativo y no en el fáctico. Esto quiere decir que están recogidas en reglas o en principios. En nuestro ordenamiento jurídico podemos hallarlas, por ejemplo, en el artículo 566 Código Civil y Comercial -CCCN-¹ que establece la presunción de paternidad matrimonial. Pero también se encuentran en principios como el de fe pública o el de inocencia. Tienen la particularidad de modificar, a priori del inicio del proceso, el objeto de la carga de la prueba, particularmente en relación a hechos que son sumamente difíciles de probar. Conllevan a facilitarle a la parte la acreditación de un hecho, a partir de probar otro que resulta más sencillo. Pensemos en el caso de la ausencia con presunción de fallecimiento: nuestro ordenamiento jurídico presume el fallecimiento de cualquier persona domiciliada en nuestro país que haya naufragado en un buque perdido o que se haya encontrado en un incendio o suceso similar con varias víctimas fatales, y no se tengan noticias de ella por 3 años. Entonces, el actor está dispensado de acreditar el fallecimiento, de modo que alcanzará con que muestre la participación del sujeto en el evento trágico -por ejemplo, que abordó un avión que luego se precipitó en el agua- y que no se han tenido novedades en el lapso de ley. Al operar en el campo normativo, estos dispositivos legales **obligan** al juez a tener por probado el hecho, si la parte acreditó el presupuesto de la presunción; siempre

(1) “Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte (...)”.

que no haya prueba en contrario (*iuris tantum*). Como vemos, el ordenamiento jurídico impone un “deber de presumir” bajo determinadas circunstancias.

A mitad de camino, entre unas y otras, encontramos las presunciones judiciales. Son aquellas construcciones jurisprudenciales generadas a partir de reiteración de casuística, que contienen estándares probatorios y que permanecen estables en el tiempo. Un ejemplo de ello es el criterio de Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina -CSJN- adoptado en el fallo “Sisnero, Mirtha Graciela y otros el Taldelva SRL y otros s/ amparo” (20/05/2014), en el que se estableció que si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia. Este tipo de estándares concretan una presunción que, si bien no obliga al magistrado en los términos de una presunción legal, terminan creando una “obligación moral” de aplicarla cuando emanan de tribunales superiores por su fuerza vinculante. Recordemos que en la práctica los pronunciamientos del máximo tribunal generan cierto constreñimiento en los jueces de grado inferior, quienes no suelen apartarse de su criterio. Será astucia del abogado litigante hacer uso de ello en el entramado de su red argumentativa.

II.1.4. Los sesgos del juez en la apreciación de la prueba

Pensar al Derecho como una práctica social compleja, también nos lleva a reconocer que su amplitud necesita un abordaje interdisciplinario. Mirar la problemática jurídica sólo desde una perspectiva normativa deja fuera tópicos cotidianos de la labor tribunalicia que inciden en la resolución de litigios, pero que son ignoradas por los operadores jurídicos. Terminan minimizando o negando su impacto e incluso sosteniendo que no hacen a la problemática jurídica. Sin embargo, es innegable su vinculación con la decisión judicial.

Algunas de estas cuestiones que han sido dejadas en manos de la psicología durante décadas son aquellos problemas de percepción e interpretación que mencionamos en el apartado anterior. En el proceso de la comprensión de los hechos los sujetos no están exentos de cometer errores producto de emociones, estímulos o fallas en los órganos sensoriales; incluso incurrir en lo que se denomina “falsa memoria”. También enfrentan el tamiz de su propia historia, con conocimientos, recuerdos, influencias culturales, formas de ver el mundo que inciden en la manera en la que interpretan lo que sucedió. Esto se conecta directamente con la idea de la heurística y los sesgos que la doctrina ha señalado y que juega un papel clave en el proceso judicial. Es allí donde comienzan las dudas: ¿El testigo en realidad percibió e interpretó correctamente el hecho; o estuvo “nublado” por alguno de estos factores? Pero no sólo los sesgos pueden jugarle una mala pasada al testigo, sino también al juez. A fin de cuenta, el magistrado también es un sujeto falible.

Las heurísticas son atajos mentales simples que se utilizan en el proceso de decisión. Por lo general, implican focalizarse en un sólo aspecto del problema complejo a abordar, dejando de lado los otros, lo que puede dar lugar a errores denominados “sesgos cogni-

tivos". Al fin y al cabo, como sostiene Kahneman "una heurística para responder a una pregunta difícil es encontrar la respuesta a una pregunta más fácil" (Kahneman, 2021, pp. 162-163) y es esa sustitución en el interrogante lo que puede causar errores predecibles.

Si bien este proceso mental suele regir los juicios automáticos o intuitivos, es cierto que muchas veces se lo utiliza intencionalmente como una estrategia cuando se posee información limitada y se debe tomar una decisión. Exploremos algunos de ellos y los sesgos cognitivos a los que pueden conducir.

Kahneman reconoce el procedimiento heurístico de la disponibilidad (*availability*) que se vincula con la facilidad de traer a la mente una idea particular. "El sujeto procede a valorar la probabilidad de que acaezca un suceso, tomando en consideración la facilidad con la que el propio sujeto puede recordar o imaginar ejemplos de sucesos similares" (Muñoz Aranguren, 2011, p. 5). A partir de ello, realiza una serie de asociaciones, que en ocasiones resultan forzadas. Sucede que, al estimar hechos ocurridos en el pasado, es realmente difícil dejar de lado sus consecuencias; por lo que este atajo mental conduce inconscientemente a considerar que esas consecuencias eran previsibles desde el primer momento e inevitables. "El sujeto proyecta automáticamente su nuevo conocimiento hacia el pasado, no siendo consciente, ni capaz, de reconocer la influencia que este proceso ha tenido en su juicio sobre lo acontecido" (Muñoz Aranguren, 2011, p. 6). Así el juzgador cae en el sesgo retrospectivo buscando patrones, condicionado por los resultados que están a su alcance en el expediente, como así también por su experiencia de intervenir en litigios similares en el pasado; y todo ello lo llevará a generar conexiones que no siempre son correctas.

Sin embargo, este tipo de sesgo cognitivo no sólo puede afectar al juez, sino también a testigos en el proceso, ya que puede modificar el recuerdo que se tiene de un hecho. La sobreestimación de previsibilidad, de la mano de la mayor sensación de inevitabilidad puede distorsionar la memoria y hacer que la persona inconscientemente varíe datos que creía saber sobre dicho suceso antes de que tuviese lugar. De esta forma, el sujeto brinda un relato condicionado que quizás no refleja fielmente lo sucedido.

Otro sesgo común en el ámbito judicial es el sesgo de confirmación. Consiste en recopilar información que respalde y confirme nuestra posición. Así, se sobrevaloran pruebas y argumentos que van en ese sentido y se ignoran aquellos en contrario. El magistrado que caiga en ese sesgo buscará sostener su decisión a la luz de unas pocas pruebas "parcializadas" concordantes con su primera opinión sobre el caso. Esto puede estar motivado por un prejuicio contra alguna de las partes o una conclusión precipitada sobre el litigio. Sucede que, como reconoce la doctrina en la materia,

Nos formamos impresiones coherentes con rapidez y somos lentos en cambiarlas (...). El sesgo de confirmación -la misma tendencia que nos lleva, cuando tenemos un prejuicio, a ignorar por completo las pruebas que lo contradicen- nos hace asignar menos importancia de la que deberíamos a datos ulteriores. (Kahneman, 2021, p. 168)

Por último, otro sesgo de importancia en el escenario judicial es el denominado “sesgo de grupo”. La doctrina lo caracteriza como una distorsión cognitiva que “provoca el error de valorar de forma injustificadamente homogénea las actitudes, actos y opiniones de las personas que pertenecen al mismo grupo, y por la sola razón de pertenencia a ese grupo” (Muñoz Aranguren, 2011, p. 9). Esto se encuentra íntimamente relacionado con el estudio que realiza la psicología social sobre construcción de la identidad del sujeto. El psicólogo británico Tajfel² sostuvo que parte del autoconcepto de un individuo estaría conformado por su identidad social, esto es, “el conocimiento que posee un individuo de que pertenece a determinados grupos sociales junto a la significación emocional y de valor que tiene para él/ella dicha pertenencia” (Scandroglio, López Martínez y San José Sebastián, 2008, p. 81). De esta forma, el autoconcepto y la autoestima se fortalecen por la identificación con grupos sociales; y el actuar individual es un reflejo de las actitudes y las prácticas que se esperan en un grupo particular.

Sin embargo, esta categorización puede llevar a la creación de estereotipos y prejuicios, de la mano con mayores hostilidades a quienes no pertenecen a la misma nacionalidad, etnia, religión, clase social, etc. que el sujeto. No olvidemos que los prejuicios son los sentimientos y emociones positivas o negativas que se tienen sobre un grupo de personas. Si un estereotipo es negativo, dará lugar a prejuicios negativos también. Esa generalización en exceso llevada adelante por la heurística no está exenta de ocurrir en el ámbito judicial. Podría llevar al juez a formarse una idea negativa errada sobre, por ejemplo, un testigo o incluso una de las partes del proceso, en relación a creencias previas asociadas a determinado grupo social. En otras palabras, podría implicar que el magistrado ‘a priori’ juzgue que el testigo miente porque pertenece a X categoría social; o que el demandado ejerció violencia -tal como esgrime la actora en su escrito- porque tiene X condición social.

De forma opuesta, este sesgo también puede llevar a favoritismos hacia quienes forman parte del mismo grupo que el sujeto. Sucede que la identificación con el otro acentúa la cohesión endogrupal, que se traduce en mayor afinidad.

La actitud positiva hacia los miembros del propio grupo producida de esta forma es denominada ‘atracción social’, y define un modo de atracción en el cual los sujetos no son apreciados en tanto que individuos únicos, sino en tanto que encarnaciones del prototipo grupal. (Scandroglio, López Martínez y San José Sebastián, 2008, p. 82)

En el ámbito que nos ocupa, esto podría hacer que el magistrado sobrevalore positivamente el testimonio de aquel testigo con el que comparte intereses, aficiones,

(2) Henry Tajfel comienza a sentar las bases de la teoría de la identidad social (TIS) hacia los años 1950. Algunos años después, John Turner -junto a otros colaboradores- retoma las enseñanzas de su predecesor desarrolla la teoría la autocategorización del yo para complementar la TIS.

status social, creencias religiosas; o incluso inclinarse por aquella parte -actor o demandado- que mejor encarne las características de su grupo social.

¿De qué forma pueden “neutralizarse” estos sesgos en la toma de decisiones judiciales? En primer lugar, debemos reconocer que el juzgador podría verse afectado por más de uno, lo que complejiza aún más el escenario. No obstante, lo principal es que quienes hoy desempeñan el rol de jueces realmente sean conscientes de la existencia de la heurística y de los errores que ella puede llevar a cometer; y despertar una actitud proactiva para minimizarlos. “Detectar los sesgos es inútil si los responsables últimos de las decisiones no se comprometen a combatirlos” (Kahneman, 2021, pp. 238-239). ¿De qué sirve hacer un listado exhaustivo de posibles sesgos si los integrantes del poder judicial hacen oídos sordos a esta temática por desconocimiento o por desinterés? Por eso, resulta vital capacitar a los magistrados para que se den cuenta de la importancia de estas nociones de la psicología social, cómo influyen en sus sentencias y cómo pueden superarlas. Se sugiere el ofrecimiento de cursos periódicos sobre la materia, organizados por los máximos tribunales con profesionales interdisciplinarios; como así también la inclusión de problemáticas entorno a los sesgos en las evaluaciones del Consejo de la Magistratura. Ello permitirá visibilizar una temática que frecuentemente es poco asociada al ámbito tribunalicio, pero que como observamos tiene una influencia indiscutible.

II.1.5. La valoración de la prueba: sana crítica y máximas de la experiencia

En nuestro país, en el ámbito civil, rige un sistema de libre valoración de la prueba³. Pero ¿cuán libre es un juez para decidir que un hecho ha sido suficientemente probado? Su libertad no es “absoluta”, ya que correría riesgo de elaborar una decisión arbitraria; sino que en realidad la apreciación de la prueba en el proceso se realiza a la luz de las reglas de la sana crítica. Estas constituyen un conjunto heterogéneo de leyes de la lógica y máximas de la experiencia que actúan como un mecanismo de control de las argumentaciones en materia probatoria. Cuando nos referimos a leyes de la lógica, hacemos hincapié en leyes fundamentales de coherencia y derivación, y los principios lógicos de identidad (algo no puede afirmar al mismo tiempo dos cosas contradictorias), de no contradicción (algo no puede ser y no ser al mismo tiempo), de razón suficiente (en caso de dos afirmaciones contradictorias, si una de ellas es verdadera, la otra es falsa necesariamente) y del tercero excluido (si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes).

(3) Se sigue el criterio del maestro Lino. E Palacio, quien sostiene que las “reglas de la sana crítica, entendidas como normas de criterio fundadas en la lógica y la experiencia, no constituyen un sistema intermedio entre el de las pruebas legales y el de las libres convicciones, sino un modo particular de designar al sistema de la libre apreciación de la prueba” (Palacio, 2004, p. 422).

Centrémonos en las máximas de la experiencia. Estas han sido caracterizadas por Stein como

Definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos. (Stein, 1893, p. 21)

Su fuente es la vivencia pasada o la observación del juzgador y suelen ser asociadas al sentido común, ya que responden a una constatación de ciertos fenómenos se producen de manera regular. Siguiendo esa línea, son principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano y científico verificables, que **actúan como fundamentos de posibilidad y realidad**. De esta manera, entendemos que colaboran en determinar cuándo una declaración testimonial o confesional es fiable, qué calidad debe reunir un documento para ser considerado fidedigno, qué fuerza probatoria tiene un dictamen pericial etc.

La CSJN ha delineado un criterio jurisprudencial sobre la correcta aplicación de las reglas de la sana crítica. En diversos precedentes ha dejado sentado cómo debe procederse a la valoración de la prueba a los efectos que no arribar a una decisión arbitraria. Los elementos del juicio deben apreciarse en su conjunto, de forma integrada, y no efectuando un análisis parcial o aislado. Esto último conllevaría a desvirtuar su eficacia (Fallos 326:2211). Siguiendo este orden de ideas, el magistrado que haya caído, por ejemplo, en el sesgo de confirmación, también estaría vulnerando las reglas de la sana crítica, ya que dejaría de lado deliberadamente prueba decisiva. Al respecto la CSJN ha sentenciado que esa prescindencia “importa un apartamiento de las reglas de la sana crítica y una renuncia a ponderar elementos que pueden conducir a la determinación de la verdad objetiva” (Fallos 326:1163); lo mismo ocurriría en el caso de excluir elementos objetivos que deben ser ponderados de acuerdo al curso natural y ordinario de las relaciones humanas (Fallos 321:1596).

Sin embargo, esta idea de la “sana crítica” nos deja sabor a poco. A pesar de los esfuerzos doctrinarios y jurisprudenciales continúa siendo un término que abre más interrogantes que certezas. Estas máximas de la experiencia a las que hicimos referencia no son más que las formas de resolver casos que le hayan dado buen resultado al juez en el pasado. Pero ¿cómo sabría el magistrado que sus conclusiones en casos anteriores han sido correctas? ¿Cómo sabría que, en el pasado, no ha realizado un juicio sesgado? -y vale destacar que, si resulta difícil identificar sesgos en otros, es aún más arduo ser consciente de los propios-. Entonces, quizás, tenga razón Guibourg (2015) al cuestionarse si la sana crítica, en realidad, es un recurso retórico que juristas y jueces han elaborado para quedar en paz con su conciencia.

II.2. Interpretación de las normas y el dictado de la sentencia

Las problemáticas que debe enfrentar el juez en el proceso no se agotan en el juicio de hecho. Existen cuestiones vinculadas al juicio de derecho y a la motivación de las decisiones judiciales.

Antiguamente imperaba la idea de justificar la decisión del juez mediante razonamientos deductivos, a partir de las corrientes racionalistas logiscistas durante el siglo XIX. Tanto la Escuela de la Exégesis en Francia, como la Jurisprudencia de Conceptos en Alemania impulsaron la creencia de que el sistema jurídico es perfecto, completo, coherente y claro. Frente a esta confianza en la claridad de las normas, el papel del juez se circunscribía a realizar simples silogismos al momento de resolver un pleito. Tal como explica García Amado: “la decisión judicial nace de un automatismo razonador. El juez encuentra dadas las dos premisas, la normativa y la fáctica, de las que, a modo de conclusión lógica, sacará el fallo del caso” (2013, p. 97). Parece que lo único que le es requerido al magistrado es el conocimiento de las normas positivas -es decir, de la letra fría de la ley- y la constatación de los hechos. Citando nuevamente al autor español, “no queda sitio para valoraciones personales del que juzga, no hay márgenes de discrecionalidad” (García Amado, 2013, p. 97).

La visión propuesta por las teorías racionalistas logiscistas se opone por completo a la idea de Carlos Santiago Nino de “reelaboración judicial de las normas” en la segunda mitad del siglo XX. El autor argentino proponía que los jueces pueden adaptar el significado de las expresiones, a otras diferentes de las tenidas en cuenta por el legislador, y así asumir un rol más activo al dictar sentencia. En otras palabras, Nino descreía de la aplicación mecánica de reglas.

Siguiendo la línea de autores contemporáneos como Nino, se reconoce que el Derecho lejos está de revestir las características que la Escuela de la Exégesis le atribuía. El mito del legislador racional y omnipotente ha caído y han salido a la luz los problemas lógicos de interpretación que impregnan a los sistemas jurídicos. En ese sentido, podría decirse que el silogismo jurídico tradicional es una gran simplificación que sirve para justificar la decisión judicial sólo en algunas situaciones. La doctrina reconoce que es “un intento de buscar las vías de racionalización de la toma de decisión judicial” (Wróblewski, 1974, p. 38), pero no debemos olvidar que muchas veces resulta insuficiente. Sucede que podemos encontrarnos frente a lagunas jurídicas, y entonces el silogismo nos quedaría incompleto ya que la premisa mayor, es decir la que contiene la norma, estaría en falta. Este tipo de razonamiento deductivo también fallaría en los casos en los que hallamos problemas de vaguedad o ambigüedad del lenguaje, ya que en ciertas oportunidades la premisa mayor se conforma a partir de varias normas -y no solo de una-, lo que podría dar lugar a falacias, por ejemplo, por utilizar diversas acepciones de una misma palabra en las diversas reglas que la componen.

Quizás uno de los mayores problemas que presenta el silogismo judicial es que puede conllevar a decisiones injustas o incluso contrarias al sentido común. Sucede que, desde el punto de vista de la justificación interna, el razonamiento puede resultar correcto; pero la conclusión de que obtiene deviene inaceptable para el propio magistrado o para la sociedad en su conjunto desde el punto de vista axiológico, o constituye una solución absurda. En razón de todo ello, autores como Atienza proponen a la Teoría de la Argumentación jurídica como una herramienta que ayudará a los magistrados a arribar a una decisión razonable.

II.2.1. La razonabilidad de las decisiones judiciales frente a la “insuficiencia” del formalismo

Atienza reconoce la existencia de casos fáciles y casos difíciles. Los primeros admiten una resolución sin mayores dificultades hermenéuticas. La norma aplicable es clara y no presenta controversias. En cambio, los segundos caen en una “zona de penumbra”, en la que caben múltiples soluciones en consonancia con las varias posibilidades de interpretación que la norma ofrece. Incluso puede ocurrir que el sistema jurídico sea inconsistente o incompleto; o conlleve a una medida inaceptable desde el punto de vista axiológico, político o ético. Especialmente en estos casos es donde la necesidad de acudir a la lógica no deductiva se visibiliza y el objetivo del magistrado, como “sujeto” y no como autómatas, se expresa: se debe llegar a una decisión razonable.

En este contexto cabe preguntarnos qué es una decisión razonable. Para el autor español, es aquella que se toma en situaciones en las que no se podría adoptar una solución estrictamente racional, alcanzando un equilibrio entre exigencias contrapuestas y resultando aceptable por la sociedad (Atienza, 1987). Contempla algunos elementos más que la lógica deductiva marginal. Quizás uno de los problemas que más se evidencia en la práctica, y que el jurista resalta, es la dificultad de establecer el consenso de la comunidad. La sociedad es heterogénea y no resulta inmune a prejuicios, se conforma por diversos grupos de interés, y sus miembros tienen distinta capacidad argumentativa. A ello se suma el nivel de desinformación de los sujetos. Por lo tanto, más que buscar una opinión mayoritaria como sinónimo de “decisión razonable” se debe intentar buscar los puntos en común entre los diferentes discursos argumentativos.

La decisión razonable, entonces, se obtiene mediante la combinación de la lógica formal y la lógica material. Es allí donde la teoría de la argumentación jurídica es clave. En tal sentido destaca Atienza que “se centra en las cuestiones -los casos difíciles- relativas a la interpretación del derecho y que se plantean en los órganos superiores de la administración de justicia” (Atienza, 2005, p. 18). Así, con ella, el paradigma cambia. La sentencia judicial deja de verse como un producto de la razón teórica y pasa a erigirse como una decisión propiamente dicha, motivada por elementos de la razón práctica. Ya no se espera que el juez funde su fallo acreditando simplemente los hechos probados y

la norma aplicable, como si fueran elementos que se encuentran en un mundo objetivo y él no tenga más que descubrirlos. La idea de sentencia como silogismo judicial pierde fuerza, a la vez que el rol del magistrado se vuelve más activo, construyendo argumentaciones que convenzan no sólo a las partes del proceso, sino también a la sociedad en general. El control de la actividad jurisdiccional está en manos de la comunidad, que exigirá la motivación de la sentencia a fin de que el magistrado no cometa arbitrariedades.

II.2.2. Breves ideas sobre las visiones postpositivistas: la Teoría de la Argumentación Jurídica, la existencia de principios y la ponderación

En la segunda mitad del siglo XX, el nacimiento de las primeras miradas sobre la Teoría de la Argumentación Jurídica se ve complementado con el fenómeno de la constitucionalización del Derecho y, con ello, la crisis del modelo positivista. Sucede que el proceso de constitucionalización, entre otros factores, produce una interpretación extensiva de la Carta Magna, de manera que de ella puedan extraerse principios implícitos. Permite también la aplicación directa de normas constitucionales, e impone el modelo de interpretación de leyes según la Constitución. Asimismo, en este escenario comienzan a vislumbrarse conceptos con contenido moral en los sistemas jurídicos como la buena fe, el interés superior del niño, las buenas costumbres, etc., de la mano de una revalorización de los Derechos Humanos. Todo ello trajo aparejado un nuevo sistema de fuentes y la necesidad de re-pensar el Derecho. Así comienzan a tener lugar posiciones post-positivistas con autores como Dworkin, Alexy y Atienza, entre otros.

Para estas corrientes, en la estructura del sistema jurídico debemos considerar reglas y también principios. En términos de Dworkin, estos últimos son un

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 moralidad⁴. (Dworkin, 1984, p. 72)

Sin dudas, los principios logran erigirse como una de las vías por la que se introduce la axiología en el Derecho. Además, vale destacar las enseñanzas de Aguiló Regla, quien sintetiza que “guiar la conducta mediante principios y/o aplicar principios, al tratarse de normas abiertas, exige siempre deliberación práctica por parte de los sujetos normativos” (2007, p. 670). Así afirmamos, una vez más, que el Derecho es praxis social discursiva.

Por otra parte, es interesante citar la posición del catedrático de la Universidad de Alicante respecto a la interacción del Derecho con otros discursos. Con el fenómeno

(4) No pretendemos abordar un análisis profundo sobre principios jurídicos, teniendo en cuenta la breve extensión del presente trabajo, sino simplemente destacar algunos aspectos fundamentales propuestos por autores contemporáneos.

de constitucionalización, el razonamiento jurídico se politiza y/o moraliza ya que incorpora un compromiso con los valores y los fines constitucionales (Aguiló Regla, 2007). Como mencionamos anteriormente, el nuevo paradigma interpretativo lleva a una hermenéutica en consonancia con la Carta Magna.

Reconocer la existencia de principios lleva a adentrarnos en nuevas formas de resolver litigios. Aparece la ponderación⁵ de la mano de autores como Alexy, y ello expone la dimensión valorativa y justificativa del Derecho como un aspecto clave. Sucede que la tensión entre principios encuentra su solución en la dimensión de peso de cada uno de ellos. Uno cede frente al otro, en razón de las circunstancias propias de la cuestión. Como señala Alexy, “la solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada” (1993, p. 92). Esta implica que, para determinado supuesto, “se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente”. Así, el autor alemán expone que el factor decisivo lo tiene el principio al que le corresponde un peso relativamente mayor en el caso concreto. De esta manera, al principio que juega en sentido contrario se le hace retroceder.

Entonces la ponderación que realiza el magistrado consiste en la mención de las condiciones de precedencia y la fundamentación de la tesis de que bajo esas condiciones un principio prevalece por sobre otro.

Ahondemos un poco más en la idea del jurista alemán. Hemos indicado anteriormente que los principios “pesan”, por lo tanto hay que “sopesarlos” para saber cuál pesa más en un caso concreto en que entran en colisión. Entonces, ¿cómo se estructura la ponderación? Alexy sostiene que ponderar no implica tomar cualquier decisión. Defiende la existencia de una estructura racional que, podríamos creer, es capaz de transformar “cualquier conflicto en un problema matemático, dentro de la certeza del derecho” (Guibourg, 2015, p. 4). Según el jurista argentino, para el autor alemán, requiere de un algoritmo, ya que sino

El acto de pesar se vuelve imposible, la ponderación se torna subjetiva, se lesiona la racionalidad del discurso práctico... y las decisiones judiciales no pueden encontrar un apoyo sólido en la aplicación de los principios. (Guibourg, 2015, p. 5)

La estructura de la ponderación puede dividirse en tres etapas. La primera establece los grados de insatisfacción de un primer principio. La segunda indica la importancia de satisfacer el principio opuesto. La tercera establece si la importancia de

(5) Realizaremos sólo un análisis sintetizado de la compleja posición de Alexy, en razón de la breve extensión de este trabajo.

satisfacer el principio B justifica la insatisfacción del principio A. Siguiendo esta línea, el autor alemán plantea la posibilidad de realizar juicios racionales en relación con la intensidad de la interferencia y el grado de importancia de satisfacción de un principio. Mas allá de marcar una estructura tríadica, en la que se establezca el grado de afectación como “leve”, “moderado” o “grave”, Alexy (1993) reconoce que la ponderación encuentra implícito un sistema de inferencias que está íntimamente conectado con el concepto de corrección. De esta forma, desarrolla el esquema de la fórmula de peso:

P_i y P_j compiten entre sí en un conflicto; entonces la fórmula sería $W_{i,j} = l_i / l_j$, donde “ l_i ” representa la intensidad de interferencia con el principio P_i ; en tanto l_j designa la importancia de satisfacer en este caso el principio rival P_j . Si para satisfacer P_j , es necesario infringir P_i , la magnitud de esta inferencia puede estimarse como sería (4), mediana (2) o leve (1).

$W_{i,j}$ equivale al peso concreto de P_i .

Analicemos un ejemplo contemporáneo: a principios de 2020 Italia decidió ordenar a sus habitantes recluirse en sus casas e, incluso, dispuso el cierre de fronteras, con motivo de la propagación del COVID-19. Imaginemos que un ciudadano se oponía a estas medidas y cuestionaba judicialmente el decreto. Frente a este caso, entran en colisión el derecho de libertad de circulación y el resguardo a la salud pública. Suponiendo que la intensidad de interferencia con la libertad de circulación es moderado ($l_i = 2$), podemos sostener que por las circunstancias que rodeaban la situación (declaración de pandemia del virus, rápida propagación, alto nivel de contagio y muertes, ausencia de vacunas, etc.), la importancia de satisfacer el resguardo a la salud pública es seria ($l_j = 4$). Entonces el peso concreto de P_i (libertad de circulación) sería de $2/4$ -es decir $1/2$ - y debe ceder ante P_j . Por lo tanto, el juez debería haber decidido mantener el acto dispositivo que restringía la circulación de personas.

La propuesta de Alexy de una estructura racional de ponderación obliga a asignar a cada principio su nivel de importancia y, por lo tanto, podríamos decir que sería inservible sin medidas numéricas, sobre todo aquellas referidas al grado de afectación de un principio (P_i) para la satisfacción del otro (P_j). Entonces, ¿Cuál es el “valor” de los principios? Como respuesta, lo que propone es incluir pesos abstractos a cada principio cuando ellos son diferentes. Sin embargo, no menciona cómo podrían conocerse estos pesos abstractos y esa es una de las grandes críticas que se le hace a su postura.

Otra gran crítica que se realiza a la teoría del jurista alemán parte de su siguiente afirmación: si pueden brindarse buenos argumentos a favor o en contra de una solución, la decisión será considerada objetiva. Entonces podríamos entender que, si dos principios entran en conflicto, ello significa que ambos pueden defenderse con buenas razones, y así llegar a una solución objetiva y racional -cualquiera que ella sea-. Por

lo tanto, o bien ambos principios poseen el mismo valor; o bien, no hay un método objetivo que permita establecer el valor de cada principio.

Por otro lado, en la teoría de Alexy tampoco se advierte cómo alcanzar la cantidad objetiva de interferencia necesaria en los supuestos de tensión entre principios. No se sugiere ningún método para determinar si ella es seria, moderada o leve.

Todos estos “huecos” en la teoría de Alexy podrían llevar a un mal uso de la ponderación, haciendo que el juez primero decida qué principio prevalece y luego “estime” el peso de cada uno/el grado de interferencia para lograr cierta coherencia en la estructura. En ese sentido, una de las críticas más duras es la de Bernal Pulido, quien asegura que así vista “la ponderación es una estructura vacía, que se completa únicamente con apreciaciones subjetivas del juez, de carácter empírico y normativo. Las apreciaciones subjetivas del juez constituyen la balanza con la que se pondera” (Bernal Pulido, 2007, p. 279).

Sin perjuicio de lo expuesto, rescatamos la esencia de la ponderación: esta idea de “poner en la balanza” principios y evaluar cuál prevalece en el caso concreto. Como indica Martínez Dalmau (2017), a pesar de todas las dudas que la teoría de Alexy genera, ha coadyuvado a muchos avances que podemos observar en la práctica tribunalicia. Hoy en día se plantean fórmulas de solución de los conflictos entre derechos, basadas principalmente en la mayor protección efectiva posible. Además, la idea de la ponderación refuerza la importancia de jueces mucho más activos, que reivindican la argumentación jurídica y que entienden al Derecho desde una perspectiva post-positivista.

III. Conclusiones

El objetivo de este trabajo no ha sido brindar soluciones a problemáticas del proceso, sino plantear interrogantes incómodos que sacudan y *despabilen* a jueces y abogados litigantes. En todo caso, uno de los cometidos fue colaborar a que los operadores jurídicos abandonen esa mirada formalista que han aprendido en las universidades y comiencen a ver al Derecho como una práctica social compleja. Ello implica reconocer que todos formamos parte de ella y con nuestras acciones contribuimos a su desarrollo. Así, el magistrado -en su rol de decisor- debería estar comprometido con su mejora y con el acceso a la justicia.

Esta concepción moderna del Derecho está íntimamente ligada a la argumentación, ya que “presenta múltiples elementos que se hallan en una tensión interna, cuya armonización operativa obliga a realizar elecciones llamadas a ser justificadas” (Aguiló Regla, 2007, pp. 674-675). El papel del juez cambia radicalmente. Se espera de él una actuación mucho más activa, no mecánica; que no sea puramente racional, sino que al momento de decidir apele a una lógica particular en la que convivan la subsunción y la ponderación. Un magistrado que tenga como herramientas reglas, pero también

principios y valores. Que motive sus sentencias con un lenguaje claro y convincente. Que preste atención a las consecuencias sociales de su resolución y que las estime a la luz del sentido común. Tal como sostenía Nino, esta perspectiva obliga al juzgador a no decidir como si estuviera sólo en el mundo, sino teniendo en consideración cómo puede aportar a esta práctica colectiva, siendo consciente de las actitudes y las expectativas de la comunidad.

El juez que comprenda esta mirada ya no clasificará el pleito entre *casos regulados* y *no regulados* -desde una mirada netamente positivista-, sino que sabrá que el sistema jurídico también se compone de principios, y pondrá su acento en distinguir casos fáciles de casos difíciles. En ese sentido, reconocerá que estos últimos exigen una actividad deliberativa y justificativa; y su discrecionalidad al resolver irá de la mano de mayor responsabilidad, ya que requerirá mayor justificación.

Este rol proactivo del juzgador es esperado también en los juicios de hecho. Es clave que el magistrado sea consciente de las dificultades probatorias que pueden experimentarse en el pleito, e incluso de los sesgos que pueden nublar -por ejemplo- a los testigos. Debe tener en cuenta que luego de pasar por el filtro de la memoria, el hecho deja de ser objetivo y pasa a convertirse en una realidad subjetiva, interpretada. Sucede que el hecho se registra, luego se almacena y posteriormente se recuerda. En cada una de esas etapas, puede sufrir vicios que alteren su reconstrucción, ya sea por cuestiones de stress, influencia externa, paso del tiempo, etc. Por lo tanto, la confiabilidad de una declaración testimonial puede variar dependiendo el caso. Además, el testigo puede verse afectado por el sesgo retrospectivo y, entonces, habría razones para creer que su relato no refleja la realidad de lo sucedido.

En ese orden de ideas, el magistrado también debe ser consciente que esta atravesado por sus propios sesgos, prejuicios, emociones e ideologías que pueden incidir indirectamente en su resolución. Es decir, que hay factores no normativos que de alguna forma son parte del proceso de toma de decisión. A ello se suma que la falta de intermediación lo lleva a evaluar un cumulo de pruebas que puede estar mediado por sesgos ajenos -por ejemplo, del audiencista al momento de escribir las declaraciones confesionales o testimoniales-.

Siguiendo esta línea, el perfil de juez que proponemos debe ser consciente de la insuficiencia de su conocimiento y de que es posible que haya cuestiones que no había considerado al momento de resolver. La verdad que se alcanza dentro y fuera del proceso es aproximada, relativa; pero no por ello debe dejar de hacer los esfuerzos para acercarse a ella. Debemos abandonar la mirada del juez omnipotente que todo lo puede, y lograr que los magistrados acepten esta realidad. Incluso, que admitan sus propias falencias como sujetos y que, consecuentemente, estén sinceramente dispuestos a revisar sus resoluciones -por ejemplo, en el caso de recursos de revocatoria-.

Los abogados litigantes que planteamos este perfil de juez, ¿estamos exigiendo una utopía? ¿Es imposible encontrarnos con estos funcionarios en los juzgados argentinos? En primer lugar, no podemos negar la actual proliferación de causas judiciales. En algunos fueros se produce por la ineficacia del Estado y la facilidad que les brinda a los particulares una eventual imposición de “costas por su orden”, como sucede en el caso del previsional o del contencioso administrativo. En otros, como el civil y comercial o de familia, se genera por nuestra incapacidad como abogados litigantes para conciliar. Nos forman en las universidades para “dar batalla” y no para negociar en una mediación. Así, un gran número de conflictos que podrían ser solucionados extrajudicialmente, llegan a los estrados de los juzgados desbordando la capacidad de empleados, funcionarios y jueces.

Ante este escenario, al que se suman huelgas por reclamos salariales de empleados y escasez de personal, se torna imposible dedicar el tiempo y recursos al análisis de los aspectos desarrollados en este trabajo. Así, muchas veces se presentan casos con exigua prueba y el juez ni siquiera ordena medidas de mejor proveer para echar luz en el debate de los hechos. Entonces, inconscientemente adopta una heurística, que lo lleva a un sesgo y el razonamiento probatorio resulta insatisfactorio. Otras veces es más “sencillo” y rápido resolver mediante un silogismo judicial, aunque desemboque en una decisión absurda, que realmente dedicarse a merituar otros elementos con el fin de arribar a una decisión razonable y justa. Lo que resulta aún más complicado es que todo ello deriva a la larga en mayor proliferación de expedientes, ya no en primera instancia, sino en tribunales de apelación.

El contexto actual en el que se desarrolla la actividad judicial argentina conspira contra el derecho acceso a la justicia de los ciudadanos y la tutela judicial efectiva. El hecho de tener la posibilidad de interponer una demanda no implica la concreción estas prerrogativas. Lo esencial para ello es que las partes del proceso obtengan una resolución motivada, razonable, justa, y en tiempos prudenciales. Es una exigencia que deriva de la legitimación democrática del Poder Judicial. Entonces vale la pena preguntarnos: ¿qué calidad de servicio se le brinda a la sociedad? ¿Hay un real acceso a la justicia?

El desafío será pensar como congeniar esta mirada que proponemos con la situación actual del Poder Judicial. Pareciera ser que la vorágine de la cotidianeidad hace que los magistrados le resten importancia al no tener el espacio para reflexionar sobre estos temas que presentamos. Es como si la iusfilosofía estuviera desconectada de la realidad del Palacio de Tribunales. Sin embargo, lo aquí planteado resulta una problemática relevante para toda la comunidad jurídica en un sentido amplio, que incluye principalmente a quienes dirigen el proceso, pero también a los justiciables y a los abogados litigantes. Si pensáramos en una filosofía del Derecho para América Latina que aborde y visibilice estas cuestiones, deberíamos incorporar todos estos condimentos que influyen en nuestra práctica tribunalicia.

Por último, se advierte la necesidad de un cambio de perspectiva, que comience por los formadores de futuros abogados y que, inmediatamente, siga por quienes hoy son operadores jurídicos. De otra forma, las enseñanzas modernas se convertirían en un ideal alejado de la práctica profesional. En palabras de Verbic (2017, p. 196):

Los jueces son la cara del Estado frente a la sociedad y los principales responsables del modo en que el Estado presta el servicio de administración de justicia (...). Existen condicionantes culturales, presiones políticas, carencias de capacitación, y ausencia de recursos humanos y materiales suficientes para el ejercicio ideal de la función. De esto no hay dudas. Pero tampoco hay dudas de que, al final del día y salvo situaciones excepcionales, en la actualidad gran parte de la historia depende de cómo los magistrados elijan asumir su rol dentro del sistema. Un rol, insisto, que ya no es exclusivamente jurídico como en general se quiere sostener, sino también (cada vez más) abiertamente político, social y cultural.

IV. Referencias

Aguiló Regla, J. (2017). Las presunciones hominis y las inferencias probatorias. *Revista Derecho PUCP* (79), pp. 99-110.

<https://doi.org/10.18800/derechopucp.201702.005>

Aguiló Regla, J. (2007). Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (30), pp. 665-675.

<https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.55>

Alexy, R. (1983). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales.

Alessio, C. (2017). Derrota y defensa en argumentación rebatible. *Revista Praxis Filosófica Nueva serie*, (45), pp. 25-53.

<https://doi.org/10.25100/pfilosofica.v0i45S.6064>

Atienza, M. (2005). *Las razones del Derecho*. Ed. UNAM.

Atienza, M. (2014). Una filosofía del Derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (37).

https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/53991/1/Doxa_37_16.pdf

Bernal Pulido, C. (2007). Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (30), pp. 273-291.

De Asís Roig, R. (1995). *Jueces y normas*. Ed. Marcial Pons.

García Amado, J. A. (2013). *Razonamiento jurídico y argumentación*. Ed. EOLAS.

- González Lagier, D. (2005). *Questio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Número 4. Ed. Temis S. A.
- González Lagier, D. (2014). *Apuntes sobre prueba y argumentación*. <http://hdl.handle.net/10045/37145>
- Guibourg, R. (2015). Sana critica vs. critica sana. *Revista La Ley* (LL 2015-B), pp. 1137- 1139.
- Guibourg, R. (2015). *Alexy y su fórmula de peso*. <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deintereses/2015-robert-alexey-guibourg-castellano.pdf>
- Dworkin, R. (1984). *Los Derechos en serio*. Ed. Ariel.
- Kahneman, D. y otros (2021). *Ruido*. Ed. Debate.
- Martínez Dalmau, R. (2016). Problemas actuales sobre la interpretación constitucional de los derechos. *Revista IUS*, (vol. 10 - 37), enero./junio. <https://doi.org/10.35487/rius.v10i37.2016.13>
- Muñoz Aranguren, A. (2011). La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación. *Revista InDret*, (2). <https://indret.com/la-influencia-de-los-sesgos-cognitivos-en-las-decisiones-jurisdiccionales-el-factor-humano-una-aproximacion/>
- Negri, N. J. (2021). Giuliani: proceso y racionalidad. La relación jurídica procesal dialéctica. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (44). <https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.20>
- Nino, C. S. (1993). Derecho, Moral y Política. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (14). <https://doi.org/10.14198/DOXA1993.14.02>
- Palacio, L. E. (2004). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Ed. Abeledo Perrot.
- Recasens Siches, L. (1971). *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica "razonable"*. UNAM.
- Scandroglio, B., López Martínez J. S. y San José Sebastián, M. C. (2008). La Teoría de la Identidad Social: una síntesis crítica de sus fundamentos, evidencias y controversias. *Revista Psicothema*, (vol. 20 - 1), pp. 80-89.
- Stein, F. (1893). *Das private Wissen des Richters*. C. L. Hirschfeld.
- Taruffo, M. (2005). *La prueba de los hechos*. Ed. Trotta.
- Verbic, F. (2017). El rol del juez en la actualidad. *XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal*. Ponencias generales y ponencias seleccionadas, pp. 183-196.

Wroblewski, J. (1974). Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision. *Rechtstheorie*, (1), pp. 33-46.

Jurisprudencia

CSJN, S.932.XLVI, “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo”, 20/05/2014.

Fallos: 326:2211; 326:1163 y 321:1596.

SCBA, 27/04/2011, “Martínez, María Esther contra Rodríguez, Francisco Gerardo. Daños y perjuicios”.

<https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=95092>

Fecha de recepción: 26-11-2024

Fecha de aceptación: 26-03-2025