FIAJ
Formación Inicial para Aspirantes a la Judicatura

*Poder Judicial | Escuela Judicial*
*Lic. Édgar Cervantes Villalta*

**Antología didáctica:**

# Toma y emisión de decisiones

**Antologador: Alberto Jiménez Mata**
**Actualizadoras de contenido:**
**Gabriela Morera Guerrero y Karol Solano Ramírez (2024)**

ISBN

978-9968-757-81-2

Poder Judicial, Escuela Judicial Lic. Édgar Cervantes Villalta San Joaquín de Flores, Heredia
© Escuela Judicial
© Giovanni Mena Artavia (antologador)

Producción académica:
Equipo de trabajo FIAJ

Especialista del Programa FIAJ:
Alberto Jiménez Mata



Se prohíbe la reproducción de esta publicación para la venta u otro propósito comercial. Diseño y diagramación: Diseño Editorial M y F S. A. | www.kikeytetey.com

Volver al índice

# Tabla de contenidos


Presentación ..... IV
Introducción general ..... VI
Mapa conceptual ..... IX
**Unidad I:Discreción judicial y toma de decisiones ..... 1**
Breve introducción ..... 2
Objetivos específicos ..... 2
1.1.El proceso de toma de decisiones humanas ..... 3
1.2.Discreción judicial emanada del sistema democrático ..... 11
1.3.Toma de decisiones y argumentación jurídica ..... 40
Bibliografía ..... 51
**Unidad II: Modelo y forma de tomar decisiones en el proceso ..... 52**
Breve introducción ..... 53
Objetivos específicos ..... 53
2.1.Modelo de decisión del caso en la esfera jurisdiccional ..... 53
2.2.Decisiones judiciales en un sistema procesal de oralidad ..... 65
2.3.Las resoluciones judiciales ..... 84
Bibliografía ..... 93
**Unidad III: Evaluación de las decisiones judiciales ..... 94**
Breve introducción ..... 95
Objetivos específicos ..... 95
3.1.Actividad procesal defectuosa ..... 95
3.2.Revisión de las decisiones judiciales ..... 101
Bibliografía ..... 149
**Unidad IV: Contextos personales en la toma de decisiones ..... 150**
Breve introducción ..... 151
Objetivos específicos ..... 151
4.1. Los factores sociales que influyen en la persona juzgadora ..... 152
Bibliografía ..... 174
**Unidad V: Fundamentación de las decisiones judiciales ..... 175**
Breve introducción ..... 176
Objetivos específicos ..... 176
5.1.Fundamentos de la justificación ..... 177
5.2.Contenido de la fundamentación para la decisión judicial ..... 187




Volver al índice

# Presentación

Esta antología tiene como propósito convertirse en una herramienta fundamental para el estudio de los temas del módulo de Toma y Emisión de Decisiones del Programa de Formación Inicial para Aspirantes a la Judicatura. Para lograrlo, recoge los criterios doctrinarios más importantes para dicho estudio.

Está conformada por cinco temas importantes, según el diseño del módulo y el tratamiento de los conceptos que se deben desarrollar en él. En cada uno, se procuró establecer las ideas de personas autoras que, de una u otra forma, han desarrollado los temas, lo que permitió elaborar un texto sencillo y claro para el desarrollo de las diversas competencias profesionales que requiere la persona que asuma el compromiso de ser titular en la jurisdicción.

Su objetivo principal es facilitar a las personas participantes la reunión de los conceptos fundamentales que les permitan hacer frente a su labor académica y desarrollar, dentro del módulo, una actitud crítica respecto a esos conceptos, en armonía con el futuro trabajo como personas administradoras de justicia.

Otros objetivos esenciales del módulo pretenden el desarrollo de competencias profesionales relacionadas con la tarea fundamental de la actividad jurisdiccional, como lo son la emisión y la forma de tomar las decisiones dentro del proceso. Con lo anterior, se busca que las personas participantes sean capaces de lograr competencias genéricas, tales como el conocimiento acerca de un área determinada de estudio y su compromiso con el aprendizaje y la actualización; la capacidad de abstracción, análisis y síntesis; la capacidad de identificar, plantear y resolver problemas; la capacidad de tomar decisiones; la capacidad de resolver problemas; la capacidad creativa; las habilidades interpersonales; las habilidades de procesamiento y análisis de información; la habilidad para el trabajo autónomo y para actuar ante situaciones nuevas.



También se pretende lograr habilidades específicas relacionadas con el campo jurídico, por ejemplo: conocer, interpretar y aplicar los principios generales del derecho y del ordenamiento jurídico; conocer, interpretar y aplicar las normas y principios del sistema jurídico nacional e internacional en casos concretos; buscar la justicia y equidad en todas las situaciones en las que se deba intervenir; ser capaz de razonar y argumentar jurídicamente; tener la capacidad para usar la tecnología necesaria en la búsqueda de la información relevante para el desempeño y actualización profesional y ser capaz de redactar textos y expresarse oralmente con un lenguaje fluido y técnico, usando términos jurídicos precisos y claros. Para todos los objetivos señalados, resulta enriquecedor el contenido de la presente antología.

Por otra parte, se han seleccionado textos que no solo describen ese cúmulo de conocimientos jurídicos, sino también comprometen a la persona lectora con una actividad que implica la criticidad y el razonamiento para buscar su aplicación a los casos concretos que puedan plantearse en las futuras labores como personas administradoras de justicia.

Volver al índice

Teniendo como norte lo anterior, el primer tema pretende que las personas juzgadoras reconozcan el concepto de la toma de decisiones como elemento integrado del ser humano, el cual constantemente está sometido a esas decisiones y de cómo, en el actuar jurisdiccional, el tema de la discreción judicial se convierte en su elemento fundamental que conlleva -dentro de un Estado democrático de derecho una necesidad dentro del papel de la argumentación jurídica.

El segundo tema nos muestra el método por medio del cual se llega a esa toma de decisiones, un modelo de método de casos para los asuntos jurídicos y la labor dentro de la jurisdicción. Además, una vez que se tiene esa decisión, se indica la forma en que se puede desarrollar por medio de las resoluciones judiciales que enmarca un determinado sistema procesal. Valga indicar que, en el desarrollo de todo lo anterior, se da énfasis al sistema de oralidad, eje fundamental de la nueva era de nuestro entorno jurisdiccional.

Como tercer tema, se desarrollan las formas que el ordenamiento procesal tiene para corregir los yerros cometidos al momento de tomar y emitir las decisiones judiciales, ya sea porque no contienen los requisitos formales o los elementos jurídicos sustanciales propios de lo que se pretendía. Para ello, se estudian tanto la actividad judicial defectuosa, como los medios de impugnación con que se cuenta para esas correcciones.

Un cuarto tema nos introduce en el campo de todas aquellas situaciones que, de una u otra forma, pueden influir en la persona juzgadora al momento de tomar esas decisiones en un tema específico, tales como los factores sociales, las motivaciones externas de riesgo y amenaza y los estereotipos y prejuicios que, dentro del diario vivir de quien juzga, pueden determinar una u otra decisión.



Por último, se analiza el tema de la exigencia constitucional y política que tiene la persona juzgadora de fundamentar todas las decisiones que emite en el proceso, lo que se convierte en su deber y en un derecho para las partes que intervienen en la litis. Esta es una forma de controlar la discrecionalidad judicial que pretende no solo evitar la arbitrariedad en la toma de decisiones, sino también posibilitar su entendimiento y facilitar que sea revisada en una instancia superior.

Para la Escuela Judicial, es necesario que quienes utilicen esta herramienta lo hagan con una visión clara respecto a la labor que pretenden ejercer en el Poder Judicial, como futuras y futuros administradores de justicia y que busquen, dentro de ese norte que se proyectan, este tipo de documentos para reforzar no solo sus conocimientos jurídicos, sino también sus competencias, actitudes y habilidades personales.

Alberto Jiménez Mata,antologador

Volver al índice

# Introducción general

¿Para qué la persona juzgadora lleva a cabo la labor de tomar decisiones dentro de un proceso? ¿Cuáles son los parámetros objetivos y subjetivos que deben tenerse en cuenta para esa labor? ¿Cómo debe motivar y fundamentar la persona juzgadora dicha decisión con el debido respeto de los principios de la dignidad humana y de los derechos fundamentales? Estas interrogantes le dan sustento a la problemática del presente módulo de Toma y Emisión de Decisiones Judiciales.

Un deber y, a la vez, una facultad de las más importantes que tiene la persona que administra justicia es la toma de decisiones dentro de su actuar jurisdiccional, las cuales pueden ir desde su emisión interlocutoria en el proceso, hasta la decisión final de este, con el dictado del fallo definitivo. Al momento de tomar una decisión, la persona juzgadora se enfrenta a un conjunto de situaciones relevantes, por cuanto, si bien esa decisión debe corresponder a las motivaciones generales que tiene como persona en su función dentro de la judicatura, también puede responder a un importante desarrollo de habilidades y destrezas que debe implementar para que esa decisión esté acorde con los elementos que han conformado el proceso, de manera que muestre transparencia y objetividad y procure que sea la solución más eficaz en su misión de solucionar el conflicto que se le ha presentado.

La persona que juzga es portadora de una facultad esencial en su accionar, la llamada discrecionalidad judicial que inicia a partir de una serie de atributos que se le encomiendan, tales como ordenar los diferentes elementos que componen el proceso y establecer con ello esa mejor decisión que se le pide, de acuerdo con un cuadro fáctico que ha estudiado y valorado con los elementos probatorios y un cuadro normativo que conoce y en el cual debe subsumir esos hechos.



A partir de esa discrecionalidad que posee como titular de la jurisdicción, la persona juzgadora debe ponderar, en su actividad racional de toma de decisiones, una serie de circunstancias objetivas y subjetivas que corresponden a un devenir personal y profesional, con lo que se torna complejo el proceso resolutivo, y se afianza, aún más, la importancia de la labor jurisdiccional dentro del marco democrático de derecho del que somos parte.

Por este motivo, al tomar las decisiones pertinentes dentro del proceso, quien juzga tiene misiones de importancia que deben traducirse en su deber de motivación y fundamentación de esas decisiones, con lo cual es posible lograr el debido control político y jurídico que corresponde a la ciudadanía que acude a los despachos judiciales en busca de una tutela judicial efectiva y digna del sistema republicano en que vivimos.

Cuando la persona juzgadora tome las decisiones más oportunas o pertinentes posibles dentro del proceso, debe utilizar consideraciones y razonamientos críticos y lógicos conforme a los parámetros que le son propios y que, dentro del marco lógico, racional, ético y democrático que debe permear su función, estén dirigidos a realizar su función bajo los estándares humanos y de conciencia social que permitan una solución del conflicto acorde con su función de servicio.

Volver al índice

Sin duda, a la persona que tiene la difícil misión de juzgar los conflictos sociales y para lo cual debe llevar a cabo esa valoración de elementos objetivos y subjetivos, se le debe exigir un liderazgo importante para sopesar cada uno de dichos elementos, considerar el marco de responsabilidad que tiene en su función y dirigir adecuadamente el proceso que conoce con esas decisiones. Estas actuaciones son posibles únicamente dentro de un esquema de transparencia y objetividad que le permitan la debida imparcialidad en esa toma decisoria.

La posibilidad de que la persona juzgadora desarrolle estas habilidades y competencias que le permitan decidir de mejor forma los conflictos mediante el estudio teórico y la puesta en práctica de técnicas facilitadoras contribuirá a desarrollar una justicia de mayor calidad dentro de la judicatura nacional, lo que se traduce en la efectividad de la tutela judicial como principio básico del sistema democrático de derecho.

El módulo de Toma y Emisión de Decisiones parte de la interacción con otros módulos del programa que propician que la persona aspirante a la judicatura pueda desarrollar un armónico proceso de enseñanza y aprendizaje de las competencias necesarias para su futuro ejercicio jurisdiccional. Ya para el inicio del módulo, se han desarrollado los fundamentos esenciales de lo que significa la "Función jurisdiccional", con lo cual las y los aspirantes han tenido un panorama más claro y han desarrollado competencias de conocimiento y motivación en cuanto a la importancia de la persona juzgadora dentro de la sociedad y, con ello, ahora han podido comprender los alcances de la discrecionalidad judicial como tema preponderante en esa función.

Para la toma efectiva de una decisión oportuna, la persona que tiene la misión de resolver no solo las vicisitudes cotidianas que suceden en el proceso, sino también en definitiva el conflicto a partir de la jurisdicción, deben hacerlo tomando como variables necesarias la dignidad humana y los derechos fundamentales de las personas usuarias del sistema que buscan credibilidad en este, por lo que el desarrollo del módulo de Tutela Efectiva de los Derechos Humanos se convierte en un antecedente necesario para la persona aspirante, como forma de conceptualizar esta función dentro de la judicatura.



Quienes participan en el programa se enfrentarán en este módulo con la necesidad de conocer y desarrollar competencias propias en materia de formas de razonamiento y de argumentación de las decisiones judiciales. Esto es posible con la interacción de este módulo con el denominado Razonamiento y argumentación, en el cual se han dado pautas para cumplir objetivos sobre las formas de considerar las diferentes opciones de resolución, racionalizándolas mediante argumentos propios de la lógica, la experiencia y el sentido común, desde los parámetros coherentes de las situaciones fácticas y normativas que son propias del caso concreto.

El presente módulo es consecuencia directa, en cuanto al ejercicio de la toma de la decisión final de un conflicto en la sentencia del módulo de Valoración de la Prueba, en el que las personas participantes pudieron comprender y desarrollar las habilidades necesarias para establecer, en cada caso concreto, el cuadro fáctico derivado de los hechos expuestos por las partes, conjugados con los elementos de prueba presentados, lo que les permitió establecer una verdad que sirve de base para subsumirla ahora en la normativa sustancial y tomar, a partir de allí, la decisión más acertada del conflicto.

Volver al índice

Valga señalar aquí, respecto al cuadro fáctico, que su elaboración práctica ha sido reforzada en el taller Elaboración del Cuadro Fáctico, en el cual se han desarrollado las destrezas para, de la mejor forma posible, construir una realidad histórica proveniente de aquellos elementos de prueba valorados según el sistema correspondiente.

Dentro del presente módulo, se observará cómo la toma de decisiones en la labor jurisdiccional no solo corresponde a la decisión final del proceso, mediante la sentencia, sino también a lo largo de todo el desarrollo de los procedimientos establecidos en las normativas correspondientes, la persona juzgadora constantemente debe emitir decisiones interlocutorias que facilitan necesariamente la toma de la decisión final, por lo que las habilidades, competencias y conocimientos puestos en práctica en el módulo Dirección del Proceso ayudarán a establecer las mejores formas de enfrentarse con esas decisiones, las cuales procuran hacer efectiva la Administración de Justicia, tanto en un sistema procesal escrito, como en el sistema procesal de oralidad. En este sentido, el módulo de Manejo de Audiencias, que se ejecutará de forma paralela a este módulo de Toma y Emisión de Decisiones, irá determinando las formas más adecuadas de llevar a cabo esa labor en aquel sistema.

Por otra parte, en los talleres de Implicaciones Éticas de la Función Judicial y de Cultura de Servicio y Transparencia, ya se han desarrollado habilidades para el fortalecimiento de competencias que se trabajarán en el módulo de Toma y Emisión de Decisiones, especialmente aquellas relacionadas con los aspectos subjetivos que la persona juzgadora debe saber manejar dentro de su entorno para establecer la decisión más adecuada y correcta, según el conflicto presentado.



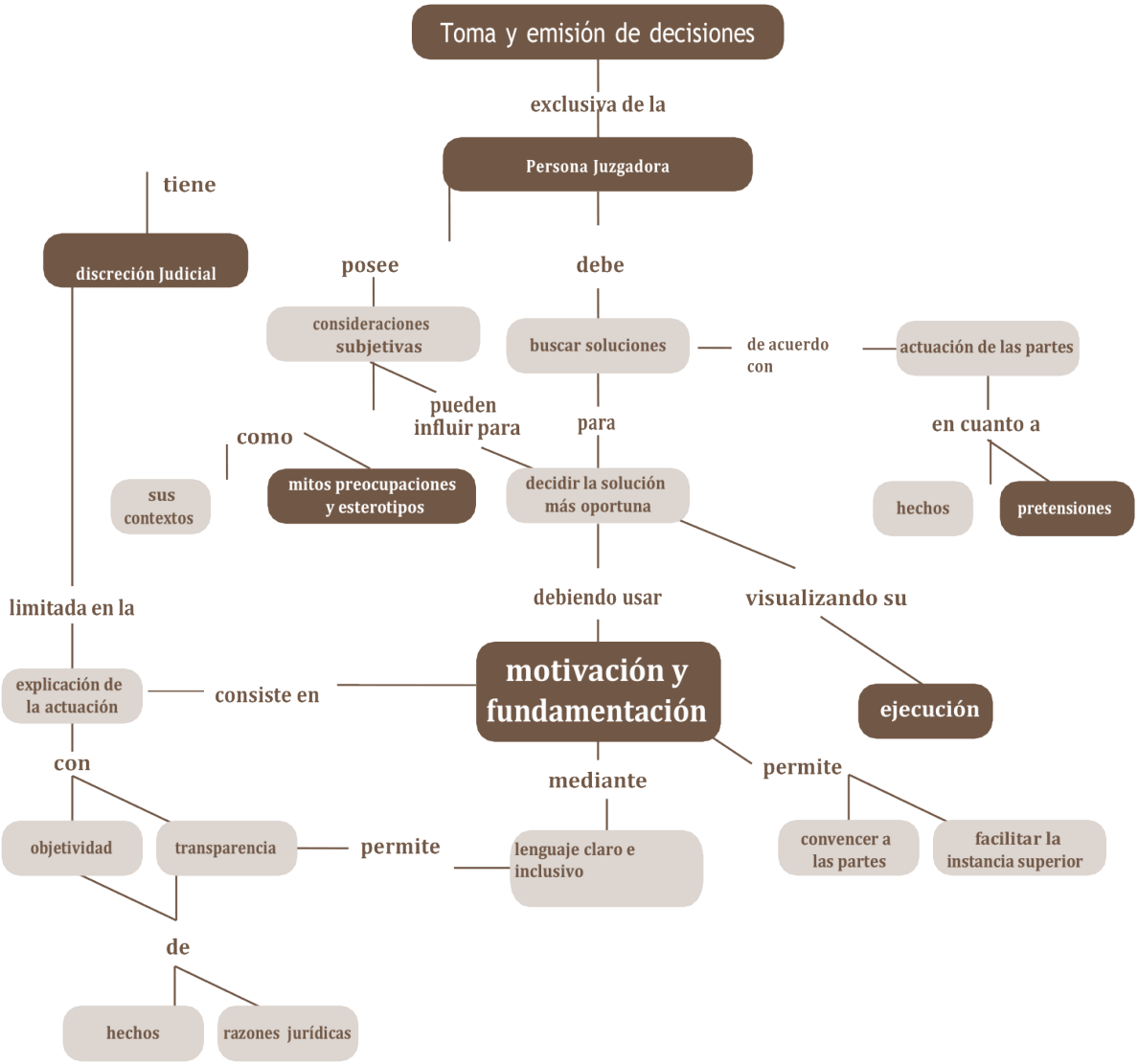
En el proceso jurisdiccional, la toma de la decisión se acompaña de la debida fundamentación y justificación. En este proceso, la persona juzgadora debe ponderar apropiadamente cada uno de los elementos fácticos y normativos que apoyaron su decisión, para lo cual es necesario un adecuado uso del lenguaje y de la comunicación, ya sea en forma escrita u oral, ambas maneras en que se puede dictar la toma de una decisión, según sea el sistema procesal que se aplique.

Para ello, las personas aspirantes han fortalecido esas habilidades en el taller Comunicación Oral y Escrita en la Función Judicial, comunicación que, en virtud del mundo tecnológico donde convivimos, puede desarrollarse a través de la informática y, en nuestro caso, mediante los sistemas que la propia institución ha implementado para el mejor desarrollo de las funciones. Por tanto, en el presente módulo, también las y los aspirantes a la judicatura apreciarán una aplicación importante de las destrezas desarrolladas en el taller Manejo de los Medios Tecnológicos de uso Institucional.

Una vez tomadas las decisiones dentro del proceso, especialmente aquellas que han sido capaces de definir los conflictos sometidos a la jurisdicción, las personas que administran justicia se someten a una etapa posterior y trascendente del esquema del proceso, con el fin de poder materializar esas decisiones que han sido tomadas, se espera, con esa visualización, por lo que este módulo es un enlace fundamental para el desarrollo del módulo Ejecución de Resoluciones, con el cual se completan totalmente las fases de actuación jurisdiccional.

Volver al índice

# Mapa conceptual






Volver al índice

# Unidad I

## Discreción judicial y toma de decisiones

- El proceso de toma de decisiones humanas
- Discreción judicial en un sistema democrático
- Toma de decisiones y argumentación jurídica

# Breve introducción

La labor jurisdiccional está permeada por una constante necesidad de tomar las decisiones judiciales más oportunas para la prosecución procesal del caso en estudio. La persona juzgadora se enfrenta diariamente a esa necesidad, conforme a las distintas opciones que se le pueden plantear, y debe tomar la decisión que encuentre ajustada al ordenamiento jurídico y al cuadro fáctico que el caso contenga.

El presente tema pretende que la persona juzgadora desarrolle el concepto de la toma de decisiones como elemento integrado del ser humano que constantemente está sometido a esas decisiones y cómo, en el actuar jurisdiccional, el tema de la discreción judicial se convierte en su elemento fundamental que conlleva en un Estado democrático de derecho a una necesidad dentro del papel de la argumentación jurídica.

**Objetivos específicos**

- Identificar los conceptos relevantes del tema de la toma de decisiones como elemento humano significativo para nuestro diario quehacer.
- Determinar el concepto de discreción judicial para la resolución de controversias en un contexto democrático.
- Relacionar el concepto de la discreción judicial dentro de la argumentación jurídica, para la fundamentación de los fallos judiciales.

# 1.1. El proceso de toma de decisiones humanas

La vida diaria, como parte esencial del ser humano, nos enfrenta constantemente con la toma de decisiones respecto a cada una de las actividades en que estamos envueltos, con el fin de decidir, entre múltiples opciones, cuál o cuáles actos permitirán obtener los resultados que se pretenden.

Para llevar a cabo esa actividad constante, es necesario que podamos estar conectados con una serie de factores que, al final de cuentas, son los que hacen que se tomen las decisiones que, en muchos casos, consideramos que son las correctas para los objetivos trazados. Dentro de esos factores, se encuentra la motivación, elemento que hace ponderar en el nivel racional los juicios y preferencias que cada persona podría tener para someterlos a las decisiones.

Este diseño motivacional ha sido estudiado desde hace muchos años por la llamada psicología de la motivación, como un contenido mediante el cual el ser humano llega a la decisión e inicia con el estudio de esos juicios y preferencias, pasa por la forma de tomar las decisiones,hasta llegar a estas, su estructuración mental y ejecución.

Mateo, Pedro (2008) presenta los conceptos básicos del proceso humano de toma de decisiones, su modelo fundamental, conceptos, clasificaciones, la motivación intrínseca y la forma de llegar a las decisiones en un estudio genérico de la psicología de la motivación que es aplicable a los campos profesionales diversos, entre ellos, naturalmente, el campo de la toma de decisiones a nivel jurisdiccional:



### *2.1.1. Motivación y acción dirigida a una meta*

*Dentro de la psicología de la motivación, los modelos expectativa-valor (E-V) han tenido siempre, desde sus orígenes, la pretensión de alejarse de los modelos más mecanicistas e incluso de oponerse a ellos. Como señalara Feather (1982a, p. 4), los enfoques E-V han ‘’subrayado la estructuración cognitiva de la realidad por un organismo activo y la cualidad prepositiva de su conducta dentro de un marco medios-fin”.*

*El carácter propositivo de la conducta ha llevado a los teóricos de la E-V a incidir en la “elección entre alternativas” como el principal índice motivacional. De este modo, las conductas tipo decisión y solución de problemas resultan las más afines al modelo E-V. Por ello, al poner en relación en este capítulo la motivación con la toma de decisiones, lo haremos fundamen- talmente desde la perspectiva de los modelos motivacionales E-V.*

### *2.1.2. Toma de decisiones: concepto y clasificaciones*

*En cuanto a la toma de decisiones, seguiremos aquí la clasificación apuntada por Abelson y Levi (1985). Es ta nos permitirá poner un poco de orden en un campo de investigación que ha resultado tan amplio y fructífero. Según dicha clasificación, las investigaciones sobre toma de decisiones se pueden organizar basándose*

*en la ubicación de los investigadores en los tres siguientes parámetros: el tipo de análisis (estructural o de procesos), la naturaleza de la decisión (con riesgo o sin él) y la clase de modelo (normativo o descriptivo).*

*En primer lugar, el investigador puede estar preocupado o por la estructura o por los procesos que intervienen en la toma de decisiones. Un juicio o decisión suponen una respuesta del sujeto ante unas condiciones estimulares de elección. Pues bien, los modelos estructurales pretenden describir la relación entre e! estímulo y la respuesta. Los modelos de procesos, por el contrario, se ocupan de las transformaciones que se producen entre el estímulo y la respuesta. Mientras los primeros estudian qué elige la persona, los segundos estudian cómo se lleva a cabo la elección.*

*En segundo lugar, la decisión que ha de tomar el sujeto puede conllevar riesgo o bien no implicar riesgo. Es decir, en algunos casos el individuo se enfrenta a decisiones sin riesgo que implican preferencias más que probabilidades (p. ej., dónde pasar las vacaciones de verano). En este capítulo consideraremos sólo las situaciones con riesgo. Es decir, trataremos con decisiones que implican resultados probabilísticos (p. ej., loterías, juegos de azar, seguros). El riesgo puede implicar incertidumbre o no. Por incertidumbre se entiende que las probabi- lidades objetivas del resultado son desconocidas y en la práctica imposibles de conocer.*

*A un nivel estructural se pueden analizar tanto decisiones arriesgadas como no arriesgadas. A un nivel de procesos no es tan fácil diferenciar entre situaciones con riesgo y sin riesgo. En este caso la distinción se establece entre situaciones de elección bien definidas y mal definidas. Las últimas implican incertidumbre.*

*En tercer lugar, se puede establecer una distinción entre los modelos normativos, interesados por cómo las personas deberían elegir siguiendo determinados criterios formales de decisión y los modelos descriptivos, interesados por cómo las personas eligen de hecho.*



*[…]*

*Aquí nos centraremos en el estudio de las decisiones arriesgadas (tanto a nivel estructural como de procesos). Esto nos permitirá estudiar, en este primer apartado, modelos estructurales de riesgo similares a los de la expectativa-valor de la teoría motivacional. Más adelante, en el epígrafe 2.2, analizaremos a nivel de procesos algunos parámetros motivacionales que podrían jugar un papel en las situaciones con incertidumbre. En el epígrafe 2.3 consideraremos algunos modelos estructurales y de procesos que asignan algún papel central a la motivación.*

*El procedimiento comúnmente utilizado para estudiar las decisiones con riesgo ha consistido en permitir al sujeto que elija entre juegos sencillos con ganancias y pérdidas asociadas y con diferentes niveles de riesgos (diferentes probabilidades de ganancias y pérdidas). Los investi- gadores han tratado de encontrar un modelo formal que pueda explicar la elección óptima en tales situaciones. Se trata de los modelos normativos, que proporcionan un conjunto de reglas prescriptivas de cómo combinar creencias y preferencias con objeto de seleccionar una opción óptima. Con el paso del tiempo estos modelos normativos o prescriptivos han ido haciéndose cada vez más complejos.*

### *2.1.3. Motivación y decisión*

*A pesar de que hemos dicho más arriba (epígrafe 2.1.1) que la psicología de la motivación considera la elección entre alternativas de acción como un índice motivacional muy importante, relacionar motivación y decisión no resulta fácil. La razón de esto es que, como señalan Pitz y Sachs (1984), la toma de decisiones*

*ha constituido una temática de estudio que ha permanecido al margen de otras áreas de la psicología. Una posible razón de este alejamiento, en opinión de estos autores, ha sido la enorme influencia que han tenido los modelos prescriptivos. Todo ello habría tenido el efecto de haber desviado la atención de los investigadores en torno a los mecanismos cognitivos y motivacionales sobre los que podrían basarse las decisiones. Es decir, la teoría de la decisión ha evolucionado hasta época reciente al margen de las teorías cognitivas y motivacionales.*

*Ahora que los investigadores de la toma de decisiones se inclinan cada vez más hacia los modelos descriptivos (estudio de los procesos que median en la toma de decisiones) frente a los prescriptivos, este estado de cosas está cambiando. Pero, mientras que en los análisis descriptivos de la decisión los procesos cognitivos han encontrado fácil acomodo, los procesos motivacionales se han incorporado sólo tímidamente a la explicación de cómo tomamos decisiones.*

*Esto puede resultar curioso, habida cuenta de las semejanzas existentes entre las teorías motivacionales y la teoría de la decisión. En efecto, son muchos los teóricos de la decisión que han considerado a los modelos motivacionales de la expectativa-valor como modelos SEU (Modelos de Utilidad Subjetiva Esperada; en cuanto como decisiones esperadas en función de la utilidad del dinero de cualquier otro bien material y no del valor objetivo del mismo y en función de la probabilidad de obtener aquello que no es de utilidad) (p. ej., Físchhoff, Goitien y Shapira. 1982).*

*Por otro lado, es notable la coincidencia en cuanto a las críticas que han recibido ambas teorías. En este sentido, muchas de las cuestiones que preocupan a los psicólogos de la motivación han sido también objeto de controversia por parte de los analistas de toma de decisiones. Entre ellas, la preocupación por la conducta "inconsistente"; el problema de la representación cognitiva de la información relacionada con la decisión; o los problemas con respecto a las diferencias en las estrategias de combinar la información relevante para la decisión, en función de factores personales y situacionales.*



*Pero, es preciso resaltar también las diferencias existentes entre las dos tradiciones de investi- gación. Entre las diferencias más importantes podemos señalar las siguientes:*

*a) No comparten la misma visión racional del ser humano.*

*b) Recurren a conceptos o príncipes explicativos diferentes.*

*c) Difieren en los procedimientos experimentales que utilizan.*

*d) No todos consideran el conflicto de motivos como un elemento nuclear de la decisión.*

*Son estas diferencias las que explican el tradicional desencuentro entre ambas líneas de investigación.*

*En primer lugar, algunos teóricos de la motivación, como Feather (1982b), han considerado una simplificación tratar a los modelos E-V como equivalentes en esencia a la teoría de la decisión SEU. Más concretamente, en opinión de Feather, la visión racionalista del hombre del modelo SEU no es compartida por las primeras versiones E-V de Tolman y Lewin y tampoco está presente en la tradición de Atkinson sobre motivación de logro.*

Volver al índice

*En segundo lugar, un tema de distanciamiento más puntual entre la psicología de la motivación y la teoría de la decisión es el recogido por Lopes (1987) y Schneider y Lopes (1986). Aquí las diferencias giran en torno a los mecanismos que utiliza la persona para llegar a una decisión. Es decir, en torno a la interpretación misma del proceso de decisión. Lopes subraya que las estrategias propias de los modelos motivacionales, que implican maximizar la probabilidad de encontrar una meta o de alcanzar un nivel de aspiración, son, en esencia, diferentes de las estrategias de maximizar la utilidad esperada del modelo SEU. De hecho, como ya dijimos al describir el concepto de racionalidad restringida de Simón, tales estrategias suponen una violación de los criterios de elección del modelo SEU.*

*En tercer lugar, las dos tradiciones difieren en cuanto a los procedimientos experimentales que utilizan normalmente. En este sentido, la investigación sobre teoría de juegos ha sido criticada por la escasa significación psicológica de los procesos estudiados. Como señala Rachlin (1989), entre otros, el análisis de las propiedades matemáticas y lógicas de los juegos, se ha desarrollado al margen de la comprensión psicológica.*

*En la misma dirección se pronuncia Lopes (1987), para quien las explicaciones dentro de la teoría de juegos son explicaciones psicofísicas en el sentido exacto de la psicofísica sensorial tradicional. Esto implica que la conducta de aversión al riesgo que estudian los analistas de la decisión no tiene nada que ver ni con el riesgo ni con la aversión en su significado psicológico […]"*

*Esto contrasta, marcadamente, con lo que ha sido la teoría de la motivación, en la que son precisamente las consecuencias personal o emocionalmente relevantes las que determinan qué decisiones y riesgos están dispuestas a asumir las personas.*

*En cuarto lugar, queremos señalar la que en nuestra opinión es la principal diferencia entre los modelos E-V y SEU. Nos referimos a que en los modelos motivacionales los parámetros expectativa-valor determinan la tendencia a la acción, mientras que en los modelos de decisión, los parámetros de utilidad esperada determinan directamente la decisión y la acción.*



*Ni que decir tiene que proponer un proceso intermedio de carácter motivacional (la tendencia a la acción) resulta defendible en la medida en que sea de alguna utilidad. En caso contrario es absolutamente superfluo. La cuestión probablemente sea filosófica: si la acción prepositiva, dirigida a una meta, depende de un proceso puramente racional y cognitivo o bien depende también del interjuego o conflicto de motivos.*

*Algunos modelos de la decisión incorporan como elemento central el conflicto motivacional que surge de la confrontación entre vanas alternativas de acción incompatibles. Son los denominados modelos de conflicto, que analizaremos en un apartado posterior de este mismo capítulo. Pero la mayor parte de las teorías de la decisión han obviado el tema motivacional.*

*Pese a todas estas diferencias, que han mantenido tradicionalmente alejados a los dos campos de investigación, hay también algunos intentos de integración desde uno y otro campo. Así, desde la psicología de la motivación se ha pretendido incorporar en el análisis de la toma de decisión principios motivacionales o al menos las características propias de las variables motivacionales. Desgraciadamente, sólo existen algunas propuestas aisladas, y sobre temas puntuales, en esta línea (p. ej., Kuhl).*

*También desde la teoría de la decisión ha habido algunas propuestas integradoras. Estas, además, tienen un carácter más general. Es decir, pretenden explicar un amplio rango de fenómenos de decisión. Podemos incluir aquí los modelos motivacionales de la aversión al riesgo (Larrick, 1993; Lopes, 1987; Schneider y Lopes, 1986), a los que dedicaremos el apartado final de este capítulo.*

*[…]*

### *2.2. Variables motivacionales en la toma de decisiones*

*Como ya hemos comentado más arriba, a veces los humanos se alejan de las prescripciones de los modelos normativos, lo que les lleva a cometer errores. Pues bien, una de las causas a la que recurrentemente se ha apelado ha sido a la actuación de fuerzas impulsivas y emocionales que, fuera del control del individuo, provocan la violación sistemática de las prescripciones normativas.*

*Entre las variables de naturaleza motivacional que han sido investigadas, y que conside- raremos en esta sección, se encuentran: los efectos del estrés; el sentimiento anticipado de pesar ante las posibles consecuencias de una mala decisión; la influencia de estados afectivos transitorios y de una intensidad moderada; y ciertos efectos ilusorios en los que la deseabilidad de los resultados contamina lo que es objetivamente esperable.*

*Tema obligado al hablar de la eficacia de la toma de decisiones es el referente a la racionalidad o irracionalidad de la conducta humana. Consideraremos, pues, dicho tópico en primer lugar, para luego analizar la influencia sobre las decisiones de cada una de las variables motiva- cionales que acabamos de enumerar.*

#### *2.2.1. Racionalidad y eficacia en la toma de decisiones*

*El tema de la racionalidad surge inevitablemente cuando consideramos las frecuentes discre- pancias entre cómo las personas deberían tomar decisiones, según modelos matemáticos o científicos de combinación de información, y cómo de hecho esas personas toman sus decisiones. Dicho de otra manera, hay frecuentes discrepancias entre los modelos normativos o prescriptivos y los modelos descriptivos.*



*Abelson y Levi (1985) identifican cinco posturas básicas con respecto a la racionalidad. Una primera postura, sin duda la más optimista con respecto a la racionalidad humana, ¡considera que las deficiencias que las personas cometen en sus decisiones son corregibles a través de! entrenamiento adecuado. La segunda postura, asociada al concepto de racionalidad restringida de Herbert Simón, entiende que la racionalidad de las personas está condicionada por las propias limitaciones de la capacidad de procesamiento de los individuos. La tercera postura, impulsada por el trabajo de Kahneman y Tversky (p. ej., 1986), ve a las personas como científicos intuitivos que recurren a heurísticos y reglas de andar por casa, lo que a veces supone una ventaja en términos de rapidez o simplicidad de la toma de decisión, pero que las más de las veces conduce al error de no apreciar estrategias normativas alternativas más apropiadas. La cuarta postura achaca las faltas de racionalidad a fuerzas motivacionales o emocionales que escapan al pleno control del individuo. Una última y extrema postura plantea que cuando las personas no se acomodan a los modelos normativos es porque los modelos normativos están equivocados.*

*Probablemente el tema de la irracionalidad tenga que ver más con la filosofía que con la investigación científica y sea, en este sentido, irresoluble. Con esto no queremos decir que se trate de un tema "etéreo" o intrascendente. Bien al contrario, tiene importantes implica- ciones prácticas. Si los humanos se comportan con frecuencia de forma deficiente en sus juicios y decisiones, es fundamental conocer los factores que contribuyen a tal ineficacia, para corregirla. Simplemente queremos decir que las anteriores posturas en torno a la racionalidad, lo que están reflejando es fundamentalmente una "visión" del hombre y de su comportamiento. Y. de este modo, el encuentro entre ellas es difícil.*

*Por lo que aquí respecta, vamos a centrarnos en las supuestas limitaciones (o irracionalidad) introducidas por las variables motivacionales y emocionales. Recogeremos los datos empíricos acumulados por la investigación, al igual que las interpretaciones. En seguida resultará evidente que la relación entre dichas variables y la eficacia de la decisión dista de ser tan lineal como en un principio pudiera parecer. Es decir, las variables motivacionales no siempre ejercen un efecto pernicioso sobre la decisión.*

*[…]*

### *2.2.2 Toma de decisiones en condiciones de estrés*

*Gran parte de las decisiones que tomamos en nuestra vida cotidiana las realizamos en condiciones óptimas, sin agobios, tomándonos nuestro tiempo. Pero otras veces, nos vemos en la necesidad de tomar decisiones en condiciones de tensión y bajo presiones diversas.*

*Pues bien, la mayoría de los estudios experimentales sobre decisión suponen una réplica, enel laboratorio, de las condiciones óptimas comentadas en primer lugar. No han faltado, sin embargo, estudios experimentales sobre los efectos del estrés en la toma de decisiones. A estos últimos dedicaremos este apartado.*

*Aunque no hay una definición universalmente compartida del estrés psicológico, podemos considerar a éste como un estado emocional desagradable instigado por cualquier amenaza al propio bienestar (Janis y Mann).*

*Dependiendo de su origen, se pueden identificar dos formas de estrés. En el primer tipo tenemos el estrés generado por el ambiente externo y que es ajeno a la propia situación de elección (p. ej., tomar una decisión en una situación ruidosa o con exceso de calor). En el segundo tipo se encuentra el estrés producido por la propia actividad de tener que tomar una decisión (p. ej., las presiones de tiempo a la hora de tomar una decisión, o la importancia o gravedad de la decisión). Denominaremos al primer tipo estrés ambiental y al segundo, estrés de tarea.*



*El estrés, especialmente el estrés de tarea, introduce elementos nuevos, por lo que no es de esperar que la toma de decisiones en situaciones de estrés se rija por los mismos parámetros que las decisiones tomadas en condiciones normales. Parece evidente que las decisiones personales e importantes, con su correspondiente carga emocional, siguen principios diferentes que las decisiones simuladas ante escenarios o situaciones hipotéticas. En este sentido, para algunos autores (Mann, 1992) sería la investigación sobre estrés la que más se acercaría a las decisiones cotidianas de las personas.*

*Dicha investigación se ha centrado en los efectos perjudiciales del estrés (de tarea y ambiental) sobre la toma de decisiones, al igual que en los efectos del estrés en cómo la persona que decide busca y considera la información relativa a las alternativas de decisión. Ambas formas de estrés tienen efectos perjudiciales similares, aunque hay también efectos únicos a cada modalidad.*

*[…]*

### *2.2.3 Afecto y decisión*

- ***Pesar anticipado***

*Hay muchas situaciones en las que las personas, a la vista de los resultados obtenidos, se arrepienten de una decisión tomada. Después de tomar una decisión comparamos los resultados que hemos logrado con los que habríamos conseguido si hubiéramos elegido otra opción alternativa. La comparación hará que sintamos pesar, si nos damos cuenta de que la otra alternativa habría sido mejor, o por el contrario que sintamos alegría si consideramos que la otra alternativa habría sido peor.*

*Dado que las personas saben que experimentan ese tipo de sentimientos como consecuencia de sus decisiones, parece lógico pensar que anticipen dichos sentimientos en el momento de tomar decisiones. Es decir, el individuo podría tener en cuenta esos sentimientos anticipados al tomar la decisión.*

*[…]*

*Las teorías del pesar anticipado difieren considerablemente entre sí en los detalles (p. ej., Bell, 1982,1983; Josephs, Larrick, Steele y Nisbett. 1992: Larrick, 1993: Loomes y Sugden,1982,1987). Sin embargo, todas mantienen que en el proceso de toma de decisión la persona toma en consideración el pesar o la alegría potenciales de las alternativas disponibles.*

*Volveremos a estas teorías en el epígrafe posterior. Baste aquí decir que cualquier teoría que se apoye en la noción de pesar supone un distanciamiento sobre el modelo SEU. Supone que quien decide no sólo toma en consideración las probabilidades y utilidades de cada alternativa sino también la cantidad de pesar que en potencia podría tener cada alternativa. Por otro lado, el pesar puede interpretarse como un punto de referencia (Yates y Stone, 1992a). La idea de un punto de referencia está próxima al concepto de satisfacción de Simón, y por tanto, se aleja de nuevo del principio de maximización de la utilidad esperada.*



*En muchos aspectos una teoría del pesar anticipado está más próxima a las teorías motiva- cionales que a la teoría SEU. En la teoría motivacional de logro de Atkinson la esperanza de éxito y el temor al fracaso determinan el nivel de riesgo que la persona está dispuesta a asumir. Y en general, todas las teorías de la expectativa-valor parten del supuesto central de que los individuos tienen capacidad para anticipar las consecuencias que tendrán sus actos en cuanto a su naturaleza agradable o aversiva. En todas estas teorías, por tanto, la anticipación de afectos determina en gran medida las decisiones a las que se llega.*

- ***Afecto inducido***

*Otra línea de investigación relacionando afecto y decisión se ha ocupado de la influencia de estados afectivos transitorios sobre la toma de decisión y riesgo. A diferencia de los estudios sobre pesar anticipado, el afecto aquí es ajeno a la situación de decisión. Es decir, no está generado por la propia situación de decisión. En este sentido, es similar a los efectos del estrés ambiental sobre la toma de decisión. Difiere, sin embargo, de los estudios sobre estrés y decisión por la intensidad de los afectos inducidos. Típicamente, en ¡os estudios que ahora pasamos a comentar, las reacciones afectivas de los sujetos son de intensidad moderada. Otra peculiaridad de esta línea de investigación es que se ha ocupado de estados afectivos de signo positivo (los afectos de signo negativo aportan un patrón de resultados muy complejo y contradictorio).*

*Los estudios sobre afecto inducido y decisión provienen de un contexto ajeno al de la psicología de la decisión. Durante las últimas décadas los psicólogos sociales han investigado en estudios de laboratorio y de campo cómo el estado de ánimo influye en el comportamiento prosocial. Inducir en las personas un estado afectivo positivo por métodos muy diversos (dándoles un pequeño obsequio, haciendo que tengan una experiencia de suerte, etc.) hace aumentar su comportamiento de ayuda, medido también de formas muy diversas (para una revisión, véase Balsón, 1990; Moore e Isen, 1990).*

*El afecto positivo no sólo vuelve a las personas más generosas con sus semejantes, sino que también genera cogniciones más positivas, lo que podría constituir una explicación de cómo se produce la influencia del afecto sobre la ayuda (para una revisión, véase Christianson, 1992; Kuiken, 1989). Como una extensión de la influencia de los estados afectivos positivos sobre la memoria y otros procesos cognitivos, se ha estudiado cómo el afecto positivo influye en la decisión (Isen y otros, 1982).*

*El juicio de motivación dentro de la esfera jurisdiccional se vuelve básico a partir de la elaboración humana de la toma de decisiones dentro del proceso, las decisiones relativas al propio proceso o las necesarias para resolver el conflicto presentado a la persona juzgadora, y estas concepciones que nos han presentado nos permiten tener claridad en cuanto a la forma en que opera una serie de motivaciones en el ánimo de esa persona juzgadora. Esto puede llegar a 11 conformar la llamada discreción judicial que las personas operadoras mantienen como herramienta que brinda la posibilidad de acción ante las alternativas.*

## ACTIVIDAD DE EVALUACIÓN

- Sintetice las clasificaciones de los parámetros relevantes en la toma de decisiones a partir de ejemplos de decisiones conocidas en la labor jurisdiccional.
- Realice una apreciación crítica de la motivación en la decisión a partir del estudio de las alternativas de solución en un caso definido a partir de una fijación de cuota alimentaria.
- Dentro de la variable motivacional en la toma de decisiones de las condiciones de estrés, ejemplifique con un caso fáctico concreto en materia contravencional.

# 1.2. Discreción judicial emanada del sistema democrático

Cuando una persona que administra justicia ejerce su función y toma diversas decisiones, tanto procesales como sustanciales, de resolución del conflicto según el derecho, también ejerce un poder soberano que le es confiado constitucionalmente, no solo por la importancia que su decisión puede tener para las personas que están en el conflicto, sino también para la propia sociedad a la cual se debe como funcionaria pública y, como tal, en el Estado donde se enmarca su función.

La toma de decisiones jurisdiccionales se determina como una función creadora del derecho dentro de un marco constitucional del cual se origina esa discreción en la toma de dichas decisiones. Queda claro que, al establecerse la labor jurisdiccional dentro de un sistema democrático de derecho y constitucionalmente respaldada en los artículos 153 y siguientes de nuestra Constitución Política, la función esencial de quienes son titulares de esa función, quienes administran justicia, debe estar enmarcada dentro de los propios principios políticos que la Carta Magna propone dentro del Estado de derecho. Ramón Ruiz (2010) de la Universidad de Jaén analiza esa función judicial a partir de los principios 12 propios del ordenamiento jurídico y cómo actúa la discrecionalidad judicial dentro de ellos:

*Indudablemente, en un mundo tan complejo social y jurídicamente como el nuestro, ya no es posible seguir considerando a los jueces, simplemente, como la boca que pronuncia las palabras de la ley. El juez de nuestro tiempo goza –y así debe ser, nos guste más o menos– de una indudable y necesaria discrecionalidad como consecuencia, entre otros factores, del complejo sistema de fuentes, de la inevitable vaguedad de gran parte de las normas que componen nuestros ordenamientos modernos y, muy relacionado con lo anterior, del creciente recurso a los principios jurídicos en el constitucionalismo contemporáneo. No obstante, si bien es cierto que esta discrecionalidad es inevitable, también lo es que debe ser de algún modo fiscalizada para impedir que derive en arbitrariedad y que suponga una amenaza para los principios de igualdad y de seguridad jurídica.*

*Ciertamente, como es de todos conocido, durante mucho tiempo se quiso ver a los jueces como meros aplicadores del Derecho, considerándose que su labor se apoyaba en el denominado "silogismo bárbara", en el que la premisa mayor es una forma jurídica, abstracta y general, la menor los hechos concretos fijados por el juez o el intérprete y la conclusión el resultado de subsumir los hechos en el supuesto de hecho de la norma y de aplicar las consecuencias de ésta[1].*

*Este era el modelo judicial ideal para los ilustrados, quienes, para ponerlo en práctica, vieron la necesidad de una reforma radical de las fuentes normativas de su época, cuya organización seguía siendo, sustancialmente, similar al modelo medieval, basado en un Ordenamiento, en palabras de Ángeles Galiana, "compuesto por disposiciones caóticas, desordenadas, asiste- máticas, incompletas, muchas veces contradictorias y en cierta medida inaplicables"[2]. Era imperioso, pues –continúa la citada profesora–, sustituir la acumulación de normas dispares por una normatividad unitaria, sistemática y precisa dictada por el poder soberano y que*

1 Vid. ASÍS ROIG, Rafael: Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 97

2 GALIANA SAURA, Ángeles: La legislación en el Estado de Derecho, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 15.



Volver al índice

*respondiera a criterios de racionalidad, para lo cual se valdría de un instrumento esencial, el código, en el que nada quedaría al arbitrio del intérprete, convirtiéndose, así, en garante de la seguridad jurídica.*

*De este modo, gracias a la codificación, no sólo la creación, sino también la aplicación del Derecho se tornaría en operaciones racionales. En efecto, la interpretación no sería ya casuística, sino que se haría a modo de silogismo, evitándose, gracias a una buena legislación como sugería Beccaria–, la creación judicial del Derecho por vía de la interpretación. Se lograba, en definitiva, establecer normas fijas e inmutables para los intérpretes y para los aplicadores y, por tanto, seguras para los ciudadanos, "que por primera vez en la historia pueden conocer el Derecho a través de su aplicación regular".*[3]

*Sin embargo, pronto se vio que el código no era tan racional como se pretendía y que resultaba incapaz de dar respuesta a todos los litigios y conflictos que surgían en una sociedad industrial que evolucionaba muy rápidamente. Y esta situación se agudizó con el paso del Estado liberal al Estado social, descentralizado y globalizado, que ha propiciado una multiplicació y dispersión de las fuentes normativas, con el consiguiente incremento de la producción de todo tipo de normas, dando lugar a "una legislación fragmentada en una multitud de normas, desordenadas, confusas, rápidamente cambiantes y cada vez más técnicas o especializadas"*[4]*. Normas que, por si fuera poco, en muchos casos son necesariamente vagas –especialmente en el caso de los principios jurídicos– pues, como sostiene Endicott, "la vaguedad es un rasgo esencial del Derecho […] no podemos concebir una comunidad regulada por leyes precisas"*[5]*.*

*Y otro factor que hay que tener en cuenta a la hora de analizar la facultad de discrecionalidad del poder judicial contemporáneo es que es posible afirmar, con Rafael de Asís, que "aunque ni las disposiciones que enumeran las fuentes del Derecho ni una parte importante de los operadores jurídicos consideran que los jueces crean Derecho, esto parece ser un hecho"*[6]*. Afirmación que ilustra recurriendo al trabajo La creación judicial del Derecho desde la Teoría del Ordenamiento Jurídico, de Peces-Barba, en el que se llegaba a las conclusiones siguientes:*



*1. todos los jueces crean Derecho al resolver una pretensión sometida a su conocimiento con arreglo a las normas de organización de un Ordenamiento jurídico, 2. determinados jueces, aquellos que tienen reconocida esa función y que en España son, por ejemplo, los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo, pueden ejercer un control de legalidad de las disposiciones reglamentarias que en cuanto se ejerce sobre disposiciones generales supone una producción normativa negativa de carácter general, 3. el Tribunal Constitucional lleva a cabo una producción normativa negativa (control de constitucionalidad) y positiva (interpretación vinculante de la Constitución), 4. por fin, determinados jueces, que son normalmente los que agotan las sucesivas instancias procesales y que dictan las sentencias definitivas, reciben poder de las normas de producción normativa para dictar normas generales –a lo que Rafael de Asís añade que en la gran mayoría de los casos y con independencia del agotamiento o no de la instancia, el enunciado normativo general que sirve de premisa mayor para la decisión va a ser creado por el juez–.*

*En definitiva, es indudable que los jueces en nuestros días han alcanzado un gran protagonismo a la hora, no ya de la aplicación del Derecho, sino aun de su creación, como consecuencia de que, con frecuencia, la ley no tiene respuesta para todos los casos y será el aplicador quien tenga que resolver los problemas, por lo que puede sostenerse que se ha producido un "desplazamiento de la razón desde la creación a la aplicación del derecho"*[7] *–si bien, claro está, no siempre la discrecionalidad va a estar presidida por la racionalidad–.*

3 Ibídem, pág. 20 (citando a E. García de Enterría).
4 Ibídem, pag. 24.
5 ENDICOTT, Timothy A.O.: La vaguedad en el Derecho, trad. de J.A. Alcalá y J. Vega, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 280.
6 ASÍS ROIG, Rafael: Jueces y normas, cit., pág. 281
7 GALIANA SAURA, Ángeles: La legislación en el Estado de derecho, cit., pág. 23.

*A analizar algunas de estas cuestiones es a lo que dedicaré las páginas que siguen, dando cuenta en la primera parte de las características de los principios jurídicos como normas, entre otras cosas, mucho más moldeables que las tradicionales reglas y que están adquiriendo cada vez un mayor protagonismo, y exponiendo en la segunda parte algunas de las implicaciones que la aplicación de este tipo de normas tienen o pueden tener en relación con el razonamiento jurídico.*

## *2. Características de los principios jurídicos*

*Como confiesa Laporta, es difícil de entender cuál sea la razón por la que en la actualidad haya una apelación tan frecuente a los principios; no obstante, él mismo aventura algunas posibles razones al respecto. Así, a su juicio, hay autores que lo hacen ante el apabullante desborda- miento de las fuentes del Derecho, "entendiendo que sólo puede hallarse una isla de estabilidad si se sitúa uno por encima de la rica floresta normativa que nos invade"; otros acuden a ellos por la velocidad y cambio de la legis innovatio cotidiana, "que no deja títere con cabeza en el panorama de las normas vigentes"; otros encuentran un terreno particularmente propicio para ello en el llamado "neoconstitucionalismo", que se presenta como casi una nueva forma de entender y aplicar el derecho a partir de los parámetros de las constituciones contempo- ráneas, tan pródigas en la afirmación de valores y principios; otros unen a todo ello el anhelo de encontrar la justicia del caso concreto ante los problemas que presentan las reglas; otros buscan una solución razonable a los llamados "casos difíciles" sin tener que recurrir a la pura discrecionalidad del juzgador cuando no hay reglas disponibles, y otros, por fin, porque ven en ellos, primero una realidad ineludible de los ordenamientos modernos, y segundo, un buen método complementario de resolver algunos problemas de adjudicación[8].*

*Por otra parte, nos encontramos con que tampoco es fácil –ni pacífica– la definición de los principios jurídicos, cuya concepción ha cambiado en gran medida en los últimos tiempos. Ciertamente, como señala Mario Ruiz[9], la concepción tradicional de los principios como normas implícitas (los llamados principios generales del Derecho) como clausula residual que permitía cerrar el sistema jurídico con la finalidad de mantener la ficción de la plenitud del Derecho ha cambiado como consecuencia del carácter normativo atribuido a las constituciones en nuestros días y de la inclusión en las mismas de un gran número de principios explícitos (si bien, en cierta medida se mantienen los principios implícitos tradicionales), considerados como "normas expresamente formuladas, sobre todo por lo que respecta a los derechos fundamentales, (…) que constituyen al mismo tiempo un límite sustantivo a la producción de normas jurídicas inferiores"[10].*

*Así, el concepto de "principio jurídico" puede ser usado en diversos sentidos o acepciones, entre las cuales, a juicio de Atienza y Ruiz Manero[11], los más significativos son los siguientes: en el sentido de norma muy general, entendiendo por tal la que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales; en el de norma redactada en términos particularmente vagos, como consecuencia de la incorporación en la misma de un número de conceptos jurídicos indeterminados; en el sentido de norma programática o directriz, esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines; en el sentido de norma que expresa los valores superiores del ordenamiento jurídico; en el de una norma especialmente importante, aunque su grado de generalidad sea relativamente bajo; en el sentido de norma de elevada jerarquía; en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación jurídicos y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc.; y, en fin,en el sentido de regula iuris, esto es, de enunciado o máxima de la ciencia jurídica que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del*

8 Vid. LAPORTA, F. J., "Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas", en LAPORTA, F. J., RUIZ MANERO, J. y RODILLA, M.A.: Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, págs. 68 y 69.

9 Vid. RUIZ SANZ, Mario: Sistemas jurídicos y conflictos normativos, Dykinson, Madrid, 2002, págs. 103 y 104.

10 Ibídem, pág. 105.

11 Vid. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan: "Sobre principios y reglas", en Doxa, nº 10, 1991, pág. 103.



Volver al índice

*mismo. Ahora bien, esta lista de significados no tiene carácter exhaustivo ni es tampoco excluyente, sino que, con frecuencia, los anteriores rasgos se solapan entre sí, e incluso hay ocasiones en que una misma norma podría servir como modelo de principio en prácticamente todas las acepciones indicadas.*

*Como vemos, no todos los principios pueden ser reducidos a una estructura o función unitaria, ni poseen unos caracteres comunes –además, mediante la interpretación es posible transformar reglas en principios y principios en reglas, cuando las normas son aplicadas al caso concreto–. No obstante, se puede sostener –siguiendo, de nuevo, a Atienza y Ruiz Manero– que existen características esenciales comunes a la mayor parte de los principios jurídicos, tales como la fundamentalidad, la generalidad y la vaguedad. La fundamentalidad de una norma significa que su modificación o sustitución tiene como efecto directo una transformación del resto del Ordenamiento jurídico o del sector del mismo en el que ésta se inserta[12]. La generalidad de una norma, por su parte, alude a la amplitud del campo de su aplicación; es decir, indica que tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica están regulados en términos muy generales y abstractos. La vaguedad, en fin, si bien es confundida en ocasiones con la generalidad, tiene un sentido distinto; así, se puede afirmar que una norma es vaga cuando, dado su amplio ámbito de indeterminación semántica, es difícil efectuar una identificación entre un caso y el supuesto de hecho previsto en la misma, por lo que aparecen o pueden aparecer casos límite o dudosos, que no están claramente excluidos ni incluidos en la norma.*

*Estas dos últimas características dan lugar que nos encontremos ante normas especialmente imprecisas, que frecuentemente remiten a conceptos no específicamente jurídicos y que contienen exigencias que en la práctica pueden resultar contradictorias, lo cual es especialmente problemático si tenemos en cuenta que estamos, como ya se ha señalado, ante "el instrumento normativo en el que se contienen los criterios de validez de las restantes normas del sistema, por lo que el sentido del que se dote a sus términos limitará los significados posibles de los restantes documentos jurídicos"[13].*



*En este sentido, conviene recordar que se suele alegar que los principios jurídicos son distintos de otro tipo de normas, las reglas, si bien se trata de una cuestión harto controvertida y que ha dado lugar a una gran polémica doctrinal respecto a cuáles sean las características de cada una de estas clases de normas o sobre los criterios de distinción –es más, hay quienes critican esta distinción o, al menos, su relevancia–. Abordando esta cuestión muy sucintamente[14], puede afirmarse que esta cuestión puede ser considerada desde dos perspectivas o enfoques diferentes: el estructural y el funcional.*

*Este segundo, conforme a Atienza y Ruiz Manero[15], se centra en el papel o la función que las normas cumplen en el razonamiento práctico de sus destinatarios.*

*Así, si consideramos a las normas jurídicas en su dimensión de pautas dirigidas a los órganos jurisdiccionales para resolver las disputas jurídicamente, entonces la distinción entre reglas, principios explícitos y principios*

12 Hay cuatro formas distintas de entender la fundamentalidad: la jerárquica, que se predica de las normas que ocupan el rango superior en la jerarquía normativa; la lógico-deductiva, de la que gozan aquellas normas de las que pueden ser deducidas lógicamente otras normas; la teleológica, que caracteriza a las normas que establecen fines u objetivos respecto a otras; y, en fin, la axiológica, que se refiere a aquellas normas que contienen los valores políticos y éticos sobre los que se asienta una determinada estructura política y social.

13 BARRANCO AVILÉS, Mª del Carmen, Derechos y decisiones interpretativas, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 20.

14 Los diversos criterios de distinción entre reglas y principios y la polémica al respecto se abordan de modo más detallado en RUIZ RUIZ, Ramón: "La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del Derecho", en Urbe et Ius, abril de 2007.

15 Los diversos criterios de distinción entre reglas y principios y la polémica al respecto se abordan de modo más detallado en RUIZ RUIZ, Ramón: "La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del Derecho", en Urbe et Ius, abril de 2007.

*implícitos aparece estrechamente asociada a la distinción entre necesidad de obediencia a las autoridades normativas y capacidad de deliberación propia por parte de aquéllos.*

*En este sentido se pueden considerar a las reglas como razones para la acción perentorias e independientes del contenido. "Razones perentorias" quiere decir que constituyen razones para realizar la acción exigida y para excluir o suprimir cualquier deliberación independiente por parte de su destinatario sobre los argumentos en pro y en contra de realizar la acción.*

*Por tanto, cuando se dan las condiciones de aplicación de las reglas, los órganos jurisdic- cionales tienen el deber de aplicarlas, excluyendo su propio juicio acerca de las razones de las mismas. El carácter independiente del contenido afecta al por qué los órganos jurisdiccionales deben obedecer las reglas, esto es, a las razones por las que deben considerarlas como razones "perentorias". Y en este sentido, se supone que los órganos jurisdiccionales deben considerarlas así por razón de su fuente (esto es, de la autoridad normativa que las ha dictado): su origen en dicha fuente es condición suficiente para que los órganos jurisdiccionales deban considerarlas como razones perentorias.*

*Los principios explícitos, en cambio, son razones para la acción independientes del contenido, pero no perentorias. Son independientes del contenido porque la causa por la que deben entrar a formar parte del razonamiento justificativo de las decisiones de los órganos jurisdiccionales es la misma que en el caso de las reglas, esto es, su origen en una determinada fuente. No son, sin embargo, razones perentorias porque no excluyen la deliberación por parte del órgano jurisdiccional acerca del contenido de la resolución a dictar, sino que constituyen meramente razones para resolver en un determinado sentido, cuya fuerza respecto de otras razones (otros principios) –que puedan constituir, a su vez, razones para resolver en otro sentido ha de ser ponderada por el propio órgano jurisdiccional.*



*[…]*

*El enfoque estructural, por su parte, plantea "si los principios tienen la misma estructura condicional y/o si los operadores deónticos que rigen para las reglas son los mismos que los de los principios"[16]. Respecto a esta cuestión, Aarnio[17] sostiene que las opiniones sobre la distinción estructural entre reglas y principios pueden ser divididas, a grandes rasgos, en dos tesis principales. La "tesis fuerte de la separación", según la cual, la diferencia entre reglas y principios no se refiere, por ejemplo, al grado de generalidad, sino que es más bien cualitativa; esto es, por su estructura, reglas y principios pertenecen a categorías diferentes, pues son estructuralmente distintos. Conforme a la "tesis débil de la separación", en cambio, entre reglas y principios existe una diferencia de grado, no cualitativa y desempeñan un papel similar o análogo en el discurso jurídico; generalmente, sostienen su partidarios, los principios tienen una mayor generalidad que las reglas, pero por lo demás no hay especiales características para distinguirlos de ellas, sino tan sólo distintos modos de interpretarlos y aplicarlos.*

*Por su parte, Alexy[18], uno de los más destacados exponentes de la tesis fuerte, señala que un punto decisivo para la distinción entre reglas y principios y que demuestra claramente que la diferencia entre ambos tipos de normas es cualitativa y no de grado, es que las reglas serían "mandatos definitivos" o, lo que es lo mismo, normas que sólo pueden ser cumplidas o no: si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Sin embargo, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado*

16 ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan: "Sobre principios y reglas", cit., pág. 107.

17 Vid. AARNIO, Aulis: "Reglas y principios en el razonamiento jurídico", Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, nº 4, 2000, pág. 539.

18 Vid. ALEXY, Robert: Teoría de los derechos fundamentales, trad. de E. Garzón Valdés, C.E.C., Madrid, 1997, págs. 81 a 98.

*en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Es decir, los principios son "mandatos de optimización", caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y en la medida de que su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas –el ámbito de las posibilidades jurídicas estaría determinado por los principios y las reglas opuestos–. Puede decirse, así, que en los principios siempre existe algún elemento estructural que permanece abierto hasta que es "cerrado" por el intérprete al aplicar la norma al caso concreto, de modo que su contenido definitivo será finalmente más reducido que el aparente o prima facie*[19] *–no obstante, como advierte Mario Ruiz*[20]*, en verdad no puede decirse que los principios presenten la propiedad de ser cumplidos en diversos grados, sino que, después de determinarse su prevalencia o no en un caso concreto, se cumplen o no se cumplen–.*

*Ahora bien, la distinción entre reglas y principios –continúa Alexy– se muestra clarísimamente en los supuestos de colisión de principios. Así, a diferencia de cuando se produce un conflicto de reglas contradictorias, que se soluciona bien introduciendo en una de ellas una cláusula de excepción que elimine el conflicto o bien, lo que es más habitual, declarando inválida una de las reglas por medio de la aplicación de alguno de los criterios de resolución de antinomias, cuando lo que chocan son dos principios (dos derechos fundamentales, por ejemplo) no estaríamos propiamente ante una contradicción, sino ante una tensión entre normas, dado que ninguna de ellas goza, a priori, de primacía frente a la otra, toda vez que la necesidad de armonizar los principios y, especialmente, los derechos supone que sus límites no pueden ser determinados ni previa ni exhaustivamente, sino según las circunstancias concretas.*

*En efecto, cuando dos principios entran en colisión, uno de ellos tiene que ceder ante el otro; pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado, ni que en éste haya que introducir una cláusula de excepción, puesto que, bajo ciertas circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera contraria. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en cada caso concreto los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Estos casos han de ser resueltos más bien a través de una ponderación, con lo cual el factor decisivo lo constituye el principio al que le corresponde un peso relativamente mayor en el caso concreto y al principio que juega en sentido contrario se le hace retroceder, pero no se declara inválido. No obstante, como señala el propio Alexy*[21]*, el criterio de distinción más frecuentemente citado es el de la generalidad, en virtud del cual se considera a los principios como normas de un grado de generalidad relativamente alto y a las reglas como normas de un grado relativamente bajo. Esta sería, como ya se ha señalado, la "tesis débil de la separación", que, recordemos, defiende que entre las reglas y los principios existe sólo una distinción de grado y no una distinción estructural o lógica.*

*Entre los partidarios de esta tesis destaca Prieto Sanchís*[22]*, quien escribe que "quienes sostienen que dentro del Derecho existen dos clases de ingredientes sustancialmente distintos, las reglas y los principios, deben mostrar que hay alguna diferencia estructural y morfológica entre ambos, que es posible identificar algún rasgo que esté presente siempre que usamos la expresión principios y que nunca aparece cuando utilizamos la expresión reglas; en caso contrario, reglas y principios no aludirán a dos clases de enunciados normativos, sino a dos tipos de estrategias interpretativas". En definitiva, para Prieto Sanchís, la distinción se traslada de la estructura de la norma a las técnicas de interpretación y justificación o, como escribe Gianformaggio –citado por aquél– "la diferencia entre reglas y principios surge exclusivamente en el momento de la interpretación-aplicación".*

19 Coinciden en este punto Mario Ruiz (vid. RUIZ SANZ, Mario: Sistemas jurídicos y conflictos normativos, cit., pág. 116) e Isabel Garrido (vid. GARRIDO GÓMEZ, Mª Isabel: La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley, Dykinson, Madrid, 2009, pág. 209)

20 Vid. RUIZ SANZ, Mario: Sistemas jurídicos y conflictos normativos, cit., pág. 121.

21 Vid. ALEXY, Robert: "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", en Doxa, nº 5, 1988, pág. 140.

22 Vid. PRIETO SANCHÍS, Luis: Ley, principios, derechos, Cuadernos Bartolomé de las Casas, nº 7, Dykinson, Madrid, 1998, págs. 47 a 63.

### *3. La discrecionalidad en la aplicación de principios*

*Seguramente, la principal consecuencia que se deduce de la aplicación de los principios y de la técnica de la ponderación es el fortalecimiento de la posición del juez, pues allí donde aparece un conflicto entre principios, surge una decisión que otorga preferencia a uno u otro y que va a tener como único límite la racionalidad[23]. Y no olvidemos que su decisión va a tener una gran trascendencia, pues no está de más recordar que, como escribe Guastini, "en este contexto, "ponderar" no significa atemperar, conciliar o algo por el estilo; es decir, no significa hallar un punto de equilibrio, una solución "intermedia", que tenga en cuenta ambos principios en conflicto y que –de algún modo– aplique o sacrifique parcialmente a ambos. La ponderación consiste sobre todo en sacrificar o descartar un principio aplicando el otro"[24].*

*Esta mucho mayor libertad del juez cuando aplica principios respecto de cuando aplica reglas según el modelo tradicional[25] viene dada en gran medida por el hecho de que no es factible establecer lo que suele denominarse un "orden fuerte de principios", esto es, un listado completo de los principios de un sistema jurídico que incluya todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos, determinándose, así, unívocamente, la decisión en cada uno de los casos. En esta línea, Rafael de Asís[26], refiriéndose a los derechos fundamentales, opina que no se puede, en principio, llevar a cabo una estructuración jerárquica de los derechos en caso de colisión, sino que este problema ha de resolverse en cada caso concreto, de modo que, por ejemplo, no se puede argumentar que el derecho a la vida es el derecho más fundamental y, por lo tanto, el menos limitado, por ser el presupuesto de los restantes, dado que todo dependerá del significado que se dé a ese derecho y a sus posibles colisiones con otros derechos o bienes constitucionales como, por ejemplo, la libertad. También Zagreblesky[27] sostiene que, por lo general, los principios no se estructuran según una jerarquía de valores, pues si así fuese, se produciría una incompatibilidad con el carácter pluralista de la sociedad, algo inconcebible en las condiciones constitucionales materiales de la actualidad. Ciertamente, en caso de conflicto, el principio de más rango se erigiría en soberano entre todos los demás y sólo permitiría desarrollos consecuentes con él, privando de eficacia a todos los principios inferiores y dando lugar a una "tiranía del valor" esencialmente destructiva.*

*No obstante, son muchos quienes opinan que cuando se aplican principios, si bien no es fácil sostener que existe una única respuesta correcta, sí que, al menos, existen unos mecanismos para reducir al máximo la discrecionalidad judicial. Entre éstos figura Alexy[28], a cuyo juicio, la imposibilidad de establecer un orden fuerte de principios no significa que no sea posible elaborar una teoría que sea algo más que un mero catálogo de puntos de vista de los que cada uno puede servirse a discreción y que deje la ponderación al arbitrio de quien la realiza. En efecto, si bien es cierto que la ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, conduzca exactamente a un resultado, tal asunción no implica que no sea un procedimiento racional que puede, además, ser optimizado por medio de un orden débil de principios que comprenda tres elementos: un sistema de prioridades prima facie, un sistema de condiciones de precedencia y, en fin, un sistema de estructuras de ponderación.*

*Así, en primer lugar, tendríamos las prioridades prima facie, esto es, principios o derechos que gozan de preferencia a priori o con carácter general, creando un cierto orden en el campo de los principios, si bien éste no contiene una determinación definitiva, porque aunque establecen cargas de la argumentación, si*



23 Vid. PRIETO SANCHÍS, Luis: "Tribunal Constitucional y positivismo jurídico", en Doxa, nº 23, 2000, pág. 173.
24 GUASTINI, Riccardo: "Principios de Derecho y discrecionalidad judicial", trad. de P. Andrés Ibáñez, en Jueces para la democracia, nº 34, 1999, pág. 44.
25 Vid. PRIETO SANCHÍS, Luis: Ley, principios, derechos, cit. pág. 61.
26 Vid. ASÍS ROIG, Rafael, "Sobre los límites de los derechos", en Derechos y libertades, nº 3, 1994, pág. 123.
27 Vid. ZAGREBLESKY, Gustavo: El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, págs. 124 y 125.
28 nd

*son más fuertes los argumentos de un principio que juega en sentido contrario, se cumple suficientemente con la misma. El segundo elemento propuesto por Alexy, son los sistemas de condiciones de precedencia, que pueden generalizarse en una ley de colisión que vale para todas las colisiones de principios y que reza: "las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio prevalente". Así, el que las colisiones entre principios deban resolverse mediante ponderación en cada caso concreto no significa que la solución de la colisión sea solamente significativa para tal caso, sino que pueden establecerse relaciones de prioridad relevantes para la decisión en nuevos casos*[29].

*Ambos elementos están presentes en la jurisprudencia constitucional española, como se pone de manifiesto, por ejemplo, en la Sentencia 158/2003 de 15 de septiembre, en cuyo Fundamento Jurídico 3º leemos que:*

*"Este Tribunal ha elaborado un cuerpo consolidado de doctrina en los casos en que exista un conflicto entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor (...). Dicha doctrina parte de la posición especial que en nuestro ordenamiento ocupa la libertad de información, puesto que a través de este derecho no sólo se protege un interés individual, sino que entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indiso- lublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático. El valor preferente o prevalente de este derecho ha sido, sin embargo relativizado en nuestra jurisprudencia negando su jerarquía sobre otros derechos fundamentales. De ahí que hayamos condicionado la protección constitucional de la libertad de información y su prevalencia sobre el derecho al honor garantizado en el artículo 18.1 CE, a que la información se refiera a hechos de relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz".*

*De modo que la ley de colisión que en abstracto rezaba "las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio prevalente", puede transformarse, en este caso, en una regla que disponga que: "cuando se emita una información veraz y referida a hechos de relevancia pública, el derecho a la información del emisor deberá prevalecer en todo caso, incluso ante el derecho al honor de la persona a quien se refiere tal información"; y esta regla habrá de ser aplicada en todos los supuestos de colisión entre los referidos derechos*[30].

*Sin embargo, pueden surgir otros supuestos de colisión de esos mismos principios en los que las circunstancias sean distintas y, por tanto, deban ser evaluadas; es aquí donde aparecería el tercer elemento fundamental de la teoría débil de los principios: la ley de la ponderación. Como hemos visto, los principios, en cuanto mandatos de optimización, exigen su realización lo más completa posible, en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas. Pues bien, la referencia a las posibilidades fácticas lleva a los principios de adecuación o idoneidad y de necesidad. Por otro lado, la referencia a las posibilidades jurídicas implica el principio de la proporcionalidad en sentido estricto, que puede ser formulado como sigue: "cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro" –esto es, de lo que se trata es de que todos los principios o derechos en juego se estimen razonablemente para evitar restricciones innecesarias*[31].



29 Son muchas otras las sentencias que expresan claramente esta relación de prevalencia, entre ellas, las SSTC: 105/1983, 51/1985, 104/1986, 6/1988, 107/1988, 105/1990, 171/1990, 172/1990, 143/1991, 214/1991, 40/1992, 85/1992, 219/1992, 223/1992, 240/1992, 123/1993, 178/1993, 232/1993, 320/1994, 22/1995, 78/1995, 132/1995, 138/1996, 144/1998, 21/2000, 112/2000, 49/2001, 76/2002, 54/2004.

30 Vid. GARRIDO GÓMEZ, Mª Isabel: La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley, cit., pág. 210.

31 Sin embargo, estas y otras sentencias no han supuesto la consolidación definitiva del "test alemán de proporcionalidad", pues el Tribunal Constitucional ha continuado aplicando alternativamente el principio de proporcionalidad tal y como lo había venido haciendo anteriormente, sin formalizarlo o empleando sólo alguno de sus elementos. A pesar de ello, puede sostenerse que dicho test constituye hoy uno de los criterios de interpretación que con mayor frecuencia ha empleado la jurisprudencia constitucional española, sobre todo en el ámbito de los

*Para dar cuenta de esta ley de la ponderación –también conocida como "test alemán de proporcionalidad"–, podemos recurrir, de nuevo, a nuestro Tribunal Constitucional que en los últimos años ha empezado a emplearlo asiduamente[32] –algo que desde hace décadas viene haciendo la jurisprudencia constitucional alemana y que en nuestros días están haciendo prácticamente todos los Tribunales Constitucionales europeos, así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, habiéndose plasmado dicho principio explícitamente, asimismo, en algunas constituciones y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea[33]–. La primera sentencia en la que el Tribunal Constitucional alude expresa y conjuntamente a los tres requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto fue la 66/1995 de 8 de mayo –si bien ni en ésta ni en ninguna posterior ha reconocido explícitamente la influencia ni de la doctrina ni de la jurisprudencia alemanas–, sin embargo, donde lo expone de forma más clara es en la Sentencia 207/1996 de 16 de diciembre:*

*"En este sentido hemos destacado que para comprobar si una medida restrictiva de un dere fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). Así pues para que una intervención corporal en la persona del imputado en contra de su voluntad satisfaga las exigencias del principio de proporcionalidad será preciso: a) que sea idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella, esto es, que sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal; b) que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con menor grado de sacrificio, sean igualmente aptas para conseguir dicho fin, y c) que, aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes" (F.J. 4º).*

*En definitiva, aunque a la hora de resolver alguno de los frecuentes conflictos entre principios jurídicos no es posible una única respuesta correcta, sí lo es un procedimiento de raciona- lización y justificación de la decisión. Ahora bien, como señala Cabra Apalategui[34], no obstante, este sistema no conduce a un resultado definitivo, únicamente dice qué es lo que hay que fundamentar para justificar el enunciado de preferencia condicionado que representa el resultado de la ponderación, pero ésta deja todavía margen a valoraciones cuyo control racional escapa al propio procedimiento de ponderación –pues, en efecto, hay espacio para la subjetividad "en la graduación de la afectación de los principios, en la determinación de su peso abstracto y de la certeza de las premisas empíricas, y en la elección de la carga de la argumentación que es apropiada para el supuesto en cuestión"[35]–.*

*También Prieto Sanchís sostiene que si bien la ponderación no equivale a irracionalidad, esto no significa que su resultado sea el fruto de la mera aplicación de normas, es decir, el que represente un ejercicio de racionalidad no supone que sus conclusiones vengan impuestas por el Derecho; "es una operación*



derechos fundamentales.

32 ASÍS ROIG, Rafael de: El juez y la motivación en el Derecho, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 110.

33 Vid. CABRA APALATEGUI, José Manuel: "Racionalidad y argumentación jurídica", en Derechos y libertades, nº 9, 2000, pág. 170.

34 Vid. GARRIDO GÓMEZ, Mª Isabel: La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley, Dykinson, Madrid, 2009, pág. 211.

35 Vid. GARRIDO GÓMEZ, Mª Isabel: La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley, Dykinson, Madrid, 2009, pág. 211.

Volver al índice

*racional, pero una operación que en lo esencial se efectúa sin "red normativa", a partir de valoraciones en las que no tiene por qué producirse un acuerdo intersubjetivo", pues "decidir que el sacrificio circunstancial de un principio merece la pena desde la perspectiva de la satisfacción de otro entraña, sin duda, una valoración; valoración en la que –aunque no se quiera– pesará la importancia que cada individuo concede a los respectivos bienes en conflicto, así como su propia "cuantificación" de costes y beneficios en el caso concreto"[36]. En definitiva, se puede sostener, con Rafael de Asís, que la ponderación es algo enormemente valorativo, independientemente de que se lleve a cabo tomando como referencia el texto constitucional, por lo que "hay que ser conscientes de que su uso expresa la opción de una determinada posición de índole ético y político"[37].*

*No obstante, la labor de los órganos judiciales y, muy en concreto, del Tribunal Constitucional en relación con los principios jurídicos va mucho más allá de la resolución de las tensiones que se producen entre los mismos Ciertamente, éste va a ser el órgano competente para la atribución concluyente de significado a los principios, por lo que está facultado para decidir, incluso, si el significado atribuido por el legislador está jurídicamente justificado[38]. Podemos, así, llegar tan lejos como afirmar que tal situación "tiene consecuencias importantes en lo que afecta a la concepción de la división de poderes, que ahora sufre una reformulación desde el momento en que el legislador ya no es soberano: está sometido a la Constitución y a un órgano específico que controla, desde el punto de vista de su constitucionalidad, sus decisiones normativas"[39]. En definitiva, es posible afirmar que lo que parecen hacer los principios consti- tucionales es "cercenar la discrecionalidad del legislador, mostrándose, en cambio, como dúctiles instrumentos en manos del juez"[40].*

*De modo que, como ya se dijo al principio de este trabajo, "la rematerialización de la Constitución a través de los principios supone un desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial: bien es verdad que no se trata ya de la misma discrecionalidad, sino que existe una diferencia esencial: la del legislador ha sido siempre una discrecionalidad inmotivada, mientras que la del juez pretende venir domeñada por una depurada argumen- tación racional"[41]. En efecto, el Tribunal Constitucional, al no contar con una legitimidad democrática directa, debe buscar esa legitimidad en la vinculación de sus resoluciones al Derecho preexistente (en definitiva, a la Constitución).*

*El problema es que no existe ni en relación con el Tribunal Constitucional ni en relación con otros sujetos de la interpretación, una convención acerca de las reglas que deben guiar el proceso de atribución de significado[42].*

*Nos encontramos, por tanto, ante un riesgo evidente de quiebra de un principio tan básico como es el principio de seguridad jurídica. Escribe, en este sentido, Laporta, que se puede afirmar que, "desde el punto de vista de la certeza y la predecibilidad de las relaciones jurídicas, estamos en el peor de los mundos posibles"[43]. Y no debemos olvidar que la seguridad jurídica, la certeza y la predecibilidad, garantizan a los individuos la capacidad de predicción de las actuaciones del poder y la calculabilidad de sus propias acciones favoreciendo la libre elección de planes y proyectos de vida[44]. No obstante, como señala Javier Ansuátegui, desde una*

36 PRIETO SANCHÍS, Luis: "Tribunal Constitucional y positivismo jurídico", cit., pág. 181.
37 ASÍS ROIG, Rafael de: El juez y la motivación en el Derecho, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 112.
38 Vid. BARRANCO AVILÉS, Mª del Carmen, Derechos y decisiones interpretativas, cit., pág. 98.
39 ANSUÁTEGUI ROIG, F. Javier: De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pág. 100.
40 PRIETO SANCHÍS, Luis: "Tribunal Constitucional y positivismo jurídico", en Doxa, nº 23, 2000, pág. 173.
41 Ibídem.
42 BARRANCO AVILÉS, Mª del Carmen, Derechos y decisiones interpretativas, cit., pág. 129.
43 LAPORTA, F. J., "Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas", cit., pág. 70.
44 CUENCA GÓMEZ, Patricia: El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos

*determinada perspectiva se puede afirmar que, precisamente, la Constitución, a pesar del carácter abierto de muchas de sus disposiciones, "al representar un marco de estabilidad y previsibilidad que en la actualidad ya no puede garantizar la ley, que hoy es rápida, inestable, cambiante, contribuye a la seguridad jurídica"*[45].

Partiendo, entonces, de esa labor jurisdiccional dentro del marco del Estado de derecho y la labor esencial de la persona juzgadora, es necesario resumir de alguna forma el contenido de la discreción judicial desde la función que esta tiene en esa toma de decisiones que diariamente se aplica en la jurisdicción, para lo cual aportamos el artículo de Marisa Iglesias Vila (2008), profesora de la Universidad de Barcelona, quien nos permite ahondar en el tema a partir del derecho positivo y los criterios de la validez en la discreción:

*I.- INTRODUCCIÓN*

*Una pregunta recurrente dentro de la teoría del derecho es si la discreción judicial, entendida de forma amplia como posibilidad de elección entre diversos cursos de acción, puede ser reducida o, incluso, eliminada. La importancia de esta pregunta la debemos relacionar con nuestra visión del papel que corresponde desempeñar a los jueces de un diseño institucional centrado en la teoría de la separación de poderes. La discreción judicial aparece como algo cuestionable, porque puede colocar al juez en la posición de un legislador y, por tanto, alterar nuestra idea de que la adjudicación normativa consiste en la utilización del derecho como mecanismo para resolver conflictos.*[46] *Tomando este punto de partida, parece que la discreción judicial es una actividad que escapa a la función de aplicación del derecho y que el rule of law pierde fuerza si la posibilidad de discreción no es minimizada.*[47] *Pero no debemos confundir el problema de la discreción con el de la desobediencia judicial al derecho. Aunque ambos problemas tienen importantes consecuencias para la supervivencia del rule of law, la discreción, a diferencia de la desobediencia, está relacionada con los límites del derecho como guía de conducta con la obligación judicial de fallar en cualquier caso. Así, de forma previa a cualquier discusión acerca de los peligros que la actividad discrecional pueda comportar, debemos preguntarnos si la discreción es un instrumento necesario en la tarea de adjudicación normativa. En este trabajo asumiré que siempre habrá un lugar para la discreción en la aplicación del derecho por el simple hecho de que el derecho tiene límites y, por tanto, aquello que se pretende regular no siempre coincide con aquello que, efectivamente, se regula. A mi modo de ver, el problema relevante no es ya si los jueces disponen siempre de una respuesta jurídica correcta que controle el resultado de sus decisiones, sino determinar en qué medida la discreción es necesaria o, en otros términos, donde residen los límites del derecho. Aquí, una dificultad importante es que el fenómeno de la discreción judicial no puede ser analizado y comprendido con independencia que las concepciones del derecho y sus fundamentos filosóficos. Concepciones distintas ofrecen también respuestas diferentes a la cuestión de cuándo podemos legítimamente afirmar que un juez requiere discreción para resolver un caso en particular. Por esta razón, la misma decisión judicial será vista por unos como un acto discrecional, mientras que otros la contemplarán como un simple acto de aplicación. En definitiva, nuestra imagen del derecho y nuestros parámetros para*



materiales en la validez jurídica, Dykinson, Madrid, 2008, pág. 143.

45 ANSUÁTEGUI ROIG, F. Javier: De los derechos y el Estado de Derecho, cit., pág. 104.

46 Sobre esta noción de adjudicación, véanse, por ejemplo, MacCormick, N., Legal Reasoning and Legal Theory, Clarendon Press, Oxford, 1978, p. 242; Hawkins, K., "Using Judicial Discretion", en Hawkins, K. (ed.), The Uses of Discretion, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 32 y ss.

47 Siguiendo a C. Sunstein (Legal Reasoning and Political Conflict, Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 102-106), entenderé por rule of law la doctrina normativa que, por una parte, centra su visión del derecho en la idea de sistema de reglas y, por otra, exige del sistema de reglas las características siguientes: "1. Clear, general, publicly accesible rules laid down in advance… 2. Prospectivity… 3. Hearing rights and availability of review… 4. Separation between lawmaking and law-implementation… 4. No rapid changes in the contents of law; no contradictions or inconsistency in the law…

*determinar cuándo existe una respuesta jurídica correcta condicionarán nuestra perspectiva sobre este tema. La pregunta acerca de la existencia de discreción, entonces, como una pieza más de un puzzle complejo, sólo podrá recibir una respuesta razonable si mostramos que las bases sobre las que se asiente esta respuesta son también razonables.*

*Asimismo, debe tenerse en cuenta que la expresión "discreción judicial" no siempre es usada en el mismo sentido. Algunos autores, como el caso de Dworkin, asumen que la discreción es siempre necesaria en la adjudicación, a pesar de que defienden que siempre existe una respuesta jurídica correcta que el juez debe identificar. Otros autores, Hart entre ellos, defienden que siempre habrá un reducto para discreción porque, dada la textura abierta del lenguaje, algunos casos carecerán de solución jurídica correcta. Además de las diferencias sustantivas que podamos identificar entre estas dos teorías del derecho, ambas manejan distintos sentidos del término "discreción". Mientras que Dworkin se refiere a lo que se suele denominar "discreción débil" y rechaza la existencia de "discreción fuerte", Hart defiende que la "discreción fuerte" no puede ser evitada en la aplicación del derecho. Advertir estas divergencias verbales y clarificar estos dos sentidos de "discreción" puede ser útil para evitar ulteriores confusiones. Afirmamos que un juez tiene discreción débil cuando la identificación del derecho requiere un proceso intelectual complejo. Aquí nos encontramos con casos cuya calificación jurídica presenta dificultades epistémicas. De este modo, a pesar de existir una solución correcta, dilucidar cuál es el curso de acción exigido por el derecho requiere articular argumentos interpretativos. La discreción fuerte, en cambio, suele ser definida como la posibilidad de elección entre diversas alternativas admisibles de acción cuando no existe respuesta jurídica correcta. El juez, en este contexto, debe actuar como un legislador consciente, adoptando aquella decisión que considere mejor según sus propias convicciones y actitudes normativas[48].*

*En este trabajo centraré mi atención en el problema de la existencia de discreción fuerte. Pero mi objetivo se limitará a mostrar que, en un contexto jurídico como el de la interpretación constitucional, algunas respuestas acerca del lugar que ocupa la discreción fuerte en la adjudicación normativa son mejores que otras. Desarrollaré mi argumento teniendo en cuenta un aspecto concreto del problema de la discreción: la relación entre la presencia de criterios evaluativos de legalidad, la indeterminación jurídica y la actuación discrecional de los jueces. Este problema, que ha estado presente de forma permanente en la controversia entre el positivismo hartiano y la teoría dworkiniana, es uno de los núcleos de una reciente literatura ocupada en reorganizar las bases de un positivismo mínimo, que trata de contra- rrestar la ofensiva de Dworkin sin caer en una perspectiva irrazonable del derecho. Quizá lo más relevante de esta literatura sea el debate surgido dentro del positivismo hartiano, y que ha dividido a exclusivistas e inclusivistas en el intento de explicar cómo y hasta dónde la imagen positivista del derecho es compatible con asumir la presencia de estos criterios evaluativos de validez. A mi modo de ver, este debate interno empezaba a ser urgente porque, como comentaré a continuación, uno de los desafíos a los que se enfrenta el positivismo en la actualidad es el de su adecuación a la práctica jurídica.*

*Una teoría del derecho puede ser criticada por no dar cuenta de algunos aspectos relevantes del fenómeno que pretende explicar. Ésta es una objeción importante que ha sido utilizada con frecuencia para mostrar la debilidad de una determinada aproximación jurídica. Hart, para poner un ejemplo, considera que su visión del derecho como unión de normas primarias y secundarias es superior a la teoría imperativista, precisamente, porque refleja mejor la realidad compleja de los sistemas jurídicos contemporáneos.[49] Asimismo, Hart, en crítica a la teoría predictiva, presenta idea del punto de vista interno como la única forma de distinguir el*

48 Sobre la distinción entre discreción débil y discreción fuerte, y sobre la amplia literatura que se ha ocupado de caracterizar estas nociones, véase Iglesias, M., El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, capítulo I

49 Véase, por ejemplo, Hart, H. L. A., The Concept of Law, 2a. ed., Clarendon Press-Oxford, 1994, capítulo IV, pp. 79-81.



Volver al índice

*fenómeno jurídico de un fenómeno como el de la mafia.[50] Ciertamente, hoy serían pocos los iusfilósofos que estarían dispuestos a discutir que la teoría de Hart se ajusta mejor que las anteriores a nuestra compresión del derecho.*

*Si asumimos la importancia de este test de adecuación, podríamos empezar preguntándonos por cuál es nuestra imagen de un ordenamiento jurídico.[51]En estas páginas me interesa hacer hincapié en algo casi obvio, como es el hecho de que los sistemas contemporáneos son sistemas constitucionales.[52] Ello implica que el derecho incluye límites sustantivos a las disposiciones de las autoridades con competencia para crear pautas vinculantes de conducta. En efecto, ante la presencia de una Constitución o de un catálogo de derechos fundamentales, ninguna norma deriva su validez jurídica exclusivamente de su pedigree. Esta obviedad tiene importantes consecuencias para una teoría del derecho. En mi opinión, la existencia de una Constitución sustantiva como parámetro de validez jurídica, si bien es un dato meramente contingente si partimos de una noción amplia de derecho, pasa a ser un rasgo distintivo si lo que pretendemos reflejar es el fenómeno del derecho moderno[53]. En el contexto jurídico de los Estados modernos conviven, como modos de determinar cuándo una norma pertenece al ordenamiento jurídico, tanto el mérito sustantivo como el pedigree.[54] Por esta razón, uno de los tests de adecuación a los que podemos someter una teoría del derecho es el de su capacidad para dar cuenta de un sistema constitucional como elemento estructural de nuestros ordenamientos jurídicos.[55]*

*Asumir, como aquí propongo, una noción de derecho basada en la idea de sistema constitucional parece tener dos consecuencias inmediatas. En primer lugar, la pregunta acerca de qué es lo que, jurídicamente,*

50 Ibidem, pp. 82-92.

51 Sobre el test de adecuación, véase Bayón, J. C., "Law, Conventionalism, and Controversy", inédito, 1999, pp. 1-5.

52 En este contexto, la noción de Constitución puede entenderse de forma amplia como un conjunto de límites sustantivos a la regla de la mayoría. Estos límites no tienen porque existir en la forma de una carta magna. Lo único que esta noción amplia requeriría, a mi entender, es la posibilidad de afirmar la existencia de una jerarquía axiológica dentro de un conjunto normativo. Ello hace posible considerar que el ordenamiento británico, por ejemplo, es un sistema constitucional.

53 Ciertamente, podríamos imaginar o encontrar algún ejemplo de conjunto normativo que no incluyera ningún principio moral o ningún criterio evaluativo de legalidad. Pero la posibilidad de imaginar algún caso de este tipo no muestra que esta noción de sistema jurídico sea inadecuada. Estos supuestos, simplemente, quedarían excluidos de esta idea más restrictiva de derecho, del mismo modo que el llamado "derecho primitivo" queda fuera de la visión hartiana de un sistema jurídico. Ello no me parece ni sorprendente ni preocupante, más si tenemos en cuenta que un concepto, como instrumento de discriminación entre objetos o estados de cosas, no puede ni requiere abarcarlo todo. Creo que aquí lo relevante es no dejar fuera del concepto de derecho aspectos básicos de la práctica social que se pretende reflejar. Y la imagen del derecho como sistema constitucional, a pesar de ser más restrictiva que otras nociones de derecho, no pierde capacidad explicativa. De todas formas, cabe recordar que la distinción entre lo empírico y lo conceptual es siempre relativa a nuestro foco de atención. Por esta razón, ya quien advirtió el error del empirismo al tratar de mantener una separación radical entre enunciados analíticos y sintéticos. En opinión de W. Quine ("Dos dogmas del empirismo", en Valdés, L. (ed.), La búsqueda del significado, Madrid, Tecos, 1995, pp. 240-242), esta distinción sólo responde a la probabilidad de que escojamos unos juicios u otros como candidatos a la revisión ante una experiencia negativa. En definitiva, la oración "los metales se dilatan con el calor" será tomada como analítica sino estamos dispuestos a admitir la posibilidad de califica como "metal" un objeto que posee todas las características de los metales pero que no se dilata con el calor. Será sintética, en cambio, cuando estemos dispuestos a admitir que, en el caso de encontrarnos con un objeto de estas características, no existiría una contradicción lógica al afirmar que se trata de un metal que no se ha dilatado con el calor.

54 Véase, en este sentido, la idea de J. Habermas (facticidad y validez, trad. De M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, pp.78-103) de que los sistemas modernos tienen su razón de ser en el equilibrio entre validez (como pretensión de legitimidad sustantiva) y facticidad (como coerción y voluntad institucional).

55 Sobre la idea de que el constitucionalismo se ha erigido hoy en el nuevo paradigma del derecho. Véase Ferrojoli, L., "Derechos fundamentales", en De Cabo, A. y Pisarello, G. (eds.) los fundamentos de los derechos fundamentales, Madrid, Trotta, 2001, pp. 52-56 y Zagrebelsky, G., El derecho dúctil, trad. De M. Gascón, Madrid, Trotta, 1995, p. 134.



Volver al índice

*se debe hacer no puede ser completamente depurada de consideraciones sustantivas. Una Constitución incorpora un contexto de moralidad o de evaluación como criterio de legalidad que afecta al contenido de cualquier disposición jurídica y acto normativo. En segundo lugar, la inclusión de términos evaluativos en las formulaciones constitucionales, dada su generalidad y relevancia para la vida social, genera un contexto de controversia respecto al significado de las cláusulas que los contienen. La presencia de criterios sustantivos y la controversia que éstos conllevan son, entonces, aspectos de un sistema constitucional que una teoría del derecho tiene que poder contemplar y explicar de forma razonable si quiere adecuarse a la práctica jurídica. Y estos elementos están directamente relacionados con el problema de la necesidad de discreción judicial en la función de adjudicación. Por una parte, y como observa Raz, es habitual pensar que cuando los jueces usan criterios morales están desarrollando discrecionalmente el derecho y no aplicándolo.[56] Por otra parte, el desacuerdo acerca del significado de los términos evaluativos suele ser considerado una fuente de indeterminación jurídica. Pero ninguna de estas dos cuestiones es pacífica. Fruto del desafío de Dworkin a la tesis positivista de las fuentes sociales, algunos autores, especialmente los denominados "incorporacionistas", asumen que el derecho puede incluir criterios evaluativos para determinar la validez jurídica. Al mismo tiempo, la relación entre desacuerdo e indeterminación, uno de los fundamentos semánticos del positivismo, es claramente impugnable y, en mi opinión, ha sido cuestionada con éxito desde lo que podríamos considerar "teorías interpretativas del derecho".*

*En este trabajo pretendo defender fundamentalmente dos tesis. En primer lugar, mantendré que la presencia de criterios sustantivos de validez no conlleva necesariamente un contexto en el que los jueces aplican pautas extrajurídicas. Tampoco implica la existencia de discreción judicial. Para que ello fuera así, las reglas que contienen predicados morales no deberían poder determinar una respuesta jurídica correcta. En segundo lugar, defenderé que la incorporación de términos evaluativos en las formulaciones constitucionales conlleva su indeterminación semántica. Así, aunque los términos evaluativos son inherentemente controvertidos, sostendré que ello no conduce necesariamente a la ausencia de respuesta jurídica correcta, no porque en ocasiones haya acuerdo, sino porque la asociación entre controversia e indeterminación es inadecuada desde el punto de vista semántico.*



## *II.- LA TESIS DE LAS FUENTES SOCIALES Y LOS TEST SUSTANTIVOS DE VALIDEZ*

### *1.- Validez y aplicabilidad*

*Hay penas que son crueles o degradantes, registros policiales que vulneran la intimidad personal, bandos municipales que son discriminatorios y normas que atentan contra la libertad en sus múltiples formas. Estos actos y disposiciones normativas son inconstitucionales o ilegales porque nociones como la libertad, intimidad, trato cruel, etcétera, actúan como estándares de validez jurídica. Ahora bien, como he comentado, la fuente de su ilegalidad no reside en su origen, sino en su déficit sustantivo dentro de un determinado contexto de evaluación. Si atendemos a esta reflexión, la existencia de estos criterios o, en general de una Constitución sustantiva, parece poner en tela de juicio la tesis positivistas de las fuentes sociales, la que afirma que podemos identificar la existencia y el contenido del derecho recurriendo meramente a hechos sociales y, por tanto, sin acudir a argumentos evaluativos.[57] A primera vista, la existencia de un test sustantivo de constitucionalidad es la antítesis de lo que nos sugiere la idea de las fuentes sociales: que para determinar la legalidad de un acto o disposición no requerimos entrar a valorar su contenido o su mérito sustantivo. Parece claro, en este sentido, que cuando nos preguntamos si la obtención de información genética puede vulnerar la intimidad personal, estamos valorando el contenido de esa actividad.*

56 Raz, J., The Authory of Law. Essays on Law and Morality, Oxford, Clarendon Press, 1979, pp. 49 y 75.

57 Ibídem, pp. 39-41; Raz, J., Ethics and the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics, Oxford, Clarenton Press, Paperback Edition, 1994, p. 211.

Volver al índice

*¿Muestra, entonces, la existencia de un test de constitucionalidad que el positivismo jurídico no es capaz de dar cuenta de nuestra imagen del derecho moderno? La respuesta más simple que el positivismo puede ofrecer a esta cuestión es indicar que la presencia de criterios evaluativos de validez es algo contingente.[58]De este modo, ni la tesis de las fuentes ni la de la separabilidad quedan afectadas porque su única implicación es que no hay una relación necesaria entre derecho y moral.[59] Pero esta respuesta simple me parece poco persuasiva. Ya he indicado que la distinción entre contingencia y necesidad depende de nuestro foco de atención y de aquello que pretendemos explicar. Y no hay duda, a mi modo de ver, que el carácter constitucional de un sistema jurídico es un dato relevante y distinto de los ordenamientos modernos que una teoría del derecho debe poder contemplar. Por esta razón, prefiero prestar atención a otras líneas de respuesta al problema de la relación entre la tesis de las fuentes y el test de constitucionalidad. En esta línea se encuentra el positivismo exclusivo de Raz. Este autor es consciente de que el positivismo no puede obviar que el derecho incluye criterios evaluativos y, por esta razón, intenta dar una explicación a su presencia sin abandonar la tesis de las fuentes. Su argumento tiene como fundamento la distinción entre validez (o pertenencia) y aplicabilidad (o vinculatoriedad).[60] Según esta distinción el espectro de normas que vinculan a los jueces en un determinado sistema jurídico no tiene por qué coincidir con en el conjunto de normas que pertenecen o forman parte de este sistema. Un claro ejemplo en el que puede darse esta falta de coincidencia es el de las normas de derecho extranjero.[61] Estas reglas, a pesar de no pertenecer a nuestro ordenamiento nacional, pueden ser aplicables dentro de nuestro sistema jurídico si existe una norma que obliga a los jueces a usar estas reglas en ciertos casos.*

*Varios autores consideran que las disposiciones que incorporan predicados morales, al igual que las reglas relativas al derecho extranjero, son un caso de mera aplicabilidad. De este modo, cuando el derecho incluye estos predicados nos está remitiendo a un contexto de pautas extrajurídicas, las reglas morales, que el juez tiene, o bien la discreción, o bien la obligación de aplicar.[62] En este sentido si la Constitución prohíbe los tratos crueles o degradantes no ofrece una respuesta jurídica a la cuestión de qué tratos están prohibidos por ser crueles o degradantes. Estamos ante la presencia de una laguna.[63] El derecho se limita a remitir al juez a las pautas morales sobre la crueldad para integrar esta laguna.[64]*



58 Véase, por ejemplo, Coleman, J., "Second Thoughts and Other First Impressions", en Bix, B. (ed.), Analyzing Law: New Essays in Legal Theory, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 265 y 266; id., "Authority and Reason", en George, R (ed.), The Autonomy of Law, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 251 y 252; Waluchow, W., Inclusive Legal Positivism, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 177-182; Kramer, M., In Defense of Legal Positivsm. Law Withouth Trimmings, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 152 y 191.

59 Sobre las implicaciones de la tesis de las Fuentes sociales y la de la separabilidad, véase, por ejemplo, Coleman, J., "Authority and Reason", cit, nota anterior, p. 291 y nota 5; Raz, J., Ethics and the Public Domain…, cit., nota 12, pp. 230-237.

60 Véase Raz, The Authority of Law..., cit., nota 11, pp. 46-50; id., Ethics and the Public Domain…, cit., nota 12, pp. 227- 230, 233, 234 y 333). Sobre el uso, a veces implícito, que Raz hace de esta distinción para salvaguardar la tesis de las fuentes sociales frente a la presencia de tests sustantivos de legalidad, véase, también, Coleman, J., "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", Legal Theory, 4, 1998, p. 404 y nota 40; Mitrophanous, E., "Soft Positivism", Oxford Journal of Legal Studies, vol. 17, 1997, p. 624.

61 Sobre esta distición entre validez y aplicabilidad, y sobre el ejemplo del derecho extranjero, véase, Waluchow, op, cit., nota 12, p. 333; Moreso, J. J., "Intervención en la mesa redonda: Interpretación Constitucional", V Congreso Hispano- Italiano de Teoría del Derecho, Alicante, octubre de 1999, pp. 8 y 9; Coleman, J., "Second Thoughts and other First Impressions", cit, nota 19. Véase también la noción de aplicabilidad externa en Navarro, P. y Moreso, J. J., "Applibility and Effectiveness of Legal Norms", Law and Philosophy, vol 16, 1997, pp. 203-205.

62 En este sentido, Raz, J., The Authority o Law…, cit, nota 11, p. 75; id., Ethics and Public Domain…, cit., nota 12, p.333. Véase, también, Mitrophanous, op, cit., nota 15, pp. 624-626 y 639 y su explicación de esta tesis al caracterizar lo que ella denomina strict positivism.

63 Entenderé por laguna, siguiendo la noción amplia de Raz (The Authority of Law…, cit., nota 11, pp. 50, 70 y 74-77), toda cuestión jurídica que carece de respuesta jurídica correcta (para Raz, respuesta completa).

64 Raz (ibidim, p.75), por ejemplo, considera que la incorporación de consideraciones morales es una fuente de

*Con la distinción entre validez y aplicabilidad se pretende dar cabida a los criterios morales de legalidad sin tener que asumir que estos criterios forman parte del derecho. Ello permite salvaguardar la tesis de las fuentes sociales porque es la validez jurídica de estos criterios lo que supondría una amenaza para esta tesis: la legalidad ya no dependería exclusivamente del pedigree. Pero tengo grandes dudas de que esta distinción pueda contribuir a la adecuación del positivismo a nuestra práctica jurídica. En mi opinión, esta distinción es claramente artificiosa cuando hacemos referencia a la presencia de predicados morales, si bien es ciertamente útil para dar cuenta del supuesto del derecho extranjero. Para clasificar este punto pongamos, como ejemplo, las cuatro disposiciones siguientes: a) los animales peligrosos deben llevar bozal;*

*b) está permitida la entrada de vehículos al parque; c) no están permitidos los tratos crueles o degradantes, y d) cualquier norma de remisión al derecho extranjero. El argumento de la aplicabilidad sugiere que la norma que prohíbe los tratos crueles es más parecida a la norma de remisión al derecho extranjero que a las dos primeras. Así, mientras que en las dos primeras disposiciones el derecho regula ciertas conductas y estados de cosas, en las dos últimas es derecho guarda silencio acerca de qué es lo que, jurídicamente se debe hacer; dado que remite a normas externas al ordenamiento. Pero esta es claramente una distinción ad hoc. Cualquier norma general, que incluya conceptos de clase o propiedades genéricas, podría ser vista como una norma de remisión a pautas extrajurídicas. Ello es así porque el derecho (ya sea de forma directa o indirecta) se expresa en lenguaje natural en vez de construir un lenguaje propio o idiolecto.[65] De este modo, cuando hacemos referencia a términos como "animal peligroso" y "vehículo", al igual que cuando hablamos de "trato cruel", su significado viene determinado por una práctica lingüística más amplia que la estrictamente jurídica. Obviamente esta práctica social más amplia contiene múltiples subprácticas, pero no hay una diferencia cualitativa entre ellas a los efectos de evaluar si el uso de estos términos comporta una laguna jurídica. Del argumento de la aplicabilidad nos lleva al absurdo de tener que concluir que el derecho remite continuamente a pautas extrajurídicas, esto es, que estamos ante una gran laguna. La alternativa es admitir que el derecho, cuando se refiere a animales peligrosos, vehículos y tratos crueles, incorpora criterios semánticos provenientes de prácticas sociales que están interrelacionadas con el contexto jurídico. Aquí, para identificar qué es lo que prescribe el derecho tenemos que conocer qué significan estos términos y expresiones.[66]Habrá casos claros en los que el significado estará determinado y, entonces, estaremos ante un supuesto de respuesta jurídica correcta. Ello no sucede con la remisión al derecho extranjero. En este caso, para averiguar cuál es la conducta regulada no basta con identificar el significado de la formulación normativa del derecho nacional. Es necesario acudir al ordenamiento extranjero y conocer qué es lo que prescribe para el supuesto en cuestión. En definitiva, cuando estamos ante expresiones como "trato cruel", es importante no tomar como problemas de aplicabilidad aquellos que más bien parecen ser problemas de vaguedad.*

*El argumento de la aplicabilidad, en conclusión, parece ser poco fructífero para dar cuenta de la presencia de criterios evaluativos de legalidad. Nos lleva a conclusiones tan contraintuitivas como la de que un catálogo de derechos y principios con rango constitucional es meramente aplicable y, por tanto, a pesar de ser*



lagunas jurídicas.

65 En mi opinión, la propia posibilidad de imaginar que la práctica jurídica pueda generar su propio idiolecto carece de sentido, dada la función y el carácter social del fenómeno jurídico. Para ello, además, se requerirá un lenguaje completamente artificial y un número inabarcable de estipulaciones lingüísticas.

66 Aunque alguien pudiera afirmar que son los predicados o conceptos evaluativos los que añaden una determinada especificidad a las pautas que los contienen, creo que esto no implicaría ninguna variación en lo que he comentado hasta ahora. Es importante advertir que el ámbito de los conceptos evaluativos es mucho más amplio que el de los conceptos morales, siendo estos últimos, a mi modo de ver, sólo una clase de los anteriores. De este modo, un extenso rango de adjetivos calificativos podría ser reconducido al argumento de la aplicabilidad. Aquí volveríamos a llegar al absurdo de considerar que la inclusión en los textos normativos de adjetivos cómo, por ejemplo, desproporcionado, irracional, usurario, ilícito, excesivo, negligente, elevado, cuerdo o prodigo, nos conduce necesariamente a un contexto de pautas extrajurídicas.

Volver al índice

*vinculantes para los jueces, no pertenece al ordena- miento jurídico por incluir predicados evaluativos. Por esta razón, si el positivismo exclusivo pretende acomodar de modo razonable la tesis de las fuentes sociales con la presencia de predicados morales en la Constitución, debe buscar una estrategia más convincente, y, a mi juicio, esta estrategia requiere previamente reconocer que estos criterios morales forman parte del derecho. Como indica Waluchow con relación al sistema canadiense: "to the extent thatCharter provisions employing such terms do admit of determinate meaning, they do create fundamental rights Canadians posses against government and governmental agencies… To view Charter rights as analogous to foreign law, then, flouts our understanding of them".*[67]

### *2.- El argumento del apoyo institucional*

*Otro de los argumentos que pretende conciliar la tesis de las fuentes sociales con la presencia de un teste de constitucionalidad es la idea de apoyo institucional. Este argumento, defendido principalmente por Sartorius,*[68]*asume que los criterios evaluativos forman parte del derecho porque estos estándares están reconocidos institucionalmente. Estos criterios tienen su origen en decisiones de autoridad y, en consecuencia, su carácter jurídico depende exclusivamente de su pedigree. Desde esta perspectiva, la libertad de expresión, por ejemplo, forma parte del derecho porque podemos encontrar en el texto constitucional una formulación normativa que se refiere a la libertad de expresión. Pero el pedigree también operaría cuando los estándares morales son reconocidos jurisprudencialmente o por cualquier otra fuente de producción normativa. En términos de Sartorius, "si nos urgieran a fundamentar nuestra afirmación de que un principio es un principio de derecho, mencionaríamos cualquier caso anterior en que tal principio hubiera citado o figurarse en la discusión. Mencionaríamos también cualquier ley que pareciera ejemplificarlo.*[69]

*El argumento del apoyo institucional es demasiado débil para poder explicar la inclusión de tests jurídicos de moralidad sin rechazar la tesis positivista de las fuentes. Si bien es cierto que la mayoría de principios morales tienen apoyo institucional en el sentido de que están contenidos en formulaciones de autoridades normativas, también es cierto que la presencia de estos criterios hace depender la validez jurídica de las consideraciones morales que van más allá del pedigree.*[70] *Hay varias razones para apoyar este juicio. En primer lugar; deberíamos distinguir entre la inscripción lingüística en la que se expresa un estándar y el contenido de esta formulación normativa. Como el propio Raz ha llegado a indicar, la autoridad competente efectúa un acto de habla que tiene la fuerza ilocucionaria de intentar prescribir algo y, de hecho, prescribe algo; crea derecho a partir de expresar la intención de crearlo.*[71] *Pero la voluntad institucional no fija el significado de las inscripciones lingüísticas con las que ha expresado su intención prescriptiva. La única relación que cabe establecer entre autoridad y significados se resume en que la voluntad institucional determina qué enunciados deben ser dotados de contenido proposicional. Si esta posición es razonable, y creo que lo es, la compati- bilidad entre la tesis de las fuentes y los tests de moralidad no queda asegurada por la mera presencia de un apoyo institucional. La tesis de las fuentes exigiría que el pedigree fuera elcriterio que determina cuáles son nuestros derechos y deberes jurídicos o, en otras palabras, qué es lo que, jurídicamente, se debe hacer. Y el pedigree no puede ser ese criterio porque la voluntad institucional no fija el significado de aquello que promulga.*[72] *De este modo, cuando lo que se formulan jurídicamente son*



67 Waluchow, op. cit., nota 13, pp. 159 y 167.

68 Sartorius, R., "Social Policy and Judicial Legislation", American Philosophical Querterly, vol. 8, núm. 2, 1971, pp. 155 y 156.

69 Ibidem, p.156.

70 véase, en este sentido, Waluchow, op, cit., nota 13, p. 176.

71 Raz, J., "Intention in Interpretation", en George, R. (ed.), The Autonomy of Law, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 262-268.

72 Para que el pedigree pudiera ser ese criterio que se requeriría asumir una estricta semántica intencionalista, en la línea del originalismo, que ha sido rechazada, incluso, por aquellos autores que defienden el positivismo exclu-

*principios de naturaleza moral, el apoyo institucional, por sí mismo, no impide que la identificación de su contenido esté sujeta a consideraciones morales.*

*Segundo lugar; la incorporación de tests sustantivos de validez obliga al juez constitucional a entrar a valorar el contenido de las disposiciones y actos normativos. Cuando la legalidad depende del respeto a ciertos estándares morales como la libertad, la igualdad o la dignidad, el pedigree u origen ya no puede ser la fuente exclusiva de validez que requeriría la tesis de las fuentes. El origen, en definitiva, queda matizado por el mérito sustantivo, dado que no toda norma dictada por una autoridad competente a través del procedimiento establecido formará parte del derecho.*

*El apoyo institucional no resuelve el problema de la compatibilidad entre la tesis de las fuentes y los criterios evaluativos. Parece que la incorporación de estos criterios nos conduce a asumir que la validez jurídica puede depender del mérito sustantivo y, por tanto, requerir algo más que el simple test del pedigree. A pesar de ello, algunos autores defienden que la presencia de estándares morales todavía es conciliable con el positivismo jurídico. La propuesta de autores como Coleman o Waluchow consiste en rechazar una tesis estricta de las fuentes sociales y asumir que la validez jurídica no tiene por qué reducirse al criterio del pedigree.[73] Según estos autores, lo único que el positivismo jurídico debe asumir es la convencionalidad de la regla de reconocimiento que determina cuáles son los parámetros de validez. En su opinión, ello les permite aceptar que las consideraciones morales pueden formar parte del derecho por su valor intrínseco, y que estos criterios pueden vincular la validez jurídica del resto de normas a su mérito sustantivo.*

### *3.- El argumento de la convencionalidad.*

*Para autores como Coleman y Waluchow, al igual que para Hart, "the rule of recognition may incorporate es criteria of legal validity conformity with moral principles or sustantive values".[74] En este sentido, los officials pueden mantener una práctica de comportamiento convergente en la que el respeto a ciertas pautas morales se toma como condición de legalidad. Según el "incorporacionismo", el positivismo queda salvaguardado en la medida en que la regla de reconocimiento pueda ser considerada como una práctica de carácter convencional.*

*Me centraré básicamente en la posición de Coleman porque es el autor que desarrolla con mayor detalle el argumento de la convencionalidad y la idea de una regla de reconocimiento como convención para coordinar la conducta. Según Coleman, una convención existe cuando la convergencia en el comportamiento se justifica básicamente en un interés recíproco en la uniformidad de actuación.[75] Los agentes actúan guiados por su percepción del comportamiento ajeno, con la expectativa de que todos actuarán del mismo modo. De esta forma, no entran a valorar el mérito particular de cada posible alternativa de acción. Si tomamos la regla de reconocimiento como una convención, deberemos concluir, con Coleman, que estamos ante una práctica social dirigida a coordinar criterios de validez jurídica y que, en los sistemas constitucionales, esta práctica incluye pautas morales.*



sivo.

73 Véase Coleman, "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", cit., nota 15, pp. 382, 383 y 402-409; id., "Second Thoughts and Other First Impressions", cit, nota 13, pp. 260-267; Coleman, J., y Leiter, B., "Legal Positivism", en Patterson, D. (ed.), A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, Oxford, Blackwell, 1996, pp.251-259; Waluchow, op. cit., nota13, pp. 155-163 y 174- 179.

74 Hart, H. L. A., op. cit., nota 4, p. 250. Véase También Coleman, "Second Thoughts and Others First Impressions", cit., nota 13, p. 263; id., "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", cit., nota 15, p. 406; Waluchow, op. cit., nota 13, pp. 112, 113 y 176-178.

75 Coleman, "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", cit., nota 15, pp. 395-402; id., "Authority and Reason", cit., nota 13, pp. 258 y 259.

*La perspectiva del incorporacionismo parece muy sensata cuando lo que estamos discutiendo es, por ejemplo, cómo vamos a regular el sentido del tráfico automovilístico. Aquí, dada nuestra relativa indiferencia por conducir por la derecha o por la izquierda, el interés recíproco consiste en coordinar nuestra conducta. Por esta razón, la disposición que regula el sentido del tráfico puede ser tomada como una mera regla convencional. La pretensión de Coleman es que la idea de convención también puede explicar la presencia de tests de moralidad en nuestros ordenamientos jurídicos, a pesar de que estos tests son un caso paradigmático de reglas no convencionales.[76] Como observa Bayón,[77] lo que Coleman estaría defendiendo es que tenemos una convención dirigida a tomar como parámetro de validez criterios no conven- cionales. Pero ¿es razonable esta posición? Para responder a esta cuestión sería importante ver hacia dónde nos dirige el argumento de la convencionalidad. La consecuencia inmediata es la arbitrariedad de estos criterios. Una convención es, por definición, arbitraria. A pesar de que tenemos un catálogo de derechos fundamentales, podríamos no haberlo tenido, o tener un catálogo completamente opuesto. Así, nada en los tests de moralidad, más allá del mero acuerdo en incorporarlos al derecho, justifica su adopción como criterios de legalidad. No hay nada que justifique, entonces, qua hayamos elegido tener una Constitución sustantiva más allá de nuestro interés en consensuar criterios comunes de validez. Pero cabe advertir que aquí la conexión entre arbitrariedad y convención no puede resumirse meramente en la idea de contingencia. Estamos ante una regla convencional cuando los interlocutores podrían haber elegido otra alternativa porque son indiferentes ante los méritos de las distintas opciones, esto es, no tienen ninguna preferencia definida por un curso de acción en particular. De este modo, la arbitrariedad de la norma que regula el sentido del tráfico se fundamenta en la ausencia de razones para preferir un sentido de conducción a otro. Si estas preferencias se dieran, no estaríamos dispuestos a coordinar nuestra conducta sin entrar a valorar cuál es la mejor opción. Quizá, siguiendo a Marmor y su crítica a Gilbert, podríamos reconocer que la arbitrariedad de una convención no está ligada a la ausencia de cualquier razón para actuar.*

*La arbitrariedad residiría en que "the reasons for uniform conformity with one of the relevant alternatives are held to be stronger than the reasons for preferring each one of the relevant alternatives".[78] En este sentido, lo que identificaría una convención serían razones de eficacia y coordinación. De todas formas, lo relevante para este contexto es que la arbitrariedad de las convenciones de coordinación se fundamenta en un cierto nivel de indiferencia ante el contenido del comportamiento convergente.*



*En mi opinión, la relación entre la arbitrariedad y esta relativa indiferencia ante el contenido genera dificultades al argumento de Coleman aplicado al test de constitucionalidad. En general, parece poco razonable asumir que los criterios que sirven de límite jurídico a un instrumento de coordinación social como es la autoridad institucional se fundamenta también en la idea de coordinación social. Una Constitución sustantiva, por definición, establece el marco de lo que no es disponible para la autoridad institucional y, por tanto, nos indica cuál es nuestra esfera de no-indiferencia ante el contenido de las decisiones públicas. Estas pautas, entonces, no pueden ser equiparadas a disposiciones de coordinación como la de conducir por la derecha o por la izquierda. Si, por ejemplo, reconocemos el principio de autonomía individual es porque consideramos que el Estado no puede interferir en ciertas decisiones personales, a pesar de que su interferencia pueda ser un instrumento eficaz para la coordinación o contribuya, en términos de Coleman, a crear "a system of estable reciprocal expectations".[79] El principio de autonomía no puede fundamentarse en la coordinación, precisamente, porque es un límite a la coordinación. A mi modo de ver, en definitiva, la incorporación de parámetros sustantivos de validez nos conduce, o bien a asumir que la noción de una regla de reconocimiento no es compatible con estos criterios o bien a admitir que la regla de reconocimiento no es una simple convención de coordinación.*

76 Véase, en este sentido, Marmor, A., "On Convention", Synthese, vol. 107, 1996, pp. 349, 356 y 357.
77 Bayón, J. C., "Law, Conventionalism, and Controversy", cit., nota 6, pp. 16 y 18.
78 Marmor, op. cit., nota 31, p. 356.
79 Coleman, "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis!, cit., nota 15, p. 399.

*En esta segunda línea de respuesta puede ser útil atender a la distinción de Marmor entre convenciones de coordinación y convenciones constitutivas.[80] En las primeras, la única razón para poseer una convención es un interés recíproco en la resolución de problemas de coordi- nación y en la uniformidad de comportamiento. Las convenciones constitutivas, en cambio, no son arbitrarias en el sentido de que el contenido de la conducta convergente no tiene por qué se indiferente para los interlocutores. Marmor asocia estas convenciones a lo que denomina "prácticas autónomas", esto es, prácticas que determinan su propio propósito y sus propios estándares de valoración. Aquí, los valores que materializan este propósito no pueden ser especificados con independencia de las convenciones mismas. En las prácticas autónomas "it is the main reason for having such conventions that they establish the practices they do, since the existence of such practices is held to be intrinsically valuable".[81] En este sentido, la validez la de las convenciones constitutivas derive de los valores que son inherentes a la práctica que estas convenciones constituyen.*

*A mi juicio, aunque Marmor presenta su propuesta de forma muy vaga, la noción de convención constitutiva se ajusta mejor que la de coordinación a una regla de reconocimiento que incluye criterios evaluativos de validez en la forma de un catálogo de derechos y libertades fundamentales. Es difícil asumir que la presencia de este catálogo pueda ser explicada en términos de mera coordinación de conductas. Parece más bien que su incorporación cumple con algún propósito que consideramos den sí mismo valioso. Ello es compatible con la posibilidad de aceptar que este propósito no existiría si no existiera la práctica como tal.*

*Quizá el problema que enfrenta la propuesta de Marmor es que podríamos dudar de la necesidad de seguir llamando "convención" a la noción de convención constitutiva. Ciertamente, no es fácil percibir en qué grado este tipo de convención se distingue del acuerdo de convicción de Dworkin, esto es, de la convergencia de juicios que tiene su base en convicciones independientes del consenso que generan o del comportamiento compartido.[82] Y aquí hemos de tener en cuenta que Dworkin también asumiría que las razones sustantivas que nos dirigen a la conver gencia respecto al concepto interpretativo no existirían sin el elemento de participación en una práctica social y, en general, sin la inmersión en una determinada forma cultural de vida.[83] En conclusión, cabría plantearse si la posición de Marmor no puede acabar desembocando en la tesis de Dworkin de que los criterios evaluativos forman parte del derecho porque figuran en la mejor interpretación constructiva del sistema jurídico, y que ello no depende de ninguna convención para coordinar criterios de validez. Esta cuestión deberá ser abordada en otra ocasión. Lo único que me interesa remarcar en este momento es que la compatibilidad entre el positivismo y la incorporación de parámetros sustantivos de validez parece requerir una línea argumental como la apuntada por Marmor, con un desarrollo más sólido de la idea de convención constitutiva. Pero, entonces, claro está, la pregunta que quedará en el aire es si los esfuerzos del positivismo para adecuarse a la práctica jurídica no han inducido a esta teoría a rechazar sus propios presupuestos básicos. Aunque también podríamos acabar concluyendo que la viabilidad de un positivismo mínimo pasa por mantener una tesis amplísima de las fuentes sociales como la que sostiene que el derecho es un fenómeno o producto social. Ello meramente implicaría que la identificación de su existencia y contenido no depende de algo externo a la práctica humana en la que este fenómeno se asienta. Pero en tal caso la teoría de Dworkin también debería ser incluida dentro de este positivismo mínimo.*



### *III.- SIGNIFICADO, DESACUERDO Y DISCRECIÓN JUDICIAL*

*En los apartados anteriores he argumentado que no existen razones convincentes para considerar que la presencia de tests sustantivos de validez nos traslada a un contexto de pautas extrajurídicas. De este modo, en*

80 Marmor, op. cit., nota 31, pp. 363-368.
81 Ibidem, p. 367.
82 Sobre la distinción entre acuerdos de convicción y acuerdos de convención, véase Dworkin, R., Laws Empire, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1986, pp. 135-139.
83 Ibidem, pp. 62-65.

Volver al índice

*la medida en que el significado de las clausulas que contienen estos predicados esté determinado, podremos afirmar que existe una respuesta jurídica correcta. Pero, como observé anteriormente, es común considerar que la controversia que rodea estos predicados impide fijar su significado de un modo lo suficientemente estable que garantice la existencia de un uso lingüístico correcto. De ahí que sea frecuente relacionar la interpretación de cláusulas de contenido moral con la discreción judicial.[84] Esta asociación tiene su sustrato en una teoría semántica ampliamente aceptada dentro del positivismo jurídico, que vincula la determinación del significado con la conducta lingüística compartida de los miembros de una comunidad. Si esta semántica resulta razonable, y asumimos que los conceptos evaluativos son inherentemente controvertidos, deberemos defender que la presencia de tests jurídicos de moralidad nos conduce a un contexto de discreción judicial fuerte. Algunos positivistas hartianos, a pesar de partir de esta perspectiva semántica, se resisten a aceptar una conclusión escéptica en cuanto a la determinación jurídica en torno a estos predicados.*

*Su argumento consiste en rechazar que existe un amplio desacuerdo respecto al contenido de estas cláusulas constitucionales y, por tanto, que su significado esté completamente indeterminado. A pesar de la controversia, se asume, los interlocutores coinciden en los casos paradig- máticos de aplicación. En este núcleo de coincidencia o solapamiento hay una respuesta jurídica correcta y ningún margen pata la discreción judicial. Waluchow, siguiendo esta línea, considera que es una perspectiva equivocada la que asume que todas las proposiciones morales son controvertidas. "Some moral questions are quite easily asweret and subject to (virtually) unanimous agreement […] It follows, then, that some questions of legal validity whose aswers depend on moral considerations can (and do) fall squarely within the province of settled law".[85] Moreso, en el mismo sentido, observa que "dado que todos dichos conceptos tienen un indiscutible componente descriptivo y que permiten identificar paradigmas, entonces en los casos paradigmáticos… los jueces aplican pautas preexistentes y no cambian el derecho; en los casos en que diversas concepciones compiten y resuelven el vaso de forma incompatible, los jueces tiene discreción.[86]*



*En este apartado también argumentaré que la asociación entre la presencia de conceptos morales y la indeterminación semántica es en gran medida desacertada. Sin embargo, mantendré que la razón de este desacierto no reside en el hecho de que podamos encontrar una zona de solapamiento entre las distintas caracterizaciones. A mi juicio, es la posición semántica que vincula el significado con el acuerdo la que no se ajusta al juego del lenguaje jurídico y tiene dificultades para explicar la forma en que usamos el lenguaje constitucional. Para der cuenta de este lenguaje necesitamos una teoría que pueda contemplar la controversia como algo central a nuestro discurso constitucional, y no como algo que sólo se produce en los márgenes de los conceptos que utilizamos. Mi propuesta será adoptar lo que podríamos denominar una "semántica interpretativa", semántica que nos permitirá asumir la presencia de desacuerdo en los casos paradigmáticos de aplicación, sin asumir, al mismo tiempo, la indeterminación del significado. La conclusión a la que conduce esta perspectiva es que, si bien la discreción débil es siempre necesaria para identificar el contenido de estas cláusulas constitucionales porque la actividad de interpretación no es nunca mecánica, no sucede lo mismo con la discreción fuerte.*

*Para mostrar la viabilidad de esta propuesta en una línea dworkiana, analizaré y compararé diferentes formas de acercamiento a la relación entre significado y desacuerdo, viendo algunas de sus ventajas y*

84 En este sentido, Raz (The Authority of Law…, cit., nota 11, p. 75) afirma que "by the sources thesis courts have discretion when required to aooly moral considerations". Coleman ("Authoriry and Reason", cit., nota 13, p. 252) observa que "unfortunately, a rule that makes morality a criterion of legality fails to reduce uncertainty, because moral principles are inherently controversial". Véase, también, Mitrophanous, op. cit., nota 15, pp. 639-641.

85 Waluchow, op. cit., nota 13, p. 115.

86 Moreso, "Intervención en la mesa redonda: Interpretación Constitucional", cit., nota 17, p.8. Pero cabe tener en cuenta que este autor, a pesar de asumir que en estos supuestos puede haber una respuesta jurídica correcta, también asume que la inclusión de predicados morales nos conduce al conduce al contexto de la aplicabilidad.

*desventajas.[87] Distinguiré, en concreto, las cuatro posiciones siguientes: a) la semántica criteriológica; b) el convencionalismo profundo; c) la teoría paradigmática, y d) la semántica interpretativa.*

### *1. La semántica criteriológica*

*Una semántica criteriológica sostiene que los criterios explícitos que se comparten dentro de una comunidad lingüística determinan el uso correcto de las palabras. Una controversia generalizada en torno a cómo debe ser usado un término en una ocasión en particular, en las explicaciones que ofrecemos acerca del significado, manifiesta un desacuerdo en los criterios; en consecuencia, conlleva la indeterminación semántica. El significado de un término, simplemente, se agota en criterios de aplicación que son públicos y conocidos por todo usuario competente de un lenguaje. En este sentido, la posesión de un concepto equivaldría al conocimiento de los criterios compartidos de uso.*

*La teoría criteriológica también asume que un desacuerdo respecto a cuáles son los casos paradigmáticos de uso conlleva la ausencia de respuesta correcta y, como corolario, la necesidad de discreción fuerte. Se parte de que una controversia en torno a los paradigmas sólo puede surgir cuando hay disparidad en los criterios, y esta disparidad presupone la indeterminación.[88] Esta conexión entre paradigmas y criterios puede verse de forma clara si se advierte que una semántica criteriológica defiende una noción de caso paradigmático que podríamos denominar, siguiendo a Bix, "paradigma fuerte".[89] Un paradigma fuerte es una instancia clara del concepto, pero el concepto no se agota en ese paradigma o en un conjunto de esos paradigmas. Aquí, "it is the criteria we derive from (or associate with) the paradigm rather than the paradigm itself wich are important".[90]*

*La teoría criteriológica tiene importantes desventajas para dar cuenta del significado en el contexto de los predicados morales.[91] En primer lugar, no admite ninguna flexibilidad en nuestras prácticas lingüísticas, haciendo inviable pensar que nuestra comprensión del significado de un término pueda evolucionar.[92] En*



87 A los efectos de lo que pretendo discutir, sólo tomaré en consideración aquellas propuestas semánticas que, de algún modo, relacionan el significado con los usuarios de un lenguaje y con la práctica social en la que están inmersos. De este modo, excluiré en esta ocasión la semántica que vincula el significado a algo externo e independiente tanto de los usuarios como de sus prácticas de uso.

88 Es claro que nuestro desacuerdo podría simplemente residir en cuál es el caso que estamos discutiendo; pero, una vez identificado el caso, si tenemos divergencias respecto a su inclusión dentro del concepto, estamos ante un desacuerdo en los criterios.

89 Véase Bix, B., Law, Language, and Legal Deteminacy, Oxford, Clarendon Press, 1993, pp. 56 y 57.

90 Ibidem, p. 56.

91 Como es bien sabido, una de las principales objeciones de Dworkin (Laws Empire, cit., nota37, pp. 31-46) a la teoría de Hart es que ésta no puede escapar del famoso "aguijón semántico", precisamente, por basarse en una semántica criteriológica. Esta objeción ha sido muy controvertida y discutida a lo largo de los últimos diez años. Muchos, los que defienden a Hart, han tratado de mostrar, o bien que Hart asumió una semántica criteriológica que no cae en el aguijón semántico, o bien que no asumió una semántica criteriológica; otros, los que critican todavía a Hart, consideran que mantiene una semántica criteriológica y que cae en el famoso aguijón. Pero, en este contexto, me parece más relevante presentar lo que podría ser una "semántica criteriologica2 (o al menos una versión de esta semántica), que asignarla a algún autor o teoría en concreto. Esta versión no tiene por qué coincidir con una semántica basada en condiciones necesarias y suficientes. Una perspectiva criteriológica es claramente compatible con admitir la textura abierta del lenguaje.

92 Aunque no analizaré la viabilidad filosófica de esta semántica, la asociación entre significados y criterios compartidos tiene dificultades para superar el problema del seguimiento de reglas. Así, el consenso en los criterios acaba actuando como un intermediario entre reglas y sus instancias de uso, con lo que sucumbe al desafío escéptico de Kripke. Véase Kripke, S., Wittgenstein on Rules and Private Language, Oxford, Basil Blackwell, 1982, pp. 13-22, 53 y 54; Iglesias, M., op. cit., nota 3, pp. 96-107.

Volver al índice

*efecto, esta posición no es fructífera para entender como nuestras concepciones acerca de la libertad, la igualdad o la crueldad han ido cambiando fruto de una dinámica dialéctica, a pesar de que siguen siendo concepciones acerca de la libertad, la igualdad y la crueldad. Ello impide explicar cómo sobreviven sin permanente cambio en su identidad prácticas que tienen una clara proyección temporal, como es el caso de la práctica constitucional. En segundo lugar, nos fuerza a asumir que cualquier disidencia en la aplicación de un concepto involucra un problema de comprensión de cómo usar el lenguaje. Si, por ejemplo, alguien duda de torturas son un caso de trato cruel, no es que posea una concepción errónea de la crueldad, sino que no sabe hablar castellano. La dificultad que enfrenta la semántica criteriológica en este punto es que no deja ningún espacio entre el uso correcto de un término y el uso de este término en un sentido distinto. Y, siguiendo con el ejemplo anterior, me parece que lo adecuado sería afirmar que algunos saben hablar perfectamente castellano, a pesar de que, lamentablemente, mantienen concepciones claramente erróneas sobre la crueldad. Por último, esta semántica nos ofrece la peor versión de nuestra práctica constitucional en lo que concierne a la asignación de significado a las cláusulas que incluyen predicados morales. Dada la controversia que envuelve la aplicación de estos conceptos constitucionales y la existencia de concepciones alternativas que compiten entre sí,nuestra práctica no sería más que un discurso aparente o un simple juego de persuasión.[93] De esta forma, estaríamos concluyendo que la actividad de interpretación constitucional requiere, por lo general, el ejercicio de discreción fuerte. Pero esta imagen de un sistema constitucional no es, por fortuna, la única posible. Quizá esta sea la razón por la que muy pocos teóricos parecen dispuestos a apoyar de forma explícita esta semántica. Lo cierto es que la mayoría de los positivistas ha tratado de mostrar, en contestación al aguijón semántico de Dworkin, que su perspectiva del significado no coincide con una teoría criteriológica.[94]*

### *2.- El convencionalismo profundo*

*Lo que podríamos denominar, siguiendo a Bayón, "convencionalismo profundo", asocia el significado de los criterios compartidos de uso, pero advierte que estos criterios no son siempre transparentes para cualquiera de sus usuarios. Esta tesis parece ser la que defienden tanto Bayón como Raz en contestación al desafío del aguijón semántico.[95] La posición de estos autores tiene su base en dos consideraciones. Por una parte, asumen una tesis semántica no individualista: "each person takes his use of terms and Concepts to be governed by the common criteria for their use… People who think that they understand a term or a concept think that they have at least some knowledge of what the common criteria are".[96] Por otra parte, ambos observan que nuestro conocimiento de aquello que compartimos no tiene por qué ser completo.[97] Ello supone que podemos poseer un concepto, y aplicarlo con acierto a algunos casos, a pesar de no tener una plena comprensión de los criterios comunes que gobiernan su aplicación. Estas dos consideraciones permiten admitir desacuerdos en las instancias de aplicación, a la vez que controversias respecto a cuáles son los criterios de uso, porque podemos estar equivocados en nuestra percepción de cuáles son nuestros criterios compartidos.[98]*



93 Sobre este punto Dworkin observa que en aquellos contextos en los que estamos en desacuerdo, una semántica criteriológica acaba convirtiendo nuestra práctica jurídica en una broma grotesca. Dwrkin, Laws Empire, cit., nota 37, p. 44.

94 La tesis del aguijón semantic de Dworkin dirige su atención a aquellas teorías jurídicas que insisten en encontrar las criterios comunes que hacen verdaderas o falsas las proposiciones acerca del derecho, presuponiendo que sólo la existencia de estos criterios compartidos permite hablar de una misma práctica jurídica. Véase, por ejemplo, ibídem, pp. 615, 31-34, 45 y 46; Dworkin, R., "Legal Theory and the Problem of Sense", en Gvison, R. (ed.), Issues in Contemporary Legal Philosophy, Oxford, Clarendon Press, 1987, p.10.

95 Bayón, "Law, Conventionalism, and Controversy", cit., nota6, pp. 21-24; Raz, J., "Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison", Legal Theory, vol. 4, núm. 3, 1998, pp. 261-273.

96 Raz, ibidem,p. 263, y también Bayón, ibídem, p. 23.

97 Sobre este punto véase un cometario paralelo de Marmor (op. cit., nota 31, pp. 354 y 355) en torno a la necesidad de distinguir entre la existencia de una convención y el conocimiento de que existe tal convención.

98 Bayón, "Law, Conventionalism, and Controversy", cit., nota 6, p.23; Raz, J., "Two Views of the Nature of the

*El convencionalismo profundo tiene algunas ventajas importantes respecto a la teoría anterior. En primer lugar, posibilita asumir cierta flexibilidad en nuestras prácticas lingüísticas. Nuestra comprensión del significado de un término puede evolucionar en la medida en que adquiramos un conocimiento más completo y articulado de nuestros criterios comunes. En segundo lugar, la disidencia de la opinión mayoritaria no supone necesariamente un desliz verbal porque puede ser explicada, precisamente, en términos de una mejor comprensión de aquello que compartimos.[99] Por último, permite ofrecer una visión más caritativa de nuestra practica constitucional. Así, hace viable presentar una imagen de la argumentación constitucional en términos de una dialéctica que aborda genuinas discusiones y no presupone, meramente, discursos paralelos.*

*A pesar de sus ventajas, esta posición contiene alguna ambigüedad en su postulado no individualista que, en mi opinión, pueden hacerla cuestionable. Raz indica que el rechazo al individualismo se justifica en que "all language users hold themselves responsible to the commonn criteria, whatever they are".[100] Por esta razón, todos entienden que un criterio de uso es correcto si es compartido. Esta idea bien puede significar que los usuarios asumen que el criterio para seleccionar entre diferentes criterios de uso reside en su carácter compartido. Sus discusiones, de esta forma, sólo se centrarán en qué es lo que, de hecho, compartimos. Si ésta es la afirmación de Raz, y creo que lo es, nuestra práctica lingüística no es más que un ejercicio de coordinación. Pero el postulado no individualista no tiene por qué dirigirnos a aceptar esta ultima conclusión. La tesis no individualista, a mi juicio, no ofrece ningún criterio para determinar cuando hemos usado correctamente una palabra. Lo único que trata de resaltar es que nuestros juicios no se producen de forma aislada; esto es, que nuestros comportamientos lingüísticos no pueden separarse de las prácticas en las que participamos ni explicarse con independencia de nuestro entorno y de lo que compartimos. El elemento no individualista puede resumirse en la idea wittgensteiniana de que el acuerdo en las defini- ciones y en los juicios es una precondición para la existencia de nuestros juegos del lenguaje. Pero este acuerdo no está necesariamente incluido dentro de sus reglas internas ni determina cuando hemos efectuado un movimiento correcto dentro del juego. Cuál sea el movimiento correcto dependerá de cómo funcione nuestra práctica y de qué es lo que estemos haciendo dentro de ésta. En este sentido, aunque lo que compartimos interviene en la explicación de cómo nos compartimos, no justifica nuestro comportamiento lingüístico. De ahí que del no individualismo no se siga que, dentro de nuestra práctica de uso, una asignación de significado es correcta cuando coincide con los criterios comunes.[101] Pero quiero destacar otra razón para resistir a la*



Theory af Law: A Partial Comparison", cit., nota 50, p. 265.

99 Aunque Bayón (ibidem, p. 23), por ejemplo, parece sostener que el convencionalismo profundo no puede asumir que la mayoría puede estar equivocada respecto de cuáles son sus criterios comunes, nada en su posición impide esa posibilidad. Sobre este punto véase de nuevo Marmor, op. cit., nota 31, pp. 354 y 355. Cabe advertir que el convencionalismo profundo puede conducirnos a conclusiones inquietantes desde un punto de vista filosófico. De esta forma, esta posición daría pie a la posibilidad de que el significado acabara trascendiendo nuestras capacidades epistémicas, a pesar de estar vinculando a nuestros criterios compartidos de uso.

100 Raz, J., "Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison", cit., nota 50, p. 264.

101 Véase, por ejemplo, Baker, G. y Hacker, P., Wittgenstein. Rules, Grammar and Necessity, Oxford, Blackwell, 1985, pp. 234 y 248. Sobre el postulado no individualista y las diferentes tesis de Putnam y Burge, véase Ebbs, G., Rule- Following and Realism, Cambridge, Harvard, University Press, 1997, capítulos 7 y 8; Stravropoulos, N., Objectivity in Law,Oxford Clarendon Press, 1996, pp. 39, 147-155, 159 y 160. Sobre esta cuestión en general véase por ejemplo, Postema, G., "Protestant" Interpretation and Social Practices", Law and Philosophy, vol. 6, 1987, p. 315; Dworkin, R., Laws Empire, cit, nota 37, pp.135-139. Es importante advertir que Raz sigue en este punto la posición de Tyler Burge. Burge ("Wherein is Language Social?", en George, A. (ed.), Reflectionson Chomsky, Oxford, Blackwell, 1989, p. 177), en contraste con lo que aquí se sugiere, considera que la tesis no individualista no sólo se aplica a la explicación de nuestro comportamiento lingüístico, sino también a su justificación. En este sentido, observa, "it is easy to confuse this view with another more obvious one. It is obvious that if we did not interact with the empirical or social worlds, we would not have the thoughts we do. Our thoughs and perceptions are casually dependent on the environment. My view concerns not merely causation, it concerns individuation".

*idea de que prácticas lingüísticas como la constitucional con, desde un punto de vista semántico, un mero ejercicio de coordinación. Como observa Ebbs, "since a community meaning-giving characterisations of a term more or less entrenched beliefs and interest of members of the community, what counts form them as the proper use of a term is inextricable from their substantive beliefs".[102] De forma similar se expresa Postema al indicar que "conceptual analysis is not sharply distinct from the enterprise of gaining understanding of the practices in which the concepts have their life".[103] Atendiendo a estas reflexiones, debe tenerse en cuenta que asignar significado es algo mucho más complejo que buscar en un diccionario, coordinar conductas, o tratar de encontrar los criterios compartidos que están detrás de cómo la mayoría de la gente usa palabras. Es algo más complejo porque consiste en explicitar una determinada compresión y un determinado modo de participación en una práctica social que se expresa lingüísticamente. De ahí que aparezca razonable afirmar que el significado de las cláusulas constitucionales no puede ser desvinculado del valor que otorgamos a ciertos bienes sociales, del propósito asignado a la existencia de una Constitución, y de la relevancia de este juego del lenguaje para nuestras vidas. Y tenemos tanto diferentes formas de especificar cuál es el valor de nuestro ejercicio colectivo, como razones para no ser indiferentes ante los criterios de uso. Esto añade un elemento de controvertibilidad en la asignación de significado, y una disponibilidad a discutir, no ya cuáles son nuestros criterios comunes de uso, sino cuál es la mejor caracterización de las cláusulas constitucionales que contienen predicados morales.[104]*

### *3.-. La teoría paradigmática*

*La teoría paradigmática podría ser contemplada como un intento de suavizar la estricta asociación entre significado y criterios compartidos que las dos teorías anteriores defienden. Un modo de superar las dificultades de estas posiciones es rechazar que sea necesario coincidir en nuestras explicaciones y caracterizaciones de los conceptos para que estemos en un contexto de determinación semántica. La alternativa que esta teoría ofrece considerar que el significado se reduce a un conjunto de paradigmas compartidos. Lo único que hacemos al asignar el significado es identificar casos paradigmáticos y establecer relaciones de analogía con otros casos en función de su similitud con los paradigmas. Si hay desacuerdos acerca de cuáles son los paradigmas, hay indeterminación semántica.*



Creo que el convecionalismo profundo, siguiendo a Burge, acaba efectuando un salto injustificado al pretender dar cuenta de la normatividad del significado a partir de elementos causales.

102 Véase, por ejemplo, Baker, G. y Hacker, P., Wittgenstein. Rules, Grammar and Necessity, Oxford, Blackwell, 1985, pp. 234 y 248. Sobre el postulado no individualista y las diferentes tesis de Putnam y Burge, véase Ebbs, G., Rule- Following and Realism, Cambridge, Harvard, University Press, 1997, capítulos 7 y 8; Stravropoulos, N., Objectivity in Law,Oxford Clarendon Press, 1996, pp. 39, 147-155, 159 y 160. Sobre esta cuestión en general véase por ejemplo, Postema, G., "Protestant" Interpretation and Social Practices", Law and Philosophy, vol. 6, 1987, p. 315; Dworkin, R., Laws Empire, cit, nota 37, pp.135-139. Es importante advertir que Raz sigue en este punto la posición de Tyler Burge. Burge ("Wherein is Language Social?", en George, A. (ed.), Reflectionson Chomsky, Oxford, Blackwell, 1989, p. 177), en contraste con lo que aquí se sugiere, considera que la tesis no individualista no sólo se aplica a la explicación de nuestro comportamiento lingüístico, sino también a su justificación. En este sentido, observa, "it is easy to confuse this view with another more obvious one. It is obvious that if we did not interact with the empirical or social worlds, we would not have the thoughts we do. Our thoughs and perceptions are casually dependent on the environment. My view concerns not merely causation, it concerns individuation". Creo que el convecionalismo profundo, siguiendo a Burge, acaba efectuando un salto injustificado al pretender dar cuenta de la normatividad del significado a partir de elementos causales.

103 En el mismo sentido, Aarnio (The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification, Dordrecht, Reidel, 1987, p. 218), hacienda referencia a la noción de interpretación, indica que es una falta de comprensión del lenguaje afirmar que la interpretación del significado de los términos es una actividad meramente lingüística. Según Aarnio, "the analysis of language can specifically be said to be the analysis of matters…, the analysis of form of life".

104 Sobre el contraste entre prácticas lingüísticas como la constitucional y prácticas como la identificación de colores, véase, por ejemplo, Hurley, S., Natural Reasons, Oxford, Oxford University Press, 1989, pp. 42 y 45; Morawetz, T., "The Epistemology of Judging: Wittgenstein and Deliberative Practices", en Patterson, D. (ed.), Wittgenstein and Legal Theory, Oxford, Westview Press, 1992, pp. 10 y 17.

*Esta perspectiva puede ser caracterizada a partir de la noción de paradigma absoluto ofrecida por Bix.[105] Según este autor, el paradigma absoluto, a diferencia del fuerte , define o agota el concepto. De esta forma, sería una contradicción pretender que este paradigma ha dejado de ser una instancia del concepto. La noción de paradigma absoluto presupone que definidos los términos de manera ostensiva y que relacionamos las diferentes instancias de aplicación a partir de analogías con los ejemplos señalados. Si nos preguntamos si la fotografía es una forma del arte, lo que realmente nos estaríamos preguntando es si la fotografía es como la pintura o la escultura. El concepto de arte, entonces, se agota de ejemplos como la pintura y la escultura. Lo mismo se suele afirmar del concepto de buena persona en relación con la figura de Jesucristo. Algunos indican que este concepto puede ser definido a partir de nuestra idea de cómo actuaba Jesucristo.[106] En este sentido, cualquier variación en nuestra percepción de cómo se comportó Jesucristo supondrá un nuevo concepto de buena persona. La explicación del concepto termina en una explicación de cómo es el ejemplar.*

*Si se asume la idea del paradigma absoluto y se asocia el significado a aquello que compartimos, deberemos afirmar que el uso correcto de un término reside en la coincidencia en los ejemplos que señalamos. Por ello, la controversia en torno a casos centrales conduce a la indetermi- nación. Ésta es la perspectiva de Endicott cuando interpreta la semántica de Hart frente al aguijón dworkiniano.[107] Endicott trata de contrarrestar la tesis de Dworkin de que cualquier paradigma puede ser descartado.[108] Su respuesta consiste en asumir que son precisamente los paradigmas aquello a lo que apuntamos y que caracterizamos cuando damos una explicación conceptual. En su opinión, cuando dilucidamos, por ejemplo, el concepto de derecho, lo que en realidad estamos caracterizando es un ejemplar paradigmático de sistema jurídico.[109] Por este motivo, mantiene que un juicio predicando que X no es una F, cuando el concepto de F se define a partir de resaltar los rasgos salientes de X, carece de sentido.[110] Para este autor, en definitiva, cuando hay un desacuerdo en los paradigmas, algunos de los interlocutores tienen que estar hablando de forma irónica o figurativa.[111] Creo que la teoría paradigmática no es más que una forma indirecta y algo confusa de defender cualquiera de las dos posiciones anteriores. La idea de paradigma absoluto no parece una explicación adecuada de qué es poseer un concepto, al menos para nociones distintas a la de juego (family-resemblance concepts). Más bien es una forma de explicar el proceso a través del que aprendemos y llegamos a adquirir una técnica de uso. Ciertamente, los paradigmas son ejemplos a partir de los que aprendemos a usar los términos.[112] Pero esta razón, cuando hemos adquirido el dominio de la técnica de uso (o poseemos el concepto), sabemos qué tienen en común los distintos paradigmas y cómo reconocer instancias de aplicación. Es verdad que cada uno de los usuarios de un lenguaje habrá aprendido el significado de, pongamos, "libertad" a partir de los comportamientos lingüísticos que ha observado y de las explicaciones que ha recibido de otros participantes que dominan la técnica de uso. Pero no habrá alcanzado su condición de usuario competente hasta que, a través de su aprendizaje, haya adquirido un criterio propio para discriminar actos de función del concepto de libertad, esto es, hasta el él mismo no domine la técnica de uso. Así, y retomando el ejemplo del concepto de arte, cualquier similitud que pretendamos establecer entre la pintura y la fotografía requiere poseer el concepto de arte. Sin este concepto no podremos discriminar, de entre los múltiples rasgos salientes de la pintura, aquellos que están relacionados con el arte (y ello a pesar de haber identificado perfectamente qué*



105 Bix, op. cit., nota 44, pp. 56 y 57.
106 Véase, por ejemplo, idem; Raz, J., "Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison", cit., nota 50, pp. 256 267, Waldron, J., "Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues", California Law Review, vol. 82, núm. 3, 1994, p. 533.
107 Véase Endicott, T., "Herbert Hart and the Semanting Sting", Legal Theory, vol. 4, núm. 3, 1998, pp. 283-300.
108 Dworkin, R., Laws Empire, cit., nota 37, p. 72.
109 Endicott, op. cit., nota 62, p. 288.
110 Ibidem,p. 295.
111 Ibidem,pp. 295-300.
112 Véase, Wittgenstein, L., Philosophical Investigations, trad. De G. Anscombe, Oxford, Basil Blackwell, 1953, sec. 208; Waldron, op. cit., nota 61, p. 520.

*es la pintura). Algo parecido sucede con el concepto de buena persona. Como indica Raz, "in order to know in what ways Jesus a good person, one needs an understanding of the concept in the first place".*[113]

*Una vez clarificado este punto, me parece razonable sostener que la noción de paradigma absoluto acaba colapsando con la de paradigma fuerte.*[114] *De esta forma, seguimos anclados, ya sea en la semántica criteriología o en el convencionalismo profundo. Ahora bien, si la teoría paradigmática rechaza la conexión entre desacuerdo en los criterios e indeterminación, también puede acabar desembocando en una semántica interpretativa.*

### *4.- La semántica interpretativa*

*Esta alternativa semántica asume que una asignación de significado es correcta cuando es el producto de la mejor teoría acerca del "concepto interpretativo". Si leemos la teoría constructiva de Dworkin en términos semánticos, ésta podría ser su forma de determinar cuándo hemos usado correctamente un término.*[115]

*Desde esta perspectiva, la pregunta por el significado es siempre interna a una práctica de uso.*[116] *Dentro de esta práctica, cuál sea el uso correcto del término "x" no puede independizarse de qué es para algo ser "x".Y esta pregunta no es equivalente a la cuestión de qué es lo que comúnmente se acepta como "x". A pesar de ello, el significado del término "x" no trasciende nuestras creencias y capacidades epistématicas. En la línea interpretativa de Dworkin, cuando asignamos significado estamos desarrollando una concepción del concepto interpretativo. Este concepto es una idea general, abstracta e inarticulada acerca del propósito o valor de nuestro ejercicio colectivo.* [117]*Esta idea se expresa en proposiciones muy generales que todo participante debe poder considerar verdaderas para que sus juicios tengan sentido como interpretación de la práctica.*[118] *Así, para poner un ejemplo, si estamos caracterizando el concepto constitucional de honor, cualquier participante que no asuma que el honor está relacionado con el respeto a la imagen social de un individuo, no es en realidad un participante. Ahora bien, este juicio general no es todavía el significado del término "honor". El concepto interpretativo sólo es el marco a partir del que construimos nuestros argumentos acerca del significado de "honor", esto es, el objeto al que asignamos significado o el punto de unión de nuestra práctica de uso (o, lo que acaba siendo uno mismo, el conjunto de razones que son inteligibles dentro de un contexto argumentativo). Pero esta idea común es demasiado inarticulada para poder justificar, por sí misma, nuestras conclusiones interpre- tativas. Cualquier caracterización del concepto de honor requerirá*



113 Raz, J., "Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison", cit., nota 50, p. 256. Una clara explicación de por qué, en términos de Withhgenstein, la ostensión no es mecanismo suficiente para aprender a usar los conceptos puede encontrarse en Aarnio, A., Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics, Dartmouth, Ashgate, 1997, pp. 109-112.

114 Véase, Bix, op. cit., nota 44, p. 57.

115 Sobre esta lectura semantica de la teoría de Dworkin, véase, por ejemplo, Raz, "Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison", cit., nota 50, p. 254; Stavropoulos, op. cit., nota 56, pp. 129-139 y 160-162; Bayón, "Law, Conventionalism, and Controversy", cit., nota 6, pp. 3 y 4; Moreso, J. J., La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 199 y 200. Una semántica parecida puede encontrarse en Hurley (Natural Reasons, cit., nota 59; id.,"Cohrence, Hypothetical Cases, and Precedent", Oxford Journal of Legal Studies, vol. 10, 1990), Ebbs (op. cit., nota 56) y, si obviamos su exceso metafísico, también en Stavropoulos (op. cit., nota 56).

116 Véase Dworkin, Laws Empire, cit., nota 37, p. 13; id., "Objectivity and Truth: Youd Better Believe It", Philosophy and Public Affairs, vol. 25. Núm. 2, 1996, pp. 89-99: Ebbs, op. cit., nota 56, pp. 245-254; Hurley, Natural Reasons, cit., nota 59, pp. 51-53.

117 Dworkin, R., Laws Empire, cit., nota 37, pp. 70-76.

118 Para Dworkin (ibidem, pp. 135-139), el acuerdo necesario en este nivel es un acuerdo de convicción y no un consenso convencional. Así, todos deben poseer la convicción de que estas proposiciones generales son verdaderas y no, meramente, tomarlas como verdaderas por creer que en el resto las considera verdaderas.

*desarrollar una teoría o concepción que establezca cuáles son las relaciones de prioridad entre los varios aspectos de esta noción compleja. Es en este punto donde las perspectivas de los participantes tienden a diferir porque cada uno puede adquirir una forma particular de entender, no ya qué es lo que otros piensan, sino qué es lo que la idea de honor requiere en cada caso concreto. En este contexto, los interlocutores están dispuestos a admitir el error, a argumentar y a ceder ante los mejores argumentos.[119] Ello es así porque la propia idea de participación en una práctica social nos exige poder distinguir entre aquello que la práctica requiere y nuestros deseos e intereses particulares. Cuando interpretamos no estamos expresando nuestras actitudes personales, sino tratando de comprender el propósito de nuestras actuaciones conjuntas en un ejercicio que tiene una historia y se proyecta hacia el futuro. En esto consiste, según Dworkin, tener una actitud interpretativa.[120]*

*Si tomamos la teoría de Dworkin como una posición semántica, deberíamos concluir que una controversia tan profunda que afecte al concepto interpretativo supondrá un desacuerdo conceptual y la utilización de una misma palabra en diferentes sentidos.[121] En este punto habremos perdido el punto de unión de nuestra práctica de uso. Pero insisto en que esta conclusión no deriva de considerar que el concepto interpretativo es el significado del término. Compartir este concepto no es compartir el significado, sólo hace inteligibles nuestras discusiones acerca del significado. Si no coincidimos en el concepto interpretativo ni siquiera tendrá sentido afirmar que nuestros interlocutores han entendido mal el significado;[122] no sabremos qué es lo que están interpretando o a qué se refieren. En cambio, si nuestros desacuerdos residen en las concepciones del concepto podremos indicar que alguien ha captado erróneamente el significado. En este sentido, hay un espacio entre el uso correcto y el no uso, o entre la participación y la incapacidad para participar.[123]*

*Sin embargo, para una semántica interpretativa, la controversia en torno a los casos paradig- máticos de aplicación corre diferente suerte que nuestros desacuerdos respecto al concepto interpretativo. En palabras de Dworkin, "paradigm anchor interpretations, but no paradigm is secure from challenge by a new interpretation that accounts for other paradigms better and leaves that one isolated as mistake".[124] El papel de los paradigmas, en el sentido de paradigmas Fuertes, es básico dentro de la epistemología coherentista que subyace a una semántica interpretativa. Así, y dicho de forma muy esquemática, utilizamos lo que en un primer momento parecen ser paradigmas para extraer criterios tentativos de uso. Estos criterios provisionales son cotejados con otras posibles instancias de aplicación, en un ejercicio holista en el que nuestras hipótesis iniciales pueden verse enriquecidas por la incorporación de nuevas instancias de uso, y, como la finalidad de este proceso es la maximización de la coherencia global, la mejor hipótesis o caracterización puede conducirnos a descartar alguno de los paradigmas originales.[125]*



119 Véase, a este respecto, la visión dialéctica del significado de Ebbs (op. cit., nota 56, pp. 250-254), en una lectura no metafísica de la toería de Burge. También Dworkin, R., "My Reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels: Please Dont Talk About Objectivity Any More)", The Politics of Interpretation, Chicago, The University of Chicago Press, 1983, pp. 289-290; id., Laws Empire, cit., nota, pp. 78-86

120 Dworkin, R., Laws Empire, cit., nota 37, pp. 46-48 y 81.

121 Los desacuerdos sustantivos son discrepancias en torno a cómo describimos algún sector de la realidad social. Los desacuerdos conceptuales, en cambio, no son genuinas discrepancias porque se producen cuando utilizamos un mismo lenguaje para hacer referencia a estados de cosas diferentes. Un desacuerdo será sustantivo cuando los interlocutores discuten acerca de la misma institución social pero discrepan en cómo caracterizarla y, por consiguiente, en aquello que es relevante para su descripción. El desacuerdo será conceptual, en cambio, cuando los interlocutores con comparten las mínimas creencias básicas para poder afirmar que están hablando de lo mismo. Sobre esta distinción, véase, por ejemplo, Hurley, Natural Reasons, cit., nota 59, pp. 30-33 y 50-54; Stavropoulos, op. cit., nota 56, pp. 125-128; Dworkin, Laws Empire, cit., nota 37, pp. 3-15.

122 Véase Hurley, Natural Reasons, cit., nota 59, p.53.

123 Ibidem,pp. 36, 37, 43, 49 y 51.

124 Dworkin, R., Laws Empire, cit., nota 37, p. 72.

125 Sobre este proceso holista véase la magnífica explicación de Bayón (op. cit., nota 6, pp. 23 y 24), la caracteriza-

*Desde los parámetros de una semántica interpretativa, a pesar de que no podemos descartar todos los paradigmas sin estar inmersos en otra práctica de uso, podemos llegar a descartar cualquiera de ellos en particular, como es el caso del ejemplo que ofrece Dworkin de sacarse el sombrero ante una mujer como paradigma de cortesía.[126] Pero también podemos controvertir acerca del carácter paradigmático de una instancia de aplicación, aun cuando coincidamos en otros paradigmas. Pongamos una controversia acerca del concepto de honor.*

*En los últimos años se ha discutido si el menosprecio a un grupo étnico o cultural puede afectar objetivamente al honor de sus miembros. En este contexto ha habido posiciones claramente enfrentadas. Unos consideran que éste es un caso claro de conculcación del honor individual; otros, en cambio, lo consideran un caso de penumbra o un caso excluido de este concepto. Para una semántica interpretativa, éste es un desacuerdo sustantivo porque manifiesta caracterizaciones rivales de la noción de honor. Cada posición atribuye un peso distinto a la importancia del elemento étnico o cultural en la configuración de la identidad individual. Cuál sea la respuesta correcta para este caso dependerá de cuáles sean los mejores argumentos, de cuál sea la opción que mejor relacione las razones en juego.*

*A mi juicio, la semántica interpretativa tiene importantes ventajas para dar cuenta del significado en el ámbito de los tests sustantivos de legalidad. Por una parte, flexibiliza nuestras prácticas lingüísticas y permite admitir la disidencia sin presuponer un desconocimiento del lenguaje. Por otra parte, pueden apoyar la determinación semántica en contextos de desacuerdo. Pero si coincidimos en el concepto interpretativo podremos asumir que unas respuestas serán más correctas que otras porque tendremos un objeto de discusión. Muchas veces estaremos justificados en afirmar que, objetivamente, el derecho exige una determinada conducta, a pesar de que las exigencias del derecho están expresadas mediante términos evaluativos. Aquí, no habrá lugar para la discreción judicial fuerte y el juez constitucional estará institucionalmente obligado a ofrecer la solución jurídica correcta. Ciertamente, esto no implica, en contra de lo que Dworkin suele defender, que no haya un contexto para la indeterminación semántica y para la discreción fuerte. En algunas ocasiones deberemos reconocer que estamos ante un desacuerdo conceptual, ya sea porque no se coincide en la idea más abstracta, o porque se desafían demasiados paradigmas. Cuando ello se produce, no hay argumento que pueda dar cuenta del sentido de nuestras interacciones sociales porque la mejor interpretación de nuestra práctica será, precisamente, que no existe tal práctica de uso. Sin embargo, no es el desacuerdo social lo que dirige a la necesidad de discreción fuerte, sino los límites de nuestra capacidad argumentativa para interpretar el derecho".*

*Con estos textos, podemos comenzar a relacionar el tema de la discreción judicial con el estudio de los parámetros que la persona juzgadora tiene para el momento de tomar las diferentes decisiones en su actuar jurisdiccional, ya que estos nos han permitido conocer cuáles son aquellas variables y significados que la discreción judicial tiene en el momento en que la persona que administra justicia va dirigiendo el proceso. Debemos recordar que, al hablar de discreción judicial, no solo hablamos de aquella facultad de la persona juzgadora de resolver los puntos del proceso, sino también de su deber general de asumir el rol como titular de una función esencial del Estado de resolver los conflictos que la ciudadanía le presenta.*

ción de Hurley ("Coherence, Hypotetical Cases, and Precedent", Oxford Journal of Legal Studies, vol. 10, 1990, pp. 222-226) de los cinco pasos en los que se desarrolla la dinámica deliberativa y, en general, la idea del equilibrio reflexivo de Rawls (A Theory of Justice, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971, pp. 14-21, 43-53 y 578- 582). También véase Dworkin ("My Replay to Stanley Fish…", cit., nota 74, pp. 293-295; Laws Empire, cit., nota 37, pp. 65-68, 235 y 236: "Objectivity and Truth: Youd Better Believe It", cit., nota 71, p. 119), Swanton ("On the Essential Contestedness of Political Concepts", Ethics, núm. 95, 1985, pp. 824-827). Adviértase que la posición de Bayón puede ser presentada en términos de una semántica interpretativa, siempre y cuando leamos su tesis no individualista en el sentido que he observado en el apartado anterior.

126 Dworkin, R., Laws Empire, cit., nota 37, pp. 68-73.



Volver al índice

ACTIVIDAD DE EVALUACIÓN

- De acuerdo con el concepto de discreción judicial, elabore un cuadro en el que relacione este concepto con cinco normas de nuestro ordenamiento jurídico que evidencian el otorgamiento de esta discreción a las personas juzgadoras.
- Resuma los puntos más importantes que sirven como base para la consideración política y constitucional de la discreción judicial, como garantía de la independencia de la persona juzgadora.
- Explique cómo los principios jurídicos pueden servir de freno a una arbitrariedad de la persona juzgadora en el ejercicio de la discreción judicial.
- Realice un resumen de la importancia de la discreción judicial a partir de su necesidad en el ámbito jurisdiccional y los límites necesarios para su eficacia, según los textos de Marisa Iglesias.

# 1.3. Toma de decisiones y argumentación jurídica



Cuando se habla de la argumentación jurídica, entendemos una serie de consideraciones que le dan su fundamento para la toma de la decisión, la norma, la lógica, la certeza, a partir de los contextos de descubrimiento y de decisión, esta última como finalidad del sistema que involucra la necesidad de razonamiento y la retórica. A partir de estos conceptos, Juan Pablo Lionetti nos plantea cómo la persona juzgadora discurre con ellos en procura de esa toma de decisión que se plasma en la sentencia que resuelve un determinado conflicto:

***I- INTRODUCCIÓN***

*A lo largo de nuestras vidas tomamos decisiones constantemente, sin embargo, son pocas las ocasiones en las que se nos interroga el porqué de ellas.*

*A medida que adquirimos rango, responsabilidad o autoridad, es cada vez mayor la increpancia recibida por las decisiones tomadas. Curiosamente, mientras más alta es la función, lejos de acallarnos por el poder de quien decide, nos avocamos con más brío contra sus argumentos.*

*La razón es simple: a mayor jerarquía, más personas dependerán de esa decisión. Por lo tanto, mayor será el auditorio que la escuche, la sopese y la critique, ya que toda persona sentirá el deseo de defender sus intereses (un intendente regirá a un municipio, un presidente a un país).*

*Cuando el decisor pertenece a cierta elite, (política, económica, cultural, moral, científica, etc.) todos, explícita o implícitamente, nos sentimos parte del objeto a decidir, a pesar que no lo seamos, por el simple hecho que esa decisión nos atañe a todos, muchos o algunos, y cuanto más directamente nos implique, más feroz será nuestra "ataque" o "defensa".*

*La pregunta es: ¿Se encuentra el decisor (juez) exento a todo esto?* [127]

## *II- LAS NORMAS EN LA DECISIÓN JUDICIAL*

*Uno de los elementos con el que cuenta el decisor son las normas, las cuales para cumplir correctamente con su función*[128] *requieren «[...] que la estipulación de sus enunciados sea sumamente estricta, unívoca, consistente, sistemática, con ausencias de ambigüedades, vaguedades e indeterminaciones, sino pierden sus elementos descriptores de un estado de cosas deseado y la producción de la respuesta de comportamiento dirigida a ese fin»*[129]*. Al no cumplirse tales requisitos se convierten automáticamente en el primer escollo a sortear por el juez en los casos difíciles. Esto se debe a la incertidumbre que ellas provocan, entre otras cosas, por su cantidad*[130] *o por su disonancia armónica*[131]*, ya sea a raíz de la norma*[132] *o del legislador*[133]*. El mismo termina afectando el aspecto racional en vista que «..muchos de los niveles de racionalidad dependen de las estipulaciones normativas concretas que las normas señalen en ese lenguaje; si no hay precisión en lo que se dice o regula, no puede haber acuerdo en que tomar como X o Y fundamento de X o Y conclusión»*[134]*. Esto desencadena en lo que el Profesor Atienza siguiendo a Mac Cormick*[135] *denomina*

127 Para mejor comprensión daremos como ejemplo el tema del "aborto", cada vez que se discute el tema, reaccionamos (tanto los que están a favor como en contra) como si estuviéramosinvolucrados, a pesar de no haberlo practicado y no tener pensado hacerlo, por eso la decisión futura no nos afecta porque en nada cambiará nuestra situación actual, es decir no es que algo vendrá hacia nosotros, sino que ese algo en discusión, contiene algo en su médula que nos pertenece a todos los que escuchan sobre el tema, y nos lleva a sentirnos parte.

128 «...promotor de situaciones de acción de las personas. Esto quiere decir que este tipo de lenguaje tiende a crear en las personas una idea (e inclusive sentimientos) de obligación a realizar el estado de cosas señalado (por los enunciados normativos) que simplemente es deseado y no existente realmente», ver GONZÁLEZ SOLANO, Gustavo. ¿Por qué la Práctica del Derecho por parte del Juez es Absolutamente Irrealizable?. [ref. 20/01/2004], <http:// www. filosofiayderecho.com/rtfd/numero6/racional.htm>.

129 ver GONZÁLEZ SOLANO, Gustavo. ¿Por qué la Práctica del Derecho por parte del Juez es Absolutamente Irrealizable?. [ref. 20/01/2004], <http://www.filosofiayderecho.com/rtfd/numero6>.

130 Al respecto las aguas están divididas mientras que el Profesor Mexicano Narváez Hernández nos comenta que «...las generaciones herederas de la codificación son más bien decoradoras de interiores que arquitectos, buscan explicar porque una habitación debe ser pintada de rojo o si debe o no contener este o aquel cuadro colgado a la pared. Obviamente que después de un tiempo el interior de nuestro edificio estaba saturado de objetos decorativos, de reglamentos y circulares que hac en aún más difícil la apreciación de la fachada» también reconoce que para algunos como el profesor Natalino Irti el problema deviene (por el contrario) de la descodificación, es decir abundancia de leyes al margen de los Códigos; ver IRTI, Natalino. Leta della decodoficazione, Giuffre, Milano 4, Ed. 1999; en NARVÁEZ HENÁNDEZ, José Ramón. Arquitectura Jurídica. Certeza y Seguridad en el Derecho. [ref. 20/01/2004], http://www.filosofiayderecho.com/rtfd/numero6>

131 «La arquitectura jurídica es casi siempre urbana, no se construye una ley aisladamente (y a esto se debería pensar seriamente cuando se hace una ley) se construye dentro de un sistema», er NARVÁEZ HENÁNDEZ, José Ramón. Op. Cit., [ref. 20/01/2004], <http://www.filosofiayderecho.com/rtfd/numero6>.

132 «Las fuentes formales no son siempre elaboradas con autenticidad y, así, hay fuentes espectáculo, destinadas a las apariencias o a instrumentos de mera propaganda», ver CHAUMET, Mario Eugenio.Reflexiones sobre la Implementación de la Decisión Judicial: El Caso de los Intereses Supraindividuales. [ref. 2/02/2004], pág. 15, <http:// www.derechoazul. org.ar/filosofia/documentos/17_chaumet.doc>

133 «El profano prueba a entender, sabe que para ciertas cosas tendrá que vérselas con artículos de leyes, con decretos y circulares; normalmente el inicio es duro y si al experto origina temores el mar de reglamentación cuánto más al iniciado. Pero una vez dominado el tema (porque el conocimiento en este caso será sólo en una rama o sobre un problema específico) buscará cómo torcer esas reglas que ha aprendido, porque el 'torcimiento' es parte del aprendizaje», ver NARVÁEZ HENÁNDEZ, José Ramón. Op. Cit., [ref. 20/01/2004], <http://www.filosofiayderecho.com/ rtfd/numero6>.

134 ver GONZÁLEZ SOLANO, G.. Op. Cit. , [ref. 20/01/2004], <http://www.filosofiayderecho.com/rtfd/numero6>.

135 ver MAC CORMICK, Neil. Legal Reasoning and Legal Theory, Clarendom Press, Oxford, 1978.

*«Problemas de interpretación»*[136].

*Podemos coincidir en que «La inflación normativa, su indeterminación, el uso de principios y directrices políticas tan frecuentes en estos casos dificultan las diversas tareas del funciona- miento de las normas: el reconocimiento, la interpretación, la determinación, la elaboración, la aplicación, la conjetura, la argumentación y la síntesis»*[137]*. Por lo tanto a pesar de ser la principal herramienta con la que cuenta el juez, por si sola no es suficiente.*

## *III- LÓGICA Y CERTEZA*

*Cuando el decisor cuenta con normas sobre las cuales razonar, la primera inclinación será utilizar la lógica*[138]*, porque «La lógica es el arte de pensar»,*[139] *y al mismo tiempo es «...una especie de control de calidad de nuestras argumentaciones"*[140]*. Es decir, que su inclinación a la lógica se deberá a un acto de "prudencia»*[141]*. Ella «...se refiere a los medios que debemos escoger para realizar, en el aquí y el ahora, el bien discernido por el hábito de los primeros principios prácticos, la sindéresis, y evitar el mal»*[142]*. Por tal motivo «...la disposición de razonar correc- tamente en el campo de la acción humana es una de las partes integrantes de la prudencia»*[143]*, vinculándose de esta manera con la racionalidad ya que «La racionalidad, como la moralidad, tiene un peso normativo y concierne a lo correcto, lo apropiado, las formas inteligentes de hacer las cosas y no al curso de acontecimientos meramente usuales o habitual».*[144]

*Sin embargo, la única lógica segura en virtud de su certeza es la deductiva en la que es necesaria toda la información*[145]*, siendo así útil sólo para los casos simples (mera subsunción), pero inoperante para los*

136 ver ATIENZA, Manuel. Para una Teoría de la Argumentación Jurídica, Revista DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho, Alicante, Universidad de Alicante, Número 8, 1990, pág. 53

137 ver CHAUMET, Mario Eugenio. Reflexiones sobre la Implementación de la Decisión Judicial: El Caso de los Intereses Supraindividuales. [ref. 2/02/2004], pág. 16 <http://www.derechoazul. org.ar/filosofia/documentos/17_chaumet. doc>.

138 Normas y lógica siempre han estado indisolublemente unidas ya que «Sin normas y sin lógica que las relacione, el resultado es la disolución de la noción de sistema jurídico», ver GARCÍA FIGUEROA, Alfonso Jaime. La Motivación.Conceptos Fundamentales. [ref. 10/02/2004], pág. 6, en <http://www.uv.es/~mariaj/razon/tema 4.pdf> .

139 «... (1) La lógica es el estudio de los argumentos; (2) Su objeto es distinguir el razonamiento correcto del razonamiento incorrecto; (3) El argumento es válido cuando la conclución se infiere de las premisas; (4) El argumento es sólido cuando, además de ser valido, sus premisas son verdaderas», ver CATENACCI, Imerio Jorge. Introducción al Derecho. Ed. Astrea, 2001, Bs. As., pág. 321.

140 Ver MORESO, José J.. Argumentación i pragamática del dret. Edicions de la Universitat Oberta de Catalunya, 1998, citado por AÑON ROIG, María J., Las Teoría de la Argumentación Jurídica (I), [ref. 25/01/2004], pág. 7, www.uv.es/ mariaj/razon/tema3.pdf.

141 «La prudencia es una virtud intelectual con materia moral. Es una virtud intelectual porque reside en la razón práctica y tiene materia moral porque rige el campo del obrar para ordenar rectamente nuestra acción. Su ámbito es la realidad humana contingente», ver MONTEJANO, Bernardino. Prudencia, Tópica y Retórica. [ref. 5/02/2004], <http://www.salvador.edu.ar/semi- 1.htm>.

142 ver MONTEJANO, Bernardino. Op. Cit., [ref. 5/02/2004], <http://www.salvador.edu.ar/semi- 1.htm>.

143 ver KALINOWSKY, Georges. Introducción a la lógica jurídica, Eudeba, Buenos Aires, 1973, pag. 179, citado por MONTEJANO, Bernardino. Op. Cit., [ref. 5/02/2004], <http://www.salvador.edu.ar/semi-1.htm>.

144 Ver RESCHER, Nicolas, Rationality. A Philosophical Inquiry into the Nature and the Rationale of Reason, Oxford University Press, 1988; Traducción de NUCCETELLI, Susana de la edición en inglés, "La Racionalidad", Madrid, Editorial TECNOS S.A., Primera Edición en español, 1993, p. 217 citado por GONZÁLEZ SOLANO, G.. Op. Cit., [ref. 20/01/2004], <http://www.filosofiayderecho.com/rtfd/numero6>

145 «Si concebimos el proceso de argumentar como el paso de unas informaciones (las premisas) a otras (las conclusiones), la situación anterior se caracterizaría porque desde el comienzo (es decir, al plantear el problema) disponemos ya de toda la información necesaria y suficiente para llegar a la conclusión . Lo único que se nece-

*casos difíciles[146]. A esto deberíamos sumarle no sólo las críticas que se le hacen a la lógica en el ámbito del derecho en general: «...la lógica deductiva: (a) Nada dice sobre cómo establecer las premisas, es decir, parte de ellas como algo dado. (b) En rigor, no dice nada tampoco de cómo pasar de las premisas a la conclusión, sino que únicamente da criterios sobre si un determinado paso está autorizado o no; digamos que no tiene valor heurístico sino sólo de prueba, no opera en el contexto de descubrimiento sino en el de justificación. (c) 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. (d) No permite considerar argumentos válidos supuestos en que el paso de las premisas a la conclusión no tenga carácter necesario aunque sea altamente plausible. (e) No permite dar cuenta de una de las formas más típicas de argumentar en Derecho como es la analogía. (f) No determina la decisión del juez ("condeno a X a la pena Y"), sino, en todo caso, la conclusión del silogismo ("debo condenar a X a la pena Y"), esto es un enunciado de deber ser. Así un enunciado como "debo condenar a X a la pena.*

*Y, pero no le condeno" no sería exactamente una contradicción de tipo lógico, sino de tipo pragmático»[147]; sino especialmente las que se le hacen en el ámbito de la argumentación jurídica.*

*Esta característica es remarcada por varios autores: García Figueroa nos recuerda que las normas que forman parte del silogismo jurídico[148] no son ni verdaderas ni falsas[149]. Günther a través de su concepto de coherencia nos comenta que puede darse una situación donde «... hay varias normas válidas aplicables prima facie, pero sólo una norma adecuada»[150].*



sita, como he dicho es ordenarla», ver ATIENZA, Manuel. Para una teoría de la Argumentación Jurídica, Revista DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho, Alicante, Universidad de Alicante, Número 8, 1990, pág. 42

146 Para los casos difíciles se suele utilizar la analogía ya que «Permite resolver un caso no previsto por el ordenamiento jurídico, aplicando la solución prevista por el legislador para otro supuesto de hecho que se asemeja al caso no previsto...El argumento analógico parte del supuesto de que un objeto A coincide en ciertas notas con un objeto A'. Entre ambos objetos, existen por lo tanto, ciertas notas comunes pero otras notas son particulares y diferentes. El razonamiento por analogía se sustenta en la afirmación de que esas notas comunes son esenciales a ambos objetos, y por lo tanto, se concluye de que A' tiene también una nota B que posee A. Constituye un razonamiento de lo particular a lo particular»,ver CATENACCI, Imerio Jorge. Introducción al Derecho. Ed. Astrea, 2001, Bs. As., pág. 345.

147 ver AÑON ROIG, María J.. Las Teoría de la Argumentación Jurídica (I). [ref. 25/01/2004], pág. 12, www.uv.es/□-mariaj/ razon/tema3.pdf> .

148 Al respecto el autor pareciera disentir con kelsen para quien «...es fundamental la diferencia entre normas jurídicas (Rechstnorm) y proposiciones jurídicas (Rechtssatz). Las normas jurídicas no son verdaderas o falsas, sino válidas o inválidas, pero las proposiciones jurídicas sí pueden calificarse en términos de verdad o falsedad», ver GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Retórica, Argumentación y Derecho. [ref. 1/02/2004], pág. 4/5, <http://www.geocities.com/ jagamado/pdfs/retorica.pdf>

149 «La norma expresada mediante el enunciado "¡Abra Ud. la puerta!" no es verdadera ni falsa. Sí decimos de ella, en cambio, que es eficaz si se cumple, válida si la emite una autoridad competente, mediante el procedimiento apropiado, o justa si es moralmente correcta», ver GARCÍA FIGUEROA, Alfonso Jaime. La Motivación. Conceptos Fundamentales. [ref. 10/02/2004], pág 14, en <http://www.uv.es/~mariaj/razon/tema 4.pdf>.

150 ver GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica, traducido por VELASCO ARROYO, Juan Carlos. Revista DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho, Alicante, Universidad de Alicante, Número 17/18, 1995,pág. 285.

*Atienza por medio de las tablas de Schroth marca las diferencias entre la inferencia lógica y la argumentación jurídica[151], y siguiendo a Toulmin[152] nos comenta que «Dudaríamos incluso de la salud mental de alguien con quien nos tropezáramos por la calle y nos recibiera con... un saludo del tipo siguiente:"Cada vez que me encuentro con usted siento una gran alegría; ahora me acabo de encontrar con usted; por lo tanto siento una gran alegría"»[153]. Asimismo, en otro trabajo complementa esta idea esta vez citando a Alchourrón: «...no hay una lógica coherente con el lenguaje natural. El lenguaje corriente no solo está plagado de ambigüedades, vaguedades y toda suerte de imprecisiones significativas que justifican apartarse de el en los procesos de reconstrucción racional, sino que acumula en su seno intuiciones incompatibles que no pueden superarse más que reformándolo, abandonando intuiciones que pueden ser muy sólidas»[154].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. Por lo tanto la lógica es otro elemento a tomar en cuenta pero todavía no se arriba a una resolución.*

## *IV- CONTEXTO DE DESCUBRIMIENTO Y DECISIÓN*

*La Teoría de la argumentación jurídica (TAJ) se ha ocupado principalmente del contexto de justificación, es decir, «...el conjunto de enunciados del discurso judicial por el que se aportan las razones»[155], dejando de lado el contexto de descubrimiento[156] para los psicólogos[157]. Sin embargo, a nuestro modo de ver, el contexto de descubrimiento de la resolución judicial, interpretada como «...la actividad y procedimiento mental que conduce al juez a tomar la decisión»[158], merece cierta reivindicación.*



151 Para una explicación de lo comentado ver ATIENZA, Manuel. Para una teoría de la Argumentación Jurídica, Revista DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho, Alicante, Universidad de Alicante, Número 8, 1990, págs. 41 a 51.

152 Ver TOULMIN, Stephen E. The uses of arguments, Cambridge University Press, 1958.

153 ver ATIENZA, Manuel. Para una teoría de la Argumentación Jurídica, Revista DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho, Alicante, Universidad de Alicante, Número 8,1990, pág. 42.

154 Ver ALCHOURRÓN, Carlos E. Concepciones de la Lógica en Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, vol. 7, pág 46, Lógica, Ed. Trotta, Madrid, 1995, citado por ATIENZA, M.. A propósito de la Argumentación Jurídica, Revista DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho, Alicante, Universidad de Alicante, Número 21-II,1998, pág. 44.

155 ver CHAUMET, Mario Eugenio. Op. Cit.. [ref. 2/02/2004], pág. 6 <http://www.derechoazul. org.ar/filosofia/ documentos/17_chaumet.doc>.

156 «...al proceso en el que se descubre o formula una teoría... en el se pueden incluir y considerar relevantes cosas tan heterogéneas como la fuente de inspiración (Newton y la manzana), el azar o la buena fortuna (Fleming y la penicilina), las peripecias de los investigadores (J.Watson y F.Crick y el modelo de la doble hélice del DNA), las decisiones política científicas (el papel de los presupuestos y los programas de investigación), las decisiones políticas generales (el papel de la guerra en el desarrollo científico), etc." Ver AGUILÓ, Joseph. Independencia e imparcialidad de los Jueces y Argumentación Jurídica. Isonomía N°6/Abril 1997, págs. 71/72.

157 "...en el contexto de descubrimiento aparecen las motivaciones de orden psicológico o sociológico que han condicionado un conocimiento científico o, en nuestro caso, una determinada resolución judicial o argumentación jurídica...permite restringir el campo de estudio de la teoría de la argumentación en torno al contexto de justificación, dejando la investigación de los procesos psicológicos que condicionan la argumentación jurídica en manos de la psicología y la sociología». ver GARCÍA FIGUEROA, Alfonso Jaime. La Motivación. Conceptos Fundamentales , [ref. 10/02/2004], pág. 7, <http://www.uv.es/~mariaj/razon/tema 4.pdf>.

158 ver CHAUMET, Mario Eugenio. Op. cit., [ref. 2/02/2004], pág. 6 <http://www.derechoazul. org.ar/filosofia/ documentos/17_chaumet.doc>

*En la TAJ encontramos en la figura del juez, no sólo al funcionario público[159], sino al decisor por excelencia[160], un motor fundamental de esa maquinaria transformadora[161] llamada Derecho[162]. Ese decisor intentará reducir al máximo las posibilidades de elección[163], ya que de todas las respuestas posibles[164] sólo puede elegir una. En ese momento de elección el juez debe decidir[165], demostrar una preferencia, llevar a cabo una valoración[166], la cual podrá sobrevenir tanto de factores externos […] como internos[167]; jurídicos como no-jurídicos[168]. Para ello, el decisor tiene la misma regla que tenemos los seres humanos en todos los aspectos de nuestra vida: elegir lo que más se adecue a nuestro «interés particular[169]. Él, al igual que al contratar un pintor, al comprar un auto o al contraer matrimonio, lo hace porque hay un interés particular al respecto, lo cual no significa que sea egoísta. Del mismo modo el monje tiene como interés particular el servir a Dios, el ecologista salvar al planeta, o el soldado defender a su país. Todos son intereses particulares porque es lo*

159 «el juez es un funcionario público, combinación de empleado o servidor del estado con órgano representante», ver GONZÁLEZ SOLANO, G.. Op. cit., [ref. 20/01/2004], <http://www.filosofiayderecho.com/rtfd/numero6>.

160 «...vamos a considerar al juez como "un decisor racional que bajo condiciones de incertidumbre procura maximizar la certidumbre legal"», ver AARNIO, Aulis. One Right Answer and the Regulative Principle of Legal Reasoning, Internacional Seminar of Legal Theory, Universidad de Alicante, 1989, citado por BARRAGÁN, Julia. La Respuesta Correcta Única y la Justificación de la Decisión Jurídica, Revista DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho, Alicante, Universidad de Alicante, Número 8, 1990, pág. 65

161 «...toda decisión tiene por objeto transformar un mundo previo en otro posterior, modificado precisamente por efecto de esa de decisión», ver BARRAGÁN, Julia. Op. Cit., Revista DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho, Alicante, Universidad de Alicante, Número 8, 1990, pág. 66.

162 «En suma, construida una idea del Derecho, cualquiera sea su base gnoseológica de partida, la misma será utilizada en pos de lograr metas más complejas, tales como producir "modificaciones" sobre la realidad, comprendida y explicada por el marco del saber inicial», ver DABOVE, María Isolina. El Derecho como complejidad de "saberes" diversos. [ref. 9/02/2004], pág. , <http://www.derecho-azul.org.ar/filosofia/documentos/16_Davobe%20 Marilina. doc>.

163 «Formalmente la solución consiste en un conjunto de restricciones, que definen el espacio de soluciones posibles, y una regla de decisión que permite elegir la llamada solución única», ver BARRAGÁN, Julia , op. cit., Revista DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho, Alicante, Universidad de Alicante, Número 8, 1990, pág. 65.

164 «...la posibilidad de una respuesta correcta única es remota, sino inexistente, ya que el sistema de normas no es un sistema axiomatizado sino natural, y en consecuencia, cada interprete puede (sin violentar el sistema) apelar a premisas diferentes de las utilizadas por el otro interprete, lo que naturalmente producirá conclusiones diversas», ver BARRAGÁN, Julia, op. cit., Revista DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho, Alicante, Universidad de Alicante, Número8, 1990, pág. 73.

165 «La actividad judicial tiene un ineliminable componente creativo, de decisión. El juez no sólo conoce el derecho, también lo crea en mayor o menor medida», ver GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Tópica, retórica y Teoría de la Argumentación Jurídica. [ref. 1/02/2004], <http://www.geocities.com/jagamado/bogotaart.htm>.

166 «...estos conflictos habitualmente exigirán elecciones o preferencias del aplicador, lo que implica el reconocimiento del elemento valorativo», ver CHAUMET, Mario Eugenio. Op. Cit., [ref. 2/02/2004], pág. 25, <http://www. derechoazul. org.ar/filosofia/documentos/17_chaumet.doc> .

167 «De todos los presupuestos personales e individuales pensables o imaginables, definitivamente el más importante es la voluntad y el interés mismo que tenga el operador jurídico en seguir y cumplir una serie de pautas tan estrictas y poco cómodas como las de índole científico», ver GONZÁLEZ SOLANO, G.. Op. Cit., [ref. 20/01/2004], <http://www. filosofiayderecho.com/rtfd/numero6>.

168 «...en el caso se presenten, en mayor o menor medida, ingredientes de los diversos valores jurídicos (poder, cooperación, previsibilidad, solidaridad, orden, coherencia) o valores que para el trialismo son metajurídicos (salud, utilidad, verdad, belleza, amor, etc.)», ver CHAUMET, Mario Eugenio. Op. Cit., [ref. 2/02/2004], pág. 26, <http:// www.derechoazul. org. ar/filosofia/documentos/17_chaumet.doc>.

169 «El conjunto de pautas e instrumentos de que el intérprete y el juez se valen... llevan a soluciones distintas, a lecturas incluso opuestas de un mismo texto normativo, corriendo de cuenta del intérprete y juez la elección del que más le convenga a su idea o su interés, o el riesgo de su personal opción... la disputa jurídica se reubica. La clave de la práctica jurídica ya no está en la conciencia cognoscente del sujeto individual que pondera argumentos objetivos con la segura balanza de un método firme, sino en la discusión entre sujetos que pugnan por hacer valer su interpretación y su interés», ver GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Op. Cit., [ref. /02/2004], <http://www. geocities.com/ jagamado/bogotaart.htm>



Volver al índice

*que cada uno busca a lo largo de su vida, más allá de ser compartido por mucha gente o no.*

*Ahora bien, indudablemente este planteo trae a colación un par de inconvenientes:*

*(a) La importancia del juez en la sentencia.*

*(b) El como averiguar a través de la sentencia el interés particular del juez.*

*Hoy en día queda claro que el juez no es un autómata, por lo tanto es indispensable idoneidad, rectitud y lealtad que hagan de él alguien con autoridad por su investidura y su persona[170].*

*Sin embargo, aunque dicha autoridad llegara a estar presente, siempre se encontrará en discusión así como lo muestran las diferentes opiniones: Por un lado se sostiene que «La existencia de mecanismos como la recusación y la abstención responden a una cuestión no conceptual, sino empírica, a saber: que normalmente la presencia de algún interés propio en un pleito puede alterar la imparcialidad del juez a la hora de decidir el caso y que, dado que la interpretación puede incorporar infinidad de valoraciones, conviene prevenir la posibilidad de una decisión sesgada en ese margen valorativo»[171]. Mientras que otros entienden que «El juez que se abstiene probablemente no esta diciendo que si juzgara cometería una prevaricación... Lo que en realidad reconoce el juez que se abstiene es que si no lo hiciera sus decisiones podría ser vistas como motivadas por razones distintas a las suministradas por el Derecho»[172]. Para este último autor lo que en realidad se busca es proteger «...la credibilidad de las razones jurídicas»[173].*

*Por nuestra parte, queremos aclarar que interés no implica opinión. Bien podría ser que un juez aplique una ley, a su parecer injusta y hasta inconstitucional[174] por creer que su no aplicación desencadenaría un mal mayor (guerra civil, etc.)[175], viéndose afectado de esa manera su interés particular de ayudar al país de la mejor manera posible[176].*



*En cuanto a lo segundo, Chaumet comenta: «Por un lado, se postula una separación tajante por la que la justificación no guarda ni debe guardar ninguna relación con el procedimiento mental. Los motivos del juez para tomar la decisión no son racionales. Pero también se critica el criterio opuesto —que pretende*

170 «...el fenómeno jurídico funciona al compás de la atribución de “votos de confianza” otorgados a determinados sujetos o instituciones sobre la base de la calidad de saberes y verdad» ver DABOVE, María Isolina. El Derecho como complejidad de “saberes” diversos. [ref. 9/02/2004], pág. 10, <http://www.derechoazul. org.ar/filosofia/ documentos/16_Davobe%20Marilina.doc>.

171 ver GARCÍA FIGUEROA, Alfonso Jaime. La Motivación. Conceptos Fundamentales. [ref. 10/02/2004], pág. 8, <http:// www.uv.es/~mariaj/razon/tema 4.pdf>.

172 Ver AGUILÓ, Joseph. Op. Cit., Isonomía N°6/Abril 1997, págs. 77/78.

173 Ver AGUILÓ, Joseph. Op. Cit., Isonomía N°6/Abril 1997, pág. 78.

174 En psicología se habla del deseo emotivo “una evaluación inmediata del objeto basado en el «me agrada»-«no me agrada»” ver CENCINI, Amadeo – MANENTI, Alessandro , Psicología y formación: estructuras y dinamismo, Ed. Paulinas, Mëxico, 1994, pág. 46.

175 «es usual que se aduzca que la eficacia de los derechos sociales depende, en última instancia, de «la reserva de lo económicamente posible...», ver PISARELLO, GERARDO. Boletín Mexicano de Derecho Comparado Nº 92, http://www. juridicas .unam.mx/publica/rev/boletin/cont/92/art/art7.htm>, citado por CHAUMET, M. E.. Op. Cit,. [ref. 2/02/2004], pág. 23, <http://www.derecho-azul.org.ar/filosofia/documentos/17_chaumet.doc> .

176 Lo que se da a llamar deseo racional «El deseo racional: una evaluación secundaria y reflexiva basada en el “me ayuda”-“no me ayuda”. En este caso es operativo en nivel racional. Se trata de una evaluación que va mucho mas allá del interés inmediato y sensitivo por el objeto, porque se inspira en los valores y objetivos que el sujeto se establece», ver CENCINI, Amadeo – MANENTI, Alessandro, Psicología y formación: estructuras y dinamismo, Ed. Paulinas, México, 1994, pág. 47.

*señalar que la justificación debe ser un espejo, el fiel reflejo del proceso decisorio, haciendo explícito el iter mental»[177]. Con respecto al motivo[178], García Figueroa sostiene: «Un motivo parece ser en principio la causa psicológica por la que una acción tiene lugar»[179]de ahí que concluya diciendo «...en el contexto de descubrimiento hallamos causas, en tanto que en el contexto de justificación encontramos razones»[180].*

*Pensamos que el interés personal (algo semejante al anhelo) es el objetivo, y da origen a los motivos (puede ser uno o varios) que son móviles psicológicos en donde hay una encrucijada: detenerme o continuar, por eso siempre antecede a la decisión funcionando así como un informador más[181]. Esto trae aparejado decisiones, es decir, actos voluntarios razonados los cuales luego serán justificados. La decisión judicial nace en el interés personal que es la llave que enciende el motor (motivo), y pone en movimiento el vehículo (sentencia). El motor es lo que mueve la máquina, por lo tanto, el vehículo transporta al motor donde quiera que vaya.*

*Un ejemplo sencillo podría ser el siguiente: si mi interés personal es casarme con mi vecina de toda la vida ("anhelo", interés personal), seguramente dará lugar a los celos (motivo) para con cualquiera que atraiga la atención de ella, intentando por tanto ahuyentar a todos sus posibles pretendientes (decisión). Si un juez tiene como objetivo actuar justamente (interés personal), este interés dará lugar a la prudencia (motivo) por medio de la cual concluirá en tomar en cuenta factores sociales, culturales, etc, (decisión). Si un juez quiere hacerse rico a toda costa (interés personal), seguramente dará pie a la ambición (motivo) por lo que fallará a favor de quien lo sobornó (decisión). Ahora bien, puede haber tantos intereses personales como anhelos en la vida, de aquí se desprende la importancia de las valoraciones. Ellas se sopesarán y primará el deseo más anhelado «De las valoraciones que con lleven las decisiones se van formando criterios generales que orientarán, a su turno, futuras valoraciones. En este sentido las valoraciones deberán hacer referencia*

177 ver CHAUMET, Mario Eugenio. Op. cit., [ref. 2/02/2004], pág. 6, <http://www.derechoazul. org.ar/filosofia/ documentos/17_chaumet.doc>

178 "El término "motivo" parece poder referirse ya sea al momento afectivo, al impulso incluso inconsciente, que caracteriza al «móvil", ya sea al momento en que el afecto ve el objetivo a conseguir y resuelve la decisión de realizarlo y, así se transforma en un "fin". » ver A. Malinverni Novísimo Digesto Italiano, vol. X, UTET, Turín, 1982, pág. 963; citado por GARCÍA FIGUEROA, Alfonso Jaime. Op. Cit., [ref. 10/02/2004], pág.5 en <http://www.uv.es/~mariaj/razon/ tema 4.pdf>.

179 er GARCÍA FIGUEROA, Alfonso Jaime. Op. Cit., [ref. 10/02/2004], Pág. 5 en <http://www.uv.es/~mariaj/razon/ tema 4.pdf>.

180 ver GARCÍA FIGUEROA, Alfonso Jaime. Op. Cit., [ref. 10/02/2004], Pág. 7 en <http://www.uv.es/~mariaj/razon/ tema 4.pdf>.Al respecto Aguiló nos habla de dos clases de razones: las explicativas, y las justificativas, en donde la primera «. alude a los motivos, los móviles de la conducta» mientras que en la segunda se refiere a la «valoración de la conducta» (Ver AGUILÓ, Joseph. Op. Cit., Isonomía N°6/Abril 1997, págs. 73) siguiendo con el tema Atienza al comentar la tesis de Cristina Redondo explica que para la misma «Dejando de lado la razón como facultad o capacidad humana (teórica o práctica), existen básicamente tres nociones distintas de razón: como premisa de un argumento, como motivo y como justificación. Entre esas tres nociones existe una separación clara y es un error suponer que existe o que puede construirse un único concepto de razón» (ver ATIENZA, Manuel. A Propósito de la Argumentación jurídica", Revista DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho, Alicante, Universidad de Alicante, Número21-II, 1998, pág. 37). Asimismo cabe agregar que ya con anterioridad Nino había comentado que existía una diferencia entre «. razones o justificación y motivos o causación» ver NINO, Carlos Santiago. Derecho, Moral y Conducta, Revista DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho, Alicante, Universidad de Alicante, Número 14, 1993, pág. 37.

181 Haciendo un paralelo con la psicología podemos comparar a nuestra perspectiva de motivo por u similitud con el juicio Inmediato el cual consiste en «. la valoración inmediata que se produce en cualquier percepción del sujeto y que, relacionándose con la memoria y la imaginación, produce una emoción» y al momento de la encrucijada con el juicio reflexivo «...la valoración que el individuo hace de todo el proceso precedente mediante una acción intelectual refleja, de a cual pueden surgir nuevas emociones...» para ambas citas ver RULLA, Luigui M. Psicología profunda y vocación, I: Las personas. Ed. Atenas, Madrid, 1984, pág. 263

*a un criterio general de universabilidad, lo que quiere expresar que deberá ser "necesariamente" tenido en cuenta en nuevas situaciones en las que sean iguales todos los aspectos relevantes del caso»[182]. Por medio de pistas e indicios, lectura explicita y entre líneas, el detective jurídico intentará reconstruir el interés personal que hay detrás de esa decisión, en otras palabras, con abducción[183]. Así como intentamos llegar a la norma desconocida a través del hecho conocido por medio de esa misma abducción, se deberá, a través de la sentencia conocida, intentar llegar, sin exageraciones, a los posibles aspectos volitivos del juez desconocidos hasta el momento. Esto probablemente promoverá en los abogados una nueva habilidad, técnica o arte, dependiendo del grado. Podemos ver a la sentencia como un vehículo transportador de información, en donde los motivos, o los indicios que ahí encontremos, serán otro dato a tomar en cuenta.*

*Sin embargo, normas, lógica y decisión, no son suficientes a la hora de dictar sentencia, falta algo más para que ella sea considerada una solución[184].*

## *V- RAZONAMIENTO Y RETÓRICA*

*Una vez tomada la decisión, el juez se encontrará con tres clases de auditorio: uno que estará a favor, otro que será indiferente y otro que estará decididamente en contra de esa decisión.*

*Es por eso que para los que están a favor e indiferentes relatará un razonamiento, es decir, explicará. Mientras que, para los que estén en contra, justificará[185] el por qué no tomó una decisión distinta[186], es decir, intentará convencerlos. Citando a Perelman, algunos autores considerarían que el término aplicable*

182 ver CHAUMET, Mario Eugenio. Op. cit., [ref. 2/02/2004], pág. 28, <http://www.derechoazul. org.ar/filosofia/ documentos/17_chaumet.doc>. Asimismo cabe destacar que el autor comenta: «Acordamos con CIURO CALDANI que la voz universabilidad es más adecuada que la comúnmente utilizada, universalidad. Con relación a esta exigencia de justificación, basta citar autores como Perelman, Mac Cormick, Alexy, Aarnio que, aunque con diversas perspectivas e intensidades, fomentan la exigencia»; ver CHAUMET, M. E., Op. Cit, Ibidem, apartado 97, pág. 28, <http://www. derecho-azul.org.ar/filosofia/documentos/17_chaumet.doc>.

183 La abducción lo que hace es invertir el orden del antecedente y el consecuente en la argumentación inferencial Se parte de una observación hecha y se infiere retrospectivamente el antecedente del consecuente... Sobre la mesa encuentro una bolsa, y a su lado un puñado de udías blancas. Por el momento, no conozco cualquier otra circunstancia acerca de la bolsa y las udías, pero me sorprende que una y otras estén en ese lugar. Ahora bien, me decido a formular na conjetura (hipótesis), tal que si fuese verdadera, y si el resultado pudiera considerarse como n caso de la misma, sería posible que aportara una explicación suficiente del motivo por el cual obre la mesa hay una bolsa y a su lado un puñado de judías blancas. Construyo entonces la ipótesis según la cual el interior de aquella bolsita contiene judías, y todas ellas son de color lanco. Así, si presupongo que todas las judías de la bolsa son blancas, y al mismo tiempo que se puñado de judías procede de la bolsa, es comprensible que las judías que aparecen sobre la esa sean blancas...-Silogismo abductivo: Resultado: estas judías son blancas. Regla: las judías e esta bolsa son blancas. Caso: estas judías proceden de esa bolsa. ver AÑON ROIG, María J. as Teoría de la Argumentación Jurídica (I), [ref. 25/01/2004], pág. 6, http://www.uv.es/□mariaj/razon/tema3.pdf

184 «El juez se convierte en árbitro de un debate al que su decisión pone fin en lo jurídico, pero que e puede prolongar en lo social cuando su decisión no alcanza un mínimo consenso», ver GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Tópica, retórica y Teoría de la Argumentación Jurídica. [ref. 10/02/2004], <http://www.geocities.com/jagamado/bogotaart.htm>.

185 «Explicar una decisión significa mostrar las causas, las razones, que permiten ver una decisión como un efecto de esas causas. Justificar una decisión, por el contrario, significa mostrar las azones que permiten considerar la decisión como algo aceptable» ver CHAUMET, Mario ugenio. Op. cit., [ref. 2/02/2004], pág. 6, <http://www.derechoazul. org.ar/ filosofia/documentos/17_chaumet.doc> .

186 «...la motivación de la decisión deberá asumir la posibilidad de reconocer criterios de injusticias asumidos por la comunidad a la cual está destinada y, eventualmente, tendrá la carga de rgumentar por qué no se los tiene en cuenta» ver CHAUMET, Mario Eugenio. Op. cit., [ref. 2/02/2004], pág. 31, <http://www.derechoazul. org.ar/filosofia/ documentos/17_chaumet.doc>.



Volver al índice

*sería "persuadir", ya que se referiría a un auditorio particular. Para nosotros, y siguiendo sus conceptos, sería "convencer" porque el método utilizado es el de buscar razones válidas para el auditorio universal, el cual generalmente consiste en apuntar más hacia los males indeseados que hacia los bienes deseados, en razón de que «...es más factible consensuar una lista de males que todos normalmente desean evitar, que confeccionar una lista de bienes a los que todos aspiran»[187].*

*Para "explicar", en cambio, se utilizarán especialmente principios y reglas[188] a través de cierta coherencia normativa[189]. Una confirmación de tal aseveración es la importancia de las pruebas en los litigios (quien alega debe probar, es inocente hasta que se demuestre lo contrario, etc) en donde, por más extraordinario que sea el argumento alegado, las pruebas son generalmente argumentos más fuertes. Es por esto que la mayoría de los casos se definen por los hechos demostrados.*

*La justificación, en cambio, se hará por medio de la retórica. Con respecto a ella, no hacemos referencia al concepto aristotélico de técnica o arte paralela a la Dialéctica[190] en la que «no se debe torcer al juez llevándolo a la ira o la compasión, ya que sería lo mismo que si alguien torciera la regla de que ha de servirse»[191], sino en un sentido como el de Perelman en donde la retórica «...consistirá en un estudio de los medios de argumentación que permiten obtener o acrecentar la adhesión de los espíritus a las tesis que se someten a su sentimiento»[192]. Con esto, se resalta que no se busca la adhesión de un juez sino «...persuadir a un auditorio, al que se ha de conocer, de que la decisión esta de acuerdo con sus exigencias»[193].*

*La retórica por tanto habla de un "ida y vuelta", un diálogo que exige la participación de dos partes que intenten entre ambas llegar un argumento satisfactorio para ambos. Para ello ambas partes deben conocer la opinión de la contraria. El que convence debe saber qué quiere el auditorio, y el auditorio debe conocer qué es lo que dice el orador. En el contexto de la decisión judicial, antes de comenzar el litigio, ya hay doctrina y jurisprudencia planteada la cual puede ser unánime o no. Al comenzarlo, los abogados contestan en sus demandas los planteos y apoyan o critican parte de la doctrina y jurisprudencia, o bien las esquivan criticando o impulsando pruebas. A su vez, en ciertos casos se suma la opinión pública, formando de esa manera un auditorio bastante heterogéneo.*



187 ver CHAUMET, Mario Eugenio. Op. cit., [ref. 2/02/2004], pág. 31, <http://www.derechoazul. org.ar/filosofia/ documentos/17_chaumet.doc>.

188 ver ATIENZA, Manuel y MANERO, Juan Ruiz. Sobre Principios y Reglas. Revista DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho, Alicante, Universidad de Alicante, Número10, 1991, págs. 101 a 120.

189 ver GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica, traducido por VELASCO ARROYO, Juan Carlos. Revista DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho, Alicante, Universidad de Alicante, Número17/18, 1995, págs. 271/301.

190 «La retórica es correlativa de la dialéctica, pues ambas tratan de cosas que en cierto modo son e conocimiento común a todos y no corresponden a ninguna ciencia determinada. Por eso todos en cierto modo participan de una y otra, ya que todos hasta cierto punto intentan inventar o resistir una razón y defenderse y acusar» Aristóteles, Retórica, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, 1354 a I, pág.4, citado por MANASSERO, María de los Angeles. Racionalidad Jurídica, Argumentación y Retórica. [ref. 11/02/2004], pág. 10, <http://www.derecho-azul.org. ar/filosofia/documentos/15_Manassero.doc>.

191 ARISTÓTELES. Retórica, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, 1354 a 25, citado por MANASSERO, María de los Angeles. Racionalidad Jurídica, Argumentación y Retórica. [ref. 11/02/2004], pág. 11, <http://www. derechoazul. org.ar/filosofia/documentos/15_Manassero.doc>

192 ver PERELMAN, Chaim. Rhétorique et Philosophie", París, Presses Universitaires de France, 1952, pág. 125, citado por GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Retórica, Argumentación y Derecho, [ref. 1/02/2004], pág. 14, http://www. geocities.com/jagamado/pdfs/retorica.pdf>.

193 ver PERELMAN, Chaim. Ethique et Droit", Bruxelles, Editions de L ´ Université de Bruxelles, 1990, pág. 679, citado por GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Retórica, Argumentación y Derecho. [ref. 1/02/2004], pág. 14, <http://www.geocities. com/jagamado/pdfs/retorica.pdf>.

*De esa manera, nos encontramos con:*

*A- Las sentencias de casos anteriores análogos (con su doctrina mayoritaria).*

*B- Las disidencias (abogados del litigio, jurisprudencia y doctrina contraria y dependiendo el caso opinión pública).*

*C- El juez (conocedor tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, de los alegatos planteados por los abogados, y de la opinión del ciudadano medio), culminará la decisión"*

*En ese momento concomitantemente se definirá el auditorio a convencer. Si continúa con la jurisprudencia establecida intentará convencer a la otra parte y así a la inversa.*

*De esa manera queda claro que el fin del litigio particular no es el fin de la discusión sino sólo otra contestación en el dialogo planteado, el cual irá cambiando de acuerdo al nivel de los oradores. Por esto en cierto sentido coincidimos con que «El derecho es por tanto una realidad social que puede ser construida en base a ciertos principios y llegar a conclusiones científicas, es también la ejercitación de técnicas que permiten su uso y debieran permitir la creación del mismo y en este sentido es arte porque hay quién expone con más coherencia, brillantez y belleza el derecho que otros»[194]".*

*Nos queda claro con el texto que, al hablar de la discreción judicial como fundamento en la toma de decisiones de la persona juzgadora, una de las herramientas determinantes que se deben tomar en cuenta para su efectivización es la forma en que podamos usar en ella la llamada argumentación jurídica y sus elementos, ya que –como lo apunta el autor– esta engloba una serie de elementos y parámetros que la función juzgadora contiene para que, al momento de aquella toma de decisión, contenga la racionalidad debida conforme al conflicto en discusión y el ejercicio de la aplicación del silogismo práctico de confrontación de la situación fáctica con la norma jurídica.*



## ACTIVIDAD DE EVALUACIÓN

A partir del texto anterior, elabore un mapa conceptual que integre los puntos esenciales del texto y el enfoque de la argumentación jurídica en el contexto de la toma de decisiones.

194 ver NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón. Op. Cit., [ref. 20/01/2004], <http://www.filosofiayderecho.com/rtfd/numero6>.

Volver al índice

# Bibliografía


- IGLESIAS VILA, Marisa. (2008). Discreción judicial y positivismo jurídico. Los criterios sustantivos de la validez. En: Jueces y Derecho. Problemas contemporáneos. México D.F. Editorial Porrúa. Pp 223 – 254.

- LIONETTI De ZORZI, Juan Pablo. (2004). La toma de decisión en la argumentación jurí- dica. En: Revista temática de Filosofía del Derecho. No. 7. Pp. 57 – 72.

- MATEOS, Pedro Manuel. (2008). Motivación y toma de decisiones. En: Psicología de la Motivación. Madrid: España. Editorial Síntesis S.A. Pp. 43 – 68.

- RUIZ RUIZ, Ramón. (2010). Sobre la discrecionalidad judicial en un Estado Constitucional.

- En: Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho. No. 20 (www.uv.es/CEFD).

# Unidad II

## Modelo y forma de tomar decisiones en el proceso Breve introducción

- Modelo de decisión del caso en la esfera jurisdiccional
- Acerca de los actos procesales
- Aspectos generales sobre la sentencia

# Breve introducción

La toma de las decisiones dentro de un proceso determinado requiere seguir necesariamente un modelo preciso que permita una racionalización capaz de buscar que esa decisión sea la mejor posible dentro de la gama de opciones que en el caso se pueda tener para la pretensión, procesal o sustancial, específica.

De la misma forma, a fin de plasmar esa decisión, se requiere emitir un acto procesal que debe contener ciertos elementos y que se pueden clasificar en diversas soluciones, por lo que las resoluciones judiciales se convierten en la forma mediante la cual se traduce eficazmente esa toma de decisiones.

Por ello, un segundo tema nos acerca al método con el cual se llega a esa toma de decisiones, un modelo de método de casos para los asuntos jurídicos y la labor dentro de la jurisdicción.

**Objetivos específicos**

- Sistematizar el modelo de decisión de un caso para la toma de decisiones en la esfera jurisdiccional.

- Identificar las formas por medio de las cuales la persona juzgadora puede emitir decisiones dentro de un proceso, para la garantía de los principios de legalidad y justicia.

- Analizar las formas de emisión de las resoluciones judiciales dentro del sistema procesal, para el cumplimiento de los principios que informan el debido proceso legal.



## 2.1. Modelo de decisión del caso en la esfera jurisdiccional

Según el tema anterior, la decisión judicial, entendida como la discreción de la persona juzgadora para racionalizar en cada caso los silogismos jurídicos y resolver conforme al derecho positivo, nos viene a concretar su función dentro de un modelo de resolución de casos que, estructuradamente estudiado, nos permite determinar la aplicación de los principios de legalidad y justicia, a partir de las tres premisas fundamentales: la situación fáctica, los valores del contexto social y la norma jurídica. Daniel Mendoca (2008) nos plantea esa estructuración de un modelo de la resolución del caso dentro del devenir jurisdiccional:

### I.- UN MODELO DE LA RESOLUCIÓN DE CASOS

1. *En el contexto de la función jurisdiccional aparecen tres elementos que configuran el marco de la decisión judicial: a) la situación fáctica, tal como ella es percibida por los participantes; b) los valores predominantes del núcleo social en el que se produce aquella situación, y c) las normas jurídicas en vigor en la sociedad considerada. Todos estos elementos se encuentran fuertemente relacionados entre sí: por un lado, los valores predominantes tienden a convertirse en contenido de las normas jurídicas y tanto aquéllos como éstas influyen normalmente en la situación de hecho, aunque también los hechos introducen modificaciones paulatinas en los valores y las normas; y, por otro, las normas tienen habitualmente poder suficiente para modificar el sistema de valores que rige en la sociedad.*

Volver al índice

*En la secuencia establecida para los procesos, la demanda o acusación da lugar a la contestación o defensa, ambas basadas en la ley y en los hechos, pero del modo como ellos son vistos por las partes (o, para ser más precisos, del modo como las partes pretenden que los vea el juzgador). Establecida la materia sobre la que versará el litigio, es preciso para ambas partes extraer de la situación fáctica las pruebas conducentes al respaldo de su posición, de modo a reconstruir y describir la situación considerada. Reunidos los elementos disponibles, el órgano decisor se halla en condiciones de cumplir con su función y decidir el caso; es obvio que, en tal situación, el juzgador se encuentra condicionado por la ley (tal como él la interpreta y conoce), por los valores a los que adhiere (generalmente en forma coincidente con los predominantes en la sociedad, aunque con eventuales disidencias o distinciones individuales) y por los precedentes (tal como él los selecciona y entiende, y en la medida en que se siente vinculado por ellos). Con tal conjunto de criterios, el juzgador examina las pruebas y selecciona las normas jurídicas aplicables al caso, emitiendo su decisión acerca del litigio que le fuera sometido.*[195]

2. *Sobre esta base, los problemas concretos planteados por el proceso decisorio pueden clasificarse en dos tipos: a) problemas relativos a la prueba de los hechos (quaestio facti), y b) problemas relativos a la aplicación de las normas (quaestio iuris). Tales problemas pueden resumirse del siguiente modo:*[196]

    1. *Prueba de los hechos. […]*

    2. *Aplicación de las normas. La aceptación de determinada descripción parcial de la realidad está lejos de resolver el problema normativo del proceso decisorio; en rigor, apenas sirve para plantearlo. Los problemas se extienden, de ese modo, a la quaestio iuris.*

        *Para aplicar una norma, lo primero que se hace es tomar conocimiento de ella. Como las normas se hallan expresadas en lenguajes naturales y, por lo tanto, plagadas de dificultades, su ámbito de aplicación resulta generalmente discutible. La vaguedad y la ambigüedad, por ejemplo, no siempre permiten distinguir de modo inequívoco el sentido pretendido de una determinada formulación de norma. Se suma a ello la circunstancia de que el legislador deposita en los textos legales sus propios desaciertos, como erratas, omisiones y falsas presuposiciones. Estas insuficiencias son generalmente cubiertas por la interpretación, actividad para la que no existen procedimientos objetivos e infalibles. Toda interpretación es, así, en definitiva, una propuesta de lectura y, por plausible que parezca, casi siempre enfrenta alguna alternativa, cuya fuerza no depende tanto ni tan sólo de la claridad de la formulación normativa, sino también de la importancia de los intereses en juego.*

        *Luego se plantea el problema de la determinación de las normas aplicables al caso. De lo que se trata entonces es de seleccionar, con base en determinados criterios, ciertas normas de un conjunto de normas dado. Los criterios empleados pueden tener diferente origen (legal, jurisprudencial, doctrinal) pero, cualquiera que sea su fuente, permiten la selección de ciertas normas a los efectos de la resolución del litigio sometido. Tal selección no está exenta, desde luego, de controversias, pues los criterios no siempre son estables y objetivos, cuando los hay.[…]*

195 Ibidem, pp. 185-187.
196 Ibidem, pp. 172-178.



Volver al índice

## *II. RESOLVER, JUSTIFICAR, APLICAR*

1. *Como la actividad jurisdiccional persigue diversos propósitos, parece conveniente distinguir al menos dos tipos de procesos, no necesariamente excluyentes, vinculados con problemas diferentes: 1) procesos declarativos y 2) procesos normativos.*[197]

1. *Procesos declarativos. Los procesos declarativos se hallan dirigidos a resolver problemas de clasificación acerca de si cierto caso individual pertenece o no a cierto caso genérico. Consiguientemente, cuestiones relativas a preguntas de la forma "¿pertenece el caso individual al caso genérico G?" sólo pueden concluir con respuestas positivas o negativas como "el caso individual pertenece al caso genérico G" o "el caso individual no pertenece al caso genérico G". Estos son, por ejemplo, los procesos en los que se discute la validez de los contratos, la filiación de las personas, la vocación hereditaria, la prescripción de las obligaciones o la inconstitucionalidad de las leyes.Procesos normativos.*

2. *Los procesos normativos, en cambio, están dirigidos a resolver problemas normativos, es decir, cuestiones vinculadas con la calificación normativa de determinadas acciones. En tales procesos se ventilan preguntas como "¿es obligatoria (prohibida o facultativa) la acción A?" y, por consiguiente, las únicas respuestas adecuadas a ellas exigen la formulación (emisión) de normas por parte de los jueces que entienden en éstos. Es importante insistir en que las respuestas contenidas en los fallos que resuelven estas controversias consisten en normas y no en proposiciones normativas: los jueces no informan acerca de las soluciones suministradas por el sistema jurídico de referencia para el caso particular sino que expresan normas individuales que obligan, prohíben o facultan determinadas acciones derivadas de normas generales dictadas al respecto. Estos son, por ejemplo, los procesos en los cuales actor y demandado discuten acerca de si el segundo está obligado o no a ejecutar la acción pretendida por el primero, análogamente, aquellos procesos penales en los que el acusador sostiene que el acusado ha ejecutado una acción que reputa delictiva y solicita, consecuentemente, la aplicación de la pena correspondiente.*



2. *El deber de resolver las controversias judiciales posee así dos sentidos diferentes, según sea el tipo de proceso de que se trate. En cada uno de ellos, esa obligación genérica se traduce en obligaciones específicas variables con relación a hipótesis diversas.*

1. *Sentencias declarativas. En el caso de los procesos declarativos, si el actor pretende que se declare que un determinado caso individual pertenece a un determinado caso genérico y el juez considera que-es así, debe hacer lugar a la demanda y formular la declaración pretendida en tal sentido; si llega a la conclusión contraria, en cambio, debe rechazar la demanda y formular la declaración inversa, esto es, que el caso individual no pertenece al caso genérico.*

2. *Sentencias normativas. Tratándose de sentencias normativas, es necesario distinguir diferentes situaciones a fin de determinar las relaciones existentes entre el carácter normativo de las conductas de los sujetos partes y de los jueces competentes en la aplicación del derecho. Esta cuestión ha sido tratada con suficiente rigor por los autores, aunque no siempre con resultados coincidentes en todas las hipótesis.*[198]

197 Alchourrón, C. y Bulygin, E., Normative Systems, Viena, Springer, 1971 (versión castellana de Alchourrón, C. y Bulygin, E., Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, Buenos Aires, Astrea, 1974), pp. 205-208

198 Véase Kelsen, H., Reine Rechtslehre, Viena, 1960 (versión castellana de Vernengo, R., Teoría pura del derecho, México, UNAM, 1979) pp. 251-254, y Alchourrón, C. y Bulygin, E., Normative Systems, cit., nota anterior, pp. 215-217

a) *Conducta obligatoria. Si la conducta del demandado sobre la que versa la cuestión sometida a decisión del tribunal es obligatoria (esto es, el demandado tiene la obligación de llevarla a cabo), el juez tiene el deber de condenarlo a ejecutar dicha acción, haciendo lugar a la demanda.*

b) *Conducta facultativa. En cambio, si la conducta del demandado sobre la que versa la cuestión sometida a decisión del tribunal es facultativa (está permitida su ejecución y su omisión) el juez debe rechazar la demanda, pues a aquél le está permitido abstenerse de hacer lo que el actor pretende que haga.*

c) *Conducta prohibida. La misma solución anterior debe darse para el caso de que la conducta del demandado sobre la que versa la cuestión esté prohibida, pues si el acto está prohibido, ello implica que su omisión está permitida y, por consiguiente, el juez debe rechazar la demanda, conociendo el derecho del demandado de abstenerse de ejecutar la acción pretendida.*

d) *Conducta no regulada. Por último, si la cuestión sometida a decisión del tribunal no se halla específicamente regulada por el sistema, es necesario determinar si dicho sistema posee o no una norma de clausura declarando permitidas todas las acciones no reguladas por él. Si existe una norma con tal característica, caeremos en la situación reflejada en el inciso b, relativo a las conductas facultativas. En cambio, si el sistema carece de dicha norma de clausura y la conducta del demandado resulta indeterminada normativamente por el sistema, el juez no tiene obligación específica alguna, sino sólo la obligación genérica de resolver (haciendo lugar a la demandada o rechazándola alternativamente).*



3. *También el deber de fundar los fallos judiciales adquiere sentidos diferentes según el tipo de cuestión de que se trate, de manera que dicha tarea se traduce en operaciones diferentes en procesos declarativos y procesos normativos. Consiguientemente, por las características propias de cada tipo de proceso, se hace necesario distinguir al menos dos modelos distintos de justificación: a) modelo declarativo y b) modelo normativo.*

1) *Modelo declarativo. Hemos dicho antes que los procesos declarativos se hallan dirigidos a resolver problemas de clasificación acerca de si cierto caso individual pertenece o no a cierto caso genérico. Esta operación se presenta en el derecho bajo la denominación difundida de "subsunción".*

*En tal sentido, se han distinguido dos sentidos diferentes de la expresión "subsunción", y acuñado la denominación de "subsunción individual" y "subsunción genérica" para cada uno de ellos. Por subsunción individual se entiende el problema de la determinación de la verdad de ciertos enunciados individuales contingentes de la forma "a es F" (Fa), donde "F" representa un predicado del lenguaje y "a" el nombre de un objeto individual. La resolución de este problema exige determinar si el objeto individual posee la propiedad designada por el predicado en cuestión. Por subsunción genérica, en cambio, se entiende el problema de determinar la relación existente entre dos predicados, de modo que la discusión versa sobre un enunciado metalingüístico acerca de predicados de la forma "F está incluido en G" (F<G), donde "F" y "G" son predicados. No debe perderse de vista que las reglas semánticas que determinan*

*el significado de esos predicados son ya existentes (si existe un uso establecido) o bien deben ser estipuladas por el juez por vía de interpretación. Así, se ha insistido en señalar que, en lo posible, los jueces deben emplear los términos jurídicos con los significados que ellos poseen en el lenguaje técnico o en el lenguaje natural y no atribuirles significados ajenos a los que les corresponden en esos contextos.*[199]

*Es común en la legislación civil la disposición conforme a la cual los contratos contrarios a la moral (contratos inmorales) son nulos. Sobre esa base, se plantea el problema de los llamados "contratos pornográficos", convenios en virtud de los cuales un sujeto se obliga a participar en un filme pornográfico mediante remune- ración. La cuestión consiste en determinar el alcance de los predicados "contratos inmorales" y "contratos pornográficos" y decidir si éstos se hallan subsumidos (o no) en aquéllos: si los contratos pornográficos son inmorales, son nulos, y si los contratos pornográficos no son inmorales', no son nulos. Situación similar sucede con los llamados "contratos de mancebía", convenios en virtud de los cuales un sujeto se obliga a mantener relaciones sexuales con otro con cierta periodicidad y durante cierto tiempo; de nuevo, si los contratos de mancebía son inmorales, son nulos, y si los contratos de mancebía no son inmorales, no son nulos. Como se ve, la cuestión radica en estos supuestos en determinar el alcance de los predicados en uso ("contratos inmorales", "contratos pornográficos", "contratos de mancebía") y en clasificar cierto individuo (el contrato entre dos sujetos determinados) dentro o fuera de las clases consideradas.La justificación de los fallos judiciales en procesos declarativos supone, básicamente, resolución de problemas semánticos, dado que la principal dificultad consiste en identificar las propiedades designadas por las expresiones que figuran en los textos legales.*[200]



*Una fuente adicional de dificultades para la resolución de estos casos radica en la falta de información acerca de las circunstancias de hecho relevantes. En muchas ocasiones los jueces carecen de información acerca de ciertos datos que resultan necesarios para decidir sobre las cuestiones sometidas. Si las partes discreparan a este respecto, sería necesario someter a prueba la cuestión. De este modo, además de dificultades semánticas, los jueces deben atender cuestiones fácticas para decidir en procesos declarativos.*

*No debe pensarse que la operación de subsunción es exclusiva de este modelo, puesto que también es requerida en el modelo normativo. En ese modelo, es necesario subsumir el caso individual en algún caso genérico, determinar la solución que el sistema asigna a tal caso genérico y, a partir de ella, derivar la solución para el caso individual. Por consiguiente, el problema de la subsunción reaparece en el modelo normativo dentro de un esquema de justificación más complejo.*

2) *Modelo normativo. En el ámbito de las ciencias empíricas se concibe a una explicación como un razonamiento deductivo cuyas premisas son leyes universales y determinadas proposiciones singulares, denominadas "condiciones iniciales", que expresan afirmaciones acerca de hechos concretos, y cuya conclusión es una proposición que describe el fenómeno que se pretende explicar. A tal conjunto de leyes y condiciones iniciales, que conforman las premisas del razonamiento, se denomina explanans (lo que explica) y a la conclusión, explanandum (lo que debe ser explicado). Como*

199 Alchourrón, C. y Bulygin, E., Derecho y análisis lógico, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 308 y 309. De los mismos autores, Normative Systems, cit., nota 13, p. 212.

200 Id., Normative Systems, cit., nota 13, pp. 211 y 212

*figuran en las premisas leyes generales (o enunciados nomológicos, como, también se los denomina) que expresan ciertas regularidades, y como el explanandum se deduce del explanans, se afirma que configuran un modelo explicativo nomológico-deductivo.*[201]

*En el ámbito de las ciencias normativas la situación es, en cierto sentido, muy similar. En ese contexto, sin embargo, se pretende justificar las acciones humanas y no explicarlas. Lo que interesa, en concreto, es el status normativo de una acción determinada, de acuerdo con cierto sistema de normas. No se interroga, pues, porqué un sujeto determinado ejecutó cierta acción, sino por qué el sujeto en cuestión debe, no debe o puede ejecutarla, dado que lo primero supondría la pretensión de indicar los motivos que determinaron causalmente la conducta. De este modo, justificar normativamente la calificación deóntica de una acción mediante un sistema de normas consiste en mostrar que de dicho sistema se infiere la obligación, la prohibición o la permisión de la conducta de referencia. Cabe aclarar, pues, que, en rigor, lo que un sistema normativo justifica no es la conducta, sino la calificación normativa de la conducta y, por consiguiente, no debe perderse de vista que la afirmación de que una conducta está justificada por un sistema normativo significa que de ese sistema se infiere (se deduce) una calificación deóntica (obligatorio, prohibido, permitido) para la conducta en cuestión.*[202]

*En este contexto, justificar o fundar una decisión consiste, a grandes rasgos, en construir un razonamiento deductivo válido, entre cuyas premisas figura una norma general y cuya conclusión es la decisión, de tal manera que el fundamento principal de la decisión es la norma general de la que aquélla es un caso de aplicación. Consiguientemente, entre el fundamento y la decisión existe una relación lógica, no causal, de modo que una decisión fundada es aquella que se deduce lógicamente de una norma general (o un conjunto de normas generales), en conjunción con proposiciones fácticas (descriptivas de los hechos relevantes).*



*Así, la sentencia es concebida como la totalidad conformada por los considerandos y la decisión, de modo tal que aquélla puede ser reconstruida como un razona- miento cuya conclusión es la decisión y cuyas premisas se encuentran en los considerandos.*

*Cabe acotar que no todos los elementos que aparecen en los considerandos constituyen premisas necesarias del razonamiento para la obtención de la conclusión. Al menos dos tipos de elementos son necesarios para la pretendida inferencia: normas generales que constituyen el fundamento normativo de la decisión y proposiciones relativas a los hechos del caso debidamente probados; la decisión derivada consiste, sobre esa base, en una norma individual. En no pocas ocasiones, sin embargo, según lo he anticipado, se hace necesario incluir defini- ciones en las premisas, es decir, enunciados que determinan el significado de una expresión o la extensión de un concepto.*[203] *De esta manera, el esquema más simple de la estructura lógica de una sentencia sería el siguiente:*

201 Hempel, Aspects of Scienttfic Explanationand otherEssays in the Philosophy of Science, Nueva York, Free Press, 1965 (versión castellana de Frassineti, M. et al., La explicación científica, Barcelona, Paidós, 1988), pp. 247-293.

202 Alchourrón, C. y Bulygin, E., Normativa Systems, cit., nota 13, pp. 229 y 230

203 Bulygin, E., “Sentencia judicial y creación del derecho”, La Ley, núm. 124; Cognition and Interpretation of Law, en Gianíormaggio, L. y Paulson, E., Cognition and Interpretation of Law, Turín, Giappichelli, 1995; Lógica deóntica, en Alchourrón, C. (ed.), Lógica, Madrid, Trotea, 1995.

*Nl, N2... Nn (Premisas normativas) Pl, P2... Pn (Premisas fácticas)*

*D (Conclusión normativa)*

*Sobre toda esta base, se ha detectado una marcada analogía estructural entre la explicación y la justificación, dado que en ambos casos se trata de mostrar que cierta proposición o norma es deducible de un sistema (teórico o normativo) que contiene esencialmente proposiciones o normas generales y ciertas proposiciones acerca de las condiciones iniciales o del caso, respectivamente. De igual manera, también existe una similitud importante desde el punto de vista funcional: así como la explicación puede perseguir los propósitos de explicar y predecir fenómenos pasados o futuros, respectivamente, la justificación puede efectuarse con la finalidad de guiar acciones futuras o de justificar (en un sentido más restringido) acciones pasadas. Ambas operaciones poseen la misma estructura lógica y responden a idéntica finalidad: proceder racionalmente en la explicación y justificación de las creencias y acciones.*[204]

4. *De acuerdo con la producción teórica actual, es conveniente considerar dos nociones de justificación en contextos normativos, una centrada en la conclusión de una inferencia y otra en las premisas de dicha inferencia. En el primer sentido, al que denominaré "justificación lógica", ésta consiste en una relación deductiva entre las premisas y la conclusión de un razonamiento; en el segundo sentido, al que denominaré 'justificación axiológica", en cambio, la justificación requiere no sólo la existencia de tal relación deductiva, sino además el empleo de determinadas premisas, moralmente calificadas (adecuadas, justas o correctas). Consiguientemente, ambos sentidos difieren sustancialmente en un aspecto: la justificación lógica es ajena a la corrección material del razonamiento, mientras que la justificación axiológica es dependiente de ella.*



*Una manera esquemática de presentar estas dos concepciones de la justificación sería la siguiente:*

*1) Justificación lógica. La decisión D está justificada, con relación a un conjunto de premisas P si, y sólo si, se deduce lógicamente de P.*

*es la concepción defendida por Alchourrón y Bulygin, para quienes el razona- miento jurídico que pretende mostrar que una decisión o una pretensión están justificadas de acuerdo al derecho vigente es esencialmente deductivo o, por lo menos, puede ser reconstruido como una inferencia lógica en la que, sobre la base de dos tipos de premisas, normativas y fácticas, se llega a una conclusión que afirma que ciertas consecuencias jurídicas son aplicables a un caso particular.*[205]

*Lo relevante de la explicación resulta que, al recurrir a normas jurídicas como elementos justificatorios, no se pretende que ellas sean moralmente adecuadas y que, por consiguiente, la decisión sea axiológicamente correcta. Todo lo que se pretende es que, una vez identificadas ciertas normas jurídicas y descritos determinados hechos particulares, la decisión se halle justificada en relación con esas premisas.*[206]

204 Alchourrón, C. y Bulygin, E., Normative Systems, cit., nota 13, p. 230.
205 Id., Derecho y análisis lógico, cit., nota 15, p. 303; Bulygin, E., Cognition and Interpretation of Law, cit., nota 19, p. 25
206 Moreso.J.J. el al., "Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial", Doxa, núm.11, 1992, p. 257.

*De acuerdo con esta concepción, como justificar una decisión significa subsumirla en un sistema normativo, existen tantas justificaciones como sistemas existan. De este modo, resulta perfectamente admisible una justificación jurídica que no presuponga recurso a principios valorativos, sino exclusivamente a normas jurídicas. En este contexto, asignar a las normas jurídicas el carácter de premisas justificatorias no supone que ellas sean moralmente aceptables y, menos aún, que sean las únicas moralmente aceptables.*

2) *Justificación axiológica. La decisión D está justificada si, y sólo si, se deduce lógicamente del conjunto de premisas P, axiológicamente correcto.*

*De acuerdo con esta concepción, la premisa principal de un razonamiento justifi catorio es, necesariamente, una norma o principio moral y, por consiguiente, la justificación de decisiones judiciales implica el empleo de estándares de ese tipo. Por tal motivo, si la justificación de decisiones requiere invariablemente de pautas morales, la exigencia de justificar en derecho una decisión judicial resulta imposible de satisfacer.*[207] *Nino ha defendido enfáticamente esta concepción de la justificación al sostener que "no hay una justificación jurídica de actos y decisiones que sea independiente de consideraciones de índole moral. La justificación jurídica es una especie de justificación moral que se distingue por tomar en cuenta (como datos fácticos relevantes) la vigencia de ciertas normas".*[208]

*Conforme a esta concepción, es necesaria una única respuesta a la pregunta acerca de la decisión correcta. Se sigue de ella, por consiguiente, que inevitablemente debe negarse un pluralismo axiológico, puesto que, de lo contrario, quedaría abierta la posibilidad de múltiples marcos justificatorios igualmente plausibles para una decisión cualquiera. El problema radicaría, entonces, en identificar el marco correcto que justifique la respuesta correcta. Esta dificultad, por cierto, no parece fácilmente superable, dada la ausencia de un método intersubjetivamente válido, generalmente aceptado, para resolver los problemas valorativos.*



*En mi opinión, las concepciones anteriores resultan insatisfactorias como reconstrucciones del concepto de justificación, tal como se lo emplea en el ámbito del derecho: la primera por ser ajena a la corrección material del razonamiento, y la segunda por adoptar un criterio axiológico de corrección. La idea de justificación en el derecho remite, invariablemente, según creo, a determinadas exigencias de adecuación material que el razonamiento debe satisfacer, pero tales exigencias se hallan vinculadas a criterios diferentes de los pretendidos por la concepción axiológica. Ofreceré una concepción alternativa de la siguiente manera:*

3) *Justificación jurídica. La decisión D está justificada con relación a un conjunto de premisas P si, y sólo si, se deduce lógicamente de P, conjunto jurídicamente adecuado.*

*De acuerdo con esta concepción, la justificación no es ajena a la corrección material del razonamiento, en el sentido de que plantea cierta exigencia acerca de la calidad de las premisas. Tal exigencia, sin embargo, ninguna vinculación tiene con su calidad moral. Lo que esta concepción exige es que las premisas resulten jurídicamente*

207 Nino, C. S., El constructivismo ético, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 30 y 115; La validez del derecho, Buenos Aires, Astrea, 1985, pp. 64 y 65.

208 Nino, La validez del derecho, cit., nota anterior, p. 63.

*adecuadas, con relación a determinados criterios de adecuación: la adecuación a la que se alude es, en concreto, relativa a la aplicabilidad de las premisas normativas al caso individual sometido y a la prueba de las premisas fácticas alegadas en el proceso. Una decisión estará así jurídicamente justificada si, y sólo si, se deduce lógicamente de normas aplicables al caso individual y de proposiciones probadas en el proceso sobre las circunstancias fácticas invocadas.*

*De más está decir que esta concepción de la justificación es dependiente de la primera de las consideradas (justificación lógica), en el sentido de que exige la deducción de la conclusión de las premisas adoptadas; y es independiente de la segunda (justificación axiológica), pues no garantiza que la decisión resulte moralmente correcta.*

5. *Satisfacer la exigencia de que las decisiones judiciales se hallen fundadas en derecho supone la ejecución de una serie de operaciones dirigidas a determinar cuáles son las normas del sistema jurídico en cuestión que deben ser utilizadas en la justificación de cada caso. En general, es necesario, ante todo, determinar la composición del derecho de referencia mediante ciertos criterios, para luego seleccionar, mediante criterios adicionales, aquellas normas que resultan aplicables al caso individual. De este modo, hay en juego dos tipos de criterios que hacen posible satisfacer la exigencia de fundar las decisiones en derecho: criterios de pertenencia de las normas al sistema y criterios de selección de las normas aplicables al caso concreto.*

   *La cuestión relativa a cuándo una norma pertenece a cierto sistema jurídico reclama la formulación de un criterio (o conjunto de criterios) de pertenencia de normas a sistemas. En este sentido, existen al menos tres concepciones del derecho basadas en criterios de identificación significativamente diferentes. A falta de mejor denominación las llamaré "formalista", "realista" y "naturalista", respectivamente. En versión simplificada podrían presentarse como sigue.*

   a) *Concepción formalista. Pertenecen al sistema jurídico S las normas dictadas por las autoridades competentes instituidas por S y las que se derivan lógicamente de ellas.*

      *Esta concepción se aproxima a la caracterización propuesta por Alchourrón y Bulygin, pues centra la identificación del derecho en dos criterios centrales: el de legalidad, para las normas expresamente promulgadas por autoridades competentes, y el de deducibilidad, para las normas derivadas lógicamente de las primeras.[209] Sobre esta base, Alchourrón y Bulygin han concebido los sistemas normativos como sistemas de enunciados entre cuyas consecuencias lógicas hay al menos una norma, es decir, un enunciado que correlaciona un caso con una solución normativa. Y de acuerdo con la definición de "sistema", éste constituye un conjunto de enunciados que comprende todas sus consecuencias lógicas. De este modo, los sistemas normativos, y como subclases de ellos los sistemas jurídicos, son concebidos como sistemas deductivos.*

   b) *Concepción realista. Pertenecen al sistema jurídico S las normas reconocidas por los órganos judiciales instituidos por S y las que serían probablemente reconocidas por ellos, si la ocasión se presentara, para resolver los casos sometidos a decisión.*

209 Alchourrón, C. y Bulygin, E., Normative Systems, cit., nota 13; Sobre la existencia de las normas jurídicas, Valencia, Venezuela, Universidad de Carabobo, 1979; Derecho y análisis lógico, cit., nota 15.



Volver al índice

*De acuerdo con esta propuesta, para definir la pertenencia de una norma particular a un sistema concreto se exige su reconocimiento efectivo o potencial por parte de determinados órganos estatales, los órganos encargados de su aplicación en casos específicos. La identificación de las normas del sistema depende, pues, en definitiva, de ciertas prácticas judiciales, actuales o eventuales. En buena medida, esta concepción refleja las sugerencias de Ross, en el sentido de reconstruir el concepto de derecho a partir del de vigencia.*[210]

*También Raz ha insistido en que es el reconocimiento por parte de órganos primarios (órganos de aplicación) lo que parece ser decisivo para afirma que cierta norma pertenece a un sistema determinado.*[211]

c) *Concepción naturalista. Pertenecen al sistema jurídico S las normas reconocidas por los órganos judiciales instituidos por S y las normas que, de acuerdo con determinados principios morales, aquéllos deben aplicar para resolver los casos sometidos a decisión.*

*Una concepción similar a la anterior ha sido propuesta, en particular, por Dworkin.*[212] *Conforme a ella, el sistema jurídico contiene las normas que resultan, de hecho, reconocidas por los jueces, y aquellas normas que, basadas en estándares morales, deben ser tenidas en cuenta al resolver las controversias pendientes de decisión. Estas últimas normas pertenecen al sistema no por su origen o por su admisión por parte de ciertas autoridades, sino por su contenido, reputado justo o correcto. Dworkin sostiene que los jueces no pueden justificar sus juicios de que deben aplicar cierta norma en un caso dado sólo en el hecho de que existe cierta práctica social de reconocimiento de dicha norma, puesto que, en su opinión, para justificar ese tipo de juicios, los jueces deben recurrir a juicios valorativos que determinen la corrección de la práctica en cuestión.*

*Más allá de las discrepancias filosóficas, en general, los juristas parecen adoptar en la práctica una concepción como la formalista, remitiendo el problema de la pertenencia de normas a sistemas a criterios de legalidad.*

6. *Por último, parece necesario distinguir con claridad dos conceptos centrales respecto del deber de aplicar normas de derecho en la fundamentación de las resoluciones judiciales: los conceptos de aplicación y de aplicabilidad. Este par de nociones, sin embargo, no ha sido objeto de suficiente análisis por parte de los teóricos del derecho, salvo importantes excepciones.*[213]



210 Ross, A., On Law andjustice, Londres, Stevens, 1958 (versión castellana de Garrió, G., Sobre el derecho y la justicia, Buenos Aires, EUDEBA, 1963

211 Raz.J., The Concept of a Legal System, Oxford, Clarendon Press, 1970 (versión castellana de Tamayo y Salmorán, R., El concepto de sistema jurídico, México, UNAM, 1986); Practical Reasons and Norms, Londres, Hutchinson, 1975 (versión catellana de Ruiz Mañero, J., Razón práctica y normas, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991).

212 Dworkin, R., Taking Rights Seriously, Londres, Duckworth, 1977. (Versión castellana de Guastavino, M., Los derechos en serio, Barcelona, Ariel, 1984).

213 Ross, A., On Law andJuslice, cit., nota 26; Bulygin, E., “El concepto de vigencia de Alf Ross”, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, 1963; Time and Validity, en Martino, A., Deontic Logic Computational Linguistics and Legal Information Systems, Amsterdam-Nueva York-Oxford, North Holland, 1982; Moreso, J. J. y Navarro, P., Aplicabilitá ed eficacia delle norme giuridiche, en Comanducci, P. y Guastini, R., Struttura e dinámica e sistemi

1) *Aplicación. Una norma N es aplicada por un juez J de un sistema S en un caso individual I si, y sólo si, N es usada por J para la resolución de I.*

*En buena medida esta parece ser la idea defendida por Ross acerca de la noción de aplicación, por cuanto que, según su propia explicación "[la] 'aplicación' práctica... sólo puede significar que en las decisiones en que se dan por probados los hechos condicionantes de dicha regla, ésta forma parte esencial del razonamiento que funda la sentencia y que, por lo tanto, la regla en cuestión es uno de los factores decisivos que determinan la conclusión a que el tribunal arriba".*[214]

*De acuerdo con una aclaración de Bulygin al respecto, es condición necesaria y suficiente de la aplicación de una norma que el juez base en ella su sentencia del caso, es decir, que justifique en ella su decisión del caso en cuestión.*[215]

2) *Aplicabilidad. Una norma N es aplicable por un juez J de un sistema S en un caso individual I si, y sólo si, se dan las condiciones previstas en S para la aplicación de N por J en la resolución de I.*

*De acuerdo con este concepto, para que una norma sea aplicable es necesario que se satisfagan las condiciones establecidas en el sistema para la aplicación de dicha norma; los mismos sistemas jurídicos contienen, por cierto, criterios más o menos claros que permiten determinar qué normas son aplicables en la resolución de los casos sometidos a sus órganos jurisdiccionales. Dicho de otra manera, la aplicabilidad de una norma depende de que estén reunidas las condiciones previstas para la aplicación cíe la norma al caso en cuestión. Tales condiciones pueden ser múltiples y diversas y variables de un sistema a otro. Por lo común, esos criterios de aplicabilidad guardan relación con factores temporales, espaciales, personales y materiales y poseen un grado de generalidad importante.*

*Se sigue del anterior par de conceptos que es posible que una norma determinada resulte aplicada en un caso dado sin que tal norma sea aplicable a él. También se sigue que es posible que una norma determinada sea aplicable para la resolución de un caso dado sin que tal norma resulte aplicada o haya sido aplicada de hecho en la resolución de dicho caso. Esto significa, básicamente, que rio siempre los jueces efectivamente aplican las normas aplicables, es decir, que no siempre justifican sus decisiones con las normas que, de acuerdo con los criterios establecidos en el sistema, justificarían válidamente esas decisiones. Estas circunstancias (los jueces aplican normas inaplicables y no aplican normas aplicables) dan lugar a la revisión de los fallos así emitidos ante tribunales superiores por vía de recursos previstos al efecto (apelación, nulidad, casación). En esos casos, se discute la legalidad de las decisiones judiciales, es decir, su adecuación respecto del sistema jurídico. Si los tribunales de alzada consideran que los fallos no se hallan ajustados a derecho, los revocan y, por lo general, corrigen los fallos o disponen que los casos sean nuevamente resueltos. Cabe advertir, finalmente, que el deber de resolver los casos sometidos a decisión con base en las normas del sistema se vuelve de cumplimiento imposible para los jueces en el supuesto de que el sistema no contenga norma alguna aplicable al caso en cuestión. Esto es lo que sucede en caso de laguna*

giuridici, Turín, Giappiichelli, 1996.

214 Ross, A., On Law andjustice, cit., nota 26, p. 41.

215 Bulygin, E., "El concepto de vigencia de Alf Ross", cit., nota 29.



Volver al índice

*legal, concebida como aquella circunstancia en que el sistema jurídico carece, respecto de cierto caso, de toda solución normativa. Como, por hipótesis, el caso genérico carece de solución correlacionada a él, el caso individual no puede ser resuelto según las previsiones del sistema a su respecto. Resulta evidente, pues, que si el sistema nada dice acerca del caso sometido, el juez no puede cumplir con su obligación de fundar su decisión en es sistema, cualquiera que sea la decisión que adopte. A lo sumo, lo que puede hacer el juez es modificar el sistema, agregando una solución para el caso genérico, y luego fundar su decisión en el sistema modificado. Esta operación exige, sin embargo, una autori- zación expresa dirigida al juez, en el sentido de concederle la atribución de integrar el sistema en caso de laguna. Si dicha atribución le fuera negada, necesariamente dejará de cumplir alguna obligación: si resuelve el caso individual sin solucionar previamente el caso genérico, su decisión no estará fundada en el sistema y, por consiguiente, violará el deber de resolver los casos conforme al derecho; si soluciona el caso genérico (lo que le está prohibido por hipótesis), modificará el sistema y ejecutará un acto prohibido; y si se abstiene de juzgar, violará el deber de resolver los casos sometidos a su decisión. De este modo, los tres deberes en juego (resolver los casos, fundar los fallos y aplicar el derecho) resultarán incompatibles en caso de laguna y sólo resultarán coexistentes si el sistema es completo.*

Con el texto, concluimos acerca de la importancia de que toda persona que administra justicia conozca la forma concreta que debe seguir cuando tenga un determinado caso. No se trata, entonces, de que, ante unos hechos dados, únicamente se confronten con la norma sin haber sido antes establecidos adecuadamente, según el propio conflicto y las aseveraciones de las partes.



Tanto en la determinación de los hechos y su prueba, como en la aplicación de la norma, hemos visto cómo concurre una serie de situaciones que la persona administradora de justicia debe considerar, a fin de resolver la situación, justificando cada una de las diversas tomas de decisiones que se deben llevar a cabo en ese proceder. En última instancia, debe aplicar adecuadamente las normas a las que está sometida en su función, según los diferentes tipos de procesos que se le presentan y que, en este módulo, se analizarán a partir de las diversas resoluciones judiciales existentes para esa toma de decisiones.

## ACTIVIDAD DE EVALUACIÓN

A partir de la diferenciación de los procesos declarativos y los normativos que se presentan en el texto anterior, realice un cuadro comparativo que involucre ambos modelos dentro de los diferentes tipos de procesos existentes en las legislaciones procesales nacionales y las justificaciones de los modelos.

## 2.2. Acerca de los actos procesales:

Al respecto, el autor Jorge López González señala:

Como es característico en esta nueva normativa, el desarrollo de cada instituto tiene un orden. Tratándose de los actos procesales, en primer lugar se consigna la normativa que regula las disposiciones generales aplicables a todos los actos, en el entendido que existen actos que por su naturaleza contienen una regulación específica en otras partes del código. Obviamente, las disposiciones generales son aplicables a todos los actos, salvo disposición expresa en contrario.

La primera característica de los actos procesales, según el principio que recibe esa denominación es la informalidad, pues no están no están sujetos a formas determinadas, sino cuando la ley expresamente lo exija (24.1). No obstante, como una manifestación de nuestra soberanía, se dispone que en todos los actos procesales es obligatorio el uso del idioma español.[216]

En cuanto a documentos, se establece la previsión de que a los redactados en otro idioma, que se presenten al proceso por cualquier motivo, deberá acompañarse su traducción (24.2). Razones de seguridad jurídica exigen tal disposición, pues no se puede obligar a la parte contraria a conocer todos los idiomas en que se presenten los documentos para referirse a ellos o impugnarlos. Ni es previsible que los jueces conozcan todos los idiomas para apreciar esa prueba documental.



Siempre, en relación con el idioma, se establece que a quienes no hablen español, o no puedan comunicarse oralmente, se les tomara declaración por los medios que sean pertinentes, de acuerdo con las circunstancias y cuando sea necesario se hará con el auxilio de un intérprete, cuyo costo estará a cargo de la parte proponente de la prueba, salvo en los casos que deba suplirse gratuitamente (24.2).[217]

### CONSTANCIA DE RECIBO DE GESTIONES

La constancia de recibido de las gestiones que hacen las partes e intervinientes al tribunal es una práctica arraigada en nuestro país. Por ese medio se garantiza, que en caso de no ser atendida, la parte pueda insistir en el conocimiento de su petición y demostrar que la realizó. _Históricamente, con el proceso escrito ha servido para reponer escritos y documentos que se perdían en los tribunales.

216 En la versión de setiembre de 2006, se decía que era obligatorio utilizar el idioma castellano: Se pensó que decir español era impreciso, desde que en España no solo se habla castellano, sirio otros como el Catalán. En la versión definitiva, igual que en el código de 1990 se dejó español, lo que nunca ha dado problemas.

217 La suplencia gratuita es una previsión sana, pues es de esperar que en nuestra legislación se haga algún día una verdadera reforma de la justicia gratuita, aún en materia civil. Además, es conveniente por la residualidad de este código procesal civil en relación con otras materias.

Como en el nuevo orden, no desaparece la presentación de escritos, tal disposición sigue siendo necesaria. Por ello se dispone que de toda gestión se debe extender inmediatamente acuse de recibo por parte del despacho, por medios tecnológicos cuando ingresen de esa forma, o bien por medio de constancia en una copia física que el gestionante presentará para ese fin. La razón deberá indicar al menos la hora y fecha de recepción, así como identificación del despacho.[218]

> *No sobra decir, que la hora y la fecha de recepción es de trascendental importancia para acreditar, de ser necesario, que la gestión se hizo en el plazo que correspondía.*

## ACTUACIÓN PROCESAL POR MEDIOS TECNOLÓGICOS

Atendiendo a la época en que se promulga esta normativa, no podía faltar la previsión genérica de que los tribunales, las partes y demás intervinientes en el proceso, puedan utilizar medios tecnológicos autorizados para realizar cualquier acto procesal, aún para la recepción de pruebas (24.4).[219] •

Por razones de seguridad jurídica, tales medios tecnológicos son utilizables, sujetos al acatamiento de 'los mecanismos de autenticación y seguridad establecidos en las disposiciones especiales (24.4). No dice el código, cuáles son esos medios tecnológicos. Hay que tener claro, que por la vertiginosa evolución de la tecnología no es conveniente establecer en un código procesal cuales sean esos medíos tecnológicos, pues se introduciría una limitación por omisión al no prever-nuevos medios que surgirán con el tiempo. En todo caso, por esa misma razón, la lista .siempre sería incompleta.



Se dispone que si un proceso se tramita por medios tecnológicos y se presentan peticiones o documentos, deben ser escaneados con constancia de que están siendo utilizados en un proceso y devueltos a los interesados, quienes tienen la obligación de custodiarlos y presentarlos al tribunal, cuan- do sean requeridos. Esa disposición, que no es novedosa, porque ya hay antecedentes en la Ley de Cobro Judicial. Se introdujo con la finalidad de evitarle al Poder Judicial la custodia de documentos, actividad que exigiría disponer de muchos recursos materiales y humanos.

### *FORMACIÓN Y REPOSICIÓN DE EXPEDIENTES*

El proceso civil costarricense se ha caracterizado históricamente por ser escrito, lo que ocasionaba la formación de un cúmulo de cientos y hasta miles de folios de papel denominado expediente. El concepto expediente se mantiene en la nueva normativa, no obstante, se prevé la posibilidad de documentar el proceso mediante un expediente tecnológico. No se descarta, la existencia de expedientes físicos, en lo que influye una tazón coyuntural. El avance tecnológico en nuestro país, no es tal como para pensar que a la entrada en vigencia del código no existirán expedientes de papel.

218 Aquí se consignan los aspectos mínimos que debe contener una razón de recibido.
No se excluye la posibilidad de que se consignen otros datos. Tomando en cuenta que muchos documentos se recibirán por medios tecnológicos, es improcedente señalar todo. lo que 'debe contener el recibo, pues pondría- mos a los tribunales a incumplir la norma. Lo relativo al recibo de documentos es una cuestión de organización que no debe establecerse con tanta amplitud en el código procesal.

219 La frase "aún para la recepción de prueba" no estaba en la versión original, ni el párrafo segundo del artículo 24.4. Lo relativo a 1 prueba era innecesario porque está contemplado en la primera parte de la norma.

La experiencia que se ha tenido en otras materias en que se ha introducido la oralidad enseña, que siempre, por alguna razón, es posible la existencia de expedientes físicos. Por ese motivo se ha mantenido,. con la idea de que en algún momento, todos los expedientes sean tecnológicos.

Se establece, como principio, que las gestiones, resoluciones y actuaciones del proceso, darán lugar a la formación de una carpeta informática ordenada secuencial y cronológicamente. Se formará, por medios tecnológicos y por esos mismos medios se conservará y lo consultarán las partes. Se autoriza a la Corte Suprema de Justicia para que disponga cómo se formarán los expedientes, como se respaldarán los actos procesales y la forma en que esos expedientes se adecuarán a los avances tecnológicos (251.). Véase, que la previsión normativa es que los expedientes sean tecnológicos y solo excepcionalmente existirá un expediente físico. Solo serán físicos cuando no puedan ser tecnológicos. Cuando existan piezas (documentos) que por su naturaleza no sea posible agregar al expediente tecnológico principal, se deberá crear un expediente físico para cada proceso. En dicho expediente, que debe mantenerse debidamente foliado (páginas numeradas), servirá para conservar y consultar esas piezas. (25.2).

El nuevo código parte de una declaración de principio: de los documentos privados originales que se aporten, la oficina judicial solo guardará una copia y el original se le devuelve a las partes (25.2). Esa afirmación de principio se ve modificada tratándose del documento base, pues el mismo artículo dispone que el tribunal sí custodiará el documento has en aquellos procesos en que se requiera el original (25.2).

Cuando los documentos sean devueltos, la parte que los tenga en custodia tiene la carga de presentarlos al tribunal cuando éste lo ordene (25.2).[220]



Tales disposiciones pretenden salir al paso de los inconvenientes que históricamente se han dado en la custodia de documentos. La pérdida (muchas veces por hurto) de expedientes físicos ha constituido un problema en la práctica jurisdiccional costarricense, que ha tenido como consecuencia hasta el despido de funcionarios. Por ese motivo la previsión de que si se llegara a perder o a extraviar el expediente físico, será repuesto inmediatamente y por cualquier medio a costa del culpable, quien pagará, además, los daños y perjuicios.

El procedimiento de reposición de expedientes, que ya existía en el Código Procesal Civil de 1990, inicia con una orden del tribunal a las partes de que aporten copias de las piezas anteriormente presentadas y de las resoluciones escritas que tengan en sus archivos. Se establece la previsión de que, de ser necesario, se repondrán las pruebas indispensables para decidir con arreglo a derecho (25.3). En un sistema oral como el que se establece en la nueva normativa, se dice que la reposición de pruebas se hará, de ser necesario, porque es previsible que atendiendo al principio de inmediación, no haya necesidad de tal trámite. La pérdida puede ser de una parte del expediente físico, un folio o un documento, en cuyo caso se procederá a su reposición de lo que falta.

220 No dice el código cuales sean las consecuencias por no presentar los documentos a requerimiento del tribunal. Pienso que la consecuencia sepa tomar en consideración la conducta omisiva de la parte como elemento de convicción ratificante de los_otros elementos de prueba, conforme al numeral 41.5. Además, esa conducta podría ser violatoria de la buena fe procesal (2.3 y 4.2) que exige el código y podría constituir un abuso procesal que permita al tribunal desplegar las sanciones procesales previstas (6).

Para el caso, muy eventual, de que no existan copias o respaldos de los actos extraviados; es decir, que ninguna de las partes, ni el órgano jurisdiccional las tienen el tribunal deberá ordenar que se repongan y deberá disponer que se practiquen las actuaciones necesarias que determinen su preexistencia y contenido. Tal sería el caso, que se ordenen extraer de un archivo en un registro público o que se pidan a alguna otra autoridad o persona.

Si no existe forma de reponer las actuaciones, si es indispensable, el tribunal debe ordenar repetir los actos, disponiendo, de acuerdo con las circunstancias la forma de hacerlo (25.3 Pá. 2°). Véase como el legislador no establece que en todo caso deban repetirse las actuaciones. Ello solo será si es indispensable (por ejemplo para que consten en el expediente ante un eventual recurso). Además el tribunal tiene el poder de establecer la forma de repetir. los actos, toman o en consideración el tipo de acto.

***PUBLICIDAD DE LAS ACTUACIONES ESCRITAS***

En esta normativa se regula especialmente lo relativo a la publicidad de las actuaciones escritas (25.4). Tal previsión debe entenderse de acuerdo con uno de los principios fundamentales de esta normativa que es el de publicidad y al que nos referimos al inicio de este libro. Recordemos que es principio de este cuerpo legal, que el proceso será de conocimiento público, salvo que expresamente la ley disponga·10 contrario o el tribunal lo decida de oficio o a solicitud de parte, cuando por circunstancias especiales se puedan perjudicar los intereses de la justicia, los intereses privados de las partes o los derechos fundamentales de los sujetos procesales (2.1O).



Tratándose de las actuaciones escritas se dispone, que todo expediente, será de acceso a las partes, los abogados, los asistentes del abogado director debidamente autorizados por éste y a quienes la ley le otorgue esa facultad. Con ese fin se dispone, que el tribunal deberá mantener permanentemente un medio ágil para la consulta del expediente (25.4). En relación con esa disposición hay que hacer algunas precisiones. El principio de publicidad exige que las actuaciones jurisdiccionales sean públicas, salvo disposición o resolución expresa en contrario. Desde esa perspectiva, el expediente puede ser consultado por cualquier abogado, no solo el que tramita el proceso. Tratándose de asistentes, personas que no sean abogadas, para poder examinar un expediente, deben ser autorizados por el abogado director del proceso. Es claro que esa forma de regulación no es consecuente con el principio de publicidad en su recto sentido; pues lo ideal sería que el expediente sea de acceso a cualquier persona, salvo que se declare el secreto de las actuaciones o que la ley expresamente lo señale. El legislador optó por mantener restricciones, en relación con las actuaciones escritas, que podrían ser cuestionables. Sobre la publicidad en las audiencias orales y el acceso al público, nos referiremos en el lugar que corresponde.

***LUGAR DE LAS ACTUACIONES***

El Código regula lo relativo al lugar de las actuaciones del tribunal. Señala, en principio, que las actuaciones deben practicarse en la sede del Tribunal, salvo aquellas que por su naturaleza o disposición legal se deban practicar en otro lugar (26.1). Se dice que en principio, porque la doctrina, la mayoría de las legislaciones y la práctica jurisdiccional reconocen, que hay casos en que las actuaciones se deben realizar en lugar distinto al de la sede del tribunal, de lo que son ejemplos muy claros los supuestos de auxilio judicial y reconocimientos judiciales.

En cuanto a las partes, salvo casos especiales, sus actuaciones deben realizarse en la sede del tribunal, lo que es predicable de los escritos que presentan, pues dichos memoriales solo surten efectos desde el momento en que son recibidos de forma efectiva por el tribunal competente (27.3). Con todo, es posible que en supuestos de auxilio judicial por ejemplo, las partes actúen en otra circunscripción territorial, pero excepcionalmente.

***TIEMPO DE LAS ACTUACIONES***

Los principios de igualdad y seguridad jurídica exigen que la legislación procesal distinga entre días y horas hábiles y días y horas inhábiles. En principio, las actuaciones, tanto del tribunal como de las partes deben realizarse en horas hábiles. Si no existiera previsión expresa al respecto, se crearía un desorden porque una parte podría actuar en día y hora inhábil con perjuicio de la otra parte. Además, esa distinción es fundamental para contar plazos, pues de acuerdo con la legislación procesal, los plazos por días se entienden que son hábiles (30.5). Establecer esa restricción, permite asegurar que ambas partes tendrán las mismas oportunidades temporales de actuar.

En nuestra legislación, en el código de 1990 se identificaban las horas hábiles, como aquellas en las que el tribunal tuviera sus puertas abiertas al público. También se establecía la posibilidad de que el tribunal dictara una resolución habilitando determinadas horas para practicar actos, generalmente urgentes.[221]

La nueva normativa cambió el sistema. Según el nuevo código, en principio, todos los días y horas son hábiles para las actuaciones judiciales (26.2).[222] Esa es la regla de principio, con lo cual, no será necesario que los tribunales se auto habiliten para actuar en ciertas horas. Como es de prever, no son hábiles aquellas horas y días, en que por disposición de la ley o de los órganos competentes hayan sido declarados inhábiles. En todo caso, se faculta a los tribunales para señalar y continuar audiencias en horas y días inhábiles, cuando las circunstancias lo ameriten (26.2). Tal previsión pretende evitar que, por la inhabilitación de horas o días, se propicie la ineficacia de un proceso, por violación de los principios de inmediación y concentración. Así, si es indispensable terminar un proceso en horas o días inhábiles, la legislación lo permite.



Atendiendo a la seriedad con la que se concibe el nuevo proceso, se dispone que cuando se señale una hora precisa para practicar actuaciones judiciales, éstas deberán iniciar a la hora exacta (26.3). En situaciones excepcionales, a criterio del tribunal, podrán comenzar quince minutos después de la hora fijada. Véase que el inicio dentro de los quince minutos después de la hora fijada es a criterio del tribunal y en situaciones excepcionales, lo que constituye una manifestación del aumento de los poderes del tribunal. La actuación judicial puede iniciar después de que hayan pasado quince minutos de la hora señalada, cuando exista causa justa. Y también puede iniciar pasados los quince minutos de la hora señalada cuando, consultadas las partes, ninguna de ellas formule oposición,

221 La misma persona juzgadora dictaba la resolución y se auto habilitaba para actuar o le habilitaba las horas a algún funcionario de su oficina. Aunque ello era una manifestación de la carencia de poderes del tribunal, en realidad la habilitación de horas tenía la finalidad de que la parte contraria tuviera conocimiento de que la actuación se había hecho en horas autorizadas. Claro, en ocasiones, la parte contraria sabía hasta después de que se había actuado.

222 La norma tiene una finalidad clara, la de que en un futuro haya tribunales que se mantengan en funcionamiento las veinticuatro horas del día.

es decir, cuando haya acuerdo. Como consecuencia del aumento de los poderes del tribunal, la causa justa será valorada por éste, quien al decidir deberá tener presentes los principios de esta normativa. Si el acto no se realiza a la hora exacta, tal incumplimiento no podría generar nulidad alguna, pues se trata de disposiciones ordenatorias, qué lo más que podrían sustentar es una sanción contra el responsable del atraso.

## ACTOS DE PARTE

El Código Procesal Civil de 2018 regula en unos pocos artículos unas disposiciones generales de actos de parte; no obstante, se contemplan aquí únicamente los actos de parte escritos. Ello es así, porque las actuaciones orales se regulan en la parte referida a las audiencias. En cuanto a los actos de ·parte escritos, se estableció que las gestione escritas deberán llevar la firma del gestionante, obviamente, autenticada por un abogado (27.1. ).

Cuando una persona no pueda firmar, firmará otra a su ruego y la firma del firmante a ruego deberá ser autenticada por un abogado. En todo caso, el imposibilitado para firmar, deberá estampar su huella digital, salvo que esté imposibilitado para ello (27.1). Durante la vigencia del Código Procesal Civil de 1990, la huella digital había perdido toda utilidad en cuanto a las actuaciones de naturaleza procesal. En la nueva normativa se introduce, como una forma de evitar cuestionamientos posteriores, atendiendo a la importancia de ciertos actos. De todas formas, la huella digital no está descartada de nuestro ordenamiento, pues es tomada en cuenta en actuaciones notariales, según lo dispuesto por el artículo 78·del Código Notarial.



Dispone el código, que cuando se utilicen medios telemáticos, informáticos o de nuevas tecnologías, la autorización del documento se hará de la forma establecida por la Ley o por la Corte Suprema de Justicia, según lo dispone la Ley Orgánica del Poder Judicial.[223] Esa disposición que no estaba en la versión original, pretende tomar previsiones en relación con la autorización de documentos tecnológicos, lo que era innecesario pues en el artículo 24.4 se dispone con amplitud lo relativo a los actos procesales por medios tecnológicos.

### *Copias de escritos y documentos*

En casi todo proceso es necesario presentar escritos y documentos. Mediante escritos se formulan las solicitudes al tribunal y los documentos son los que respaldan esas gestiones. De acuerdo con el principio de contradicción, tales piezas tienen que ser conocidas en su integridad por la parte contraria. Desde el punto de vista de la práctica jurisdiccional se presentan dos problemas fundamentales: hacer llegar esos documentos a la parte contraria y la custodia de los documentos originales. El inconveniente es mayor, cuando se trata de documentos de imposible reposición.

223 Esa disposición no estaba en la versión ·original del Código Procesal Civil, se introdujo en la Asamblea Legislativa, con el inconveniente de que al remitir a la Ley Orgánica se consignó el número y fecha de esa Ley. Tal aditamento contraviene las ideas que vimos los redactores de no hacer remisiones a leyes específicas. Así las cosas, cuando se derogue la actual Ley Orgánica del Poder Judicial, el código tendrá una remisión incorrecta. Es' de esperar q e en la nueva Ley Orgánica haya regulación sobre la forna de actuación por medios tecnológicos.

La nueva normativa exige a las partes presentar tantas copias de los escritos y documentos como personas litigantes haya (27.2). Para facilitar la custodia y su agregado al expediente, se dispone que las copias de planos se deben presentar reducidas al tamaño de papel carta.[224] Como consecuencia de la previsión de que, salvo supuestos excepcionales, los tribunales no custodiarán documentos originales (25.2), se establece que de los documentos deberá presentarse una copia más, para que figure en el expediente (27.2).

Para efectos de presentación de copias y para reducir la manipulación de éstas, se instituye una presunción: se considera como una sola persona litigante a los que litiguen unidos y bajo una misma representación (el mismo representante). Con tal disposición, con solo que se entregue un juego de copias al representante de todos, se tiene por notificados a todos los que litiguen unidos y bajo esa representación.

El principio de moralidad y de buena fe en el litigio exige que las copias permitan a la parte contraria ejercer sus derechos procesales, de tal manera que si las copias no se presentan en la forma establecida o si se presentan incompletas, sucias, con borrones, ilegibles o extendidas en retazos de papel, el tribunal deberá ordenar que se presenten como corresponde dentro de tercero día, bajo el apercibimiento de no atender la gestión si no cumpliere.[225] El presentante será el responsable de la exactitud de las copias y no es necesario acompañar copias de libros o folletos·, pero éstos deberán estar a disposición de los litigantes.[226]

***Efectos de los actos procesales de parte***



Las partes realizan actuaciones con la finalidad de constituir, modificar o extinguir derechos y deberes procesales. Así, cuando el actor establece la demanda constituye su derecho de accionar; cuando el demandado presenta la contestación a la demanda ejerce su derecho constitucional de contradicción y su deber procesal de comparecer al proceso. Esos actos procesales tienen ese efecto en forma inmediata, salvo disposición legal en contrario, siempre que se hayan recibido de manera efectiva por el tribunal competente (27.3). En otras palabras, las gestiones presentadas ante otro tribunal,

224 A pesar de la existencia de una disposición similar en el Código Procesal Civil, era común ver expedientes en que, por su tamaño, las copias de los planos y otros documentos se salían de los bordes del expediente, lo que dificultaba su manipulación.

225 Es cuestionable que no se atienda la gestión cuando las copias no sean trascendentes para resolver lo pedido. Por ejemplo, cuando se conteste la demanda y se presenten como prueba copias ilegibles. En ese caso, debió establecerse como sanción la ineficacia, en sentencia, de tales documentos.

226 En algún momento del trámite legislativo se introdujo la frase: “Para la presentación y conservación de copias, se puede utilizar cualquier medio tecnológico”, aditamento innecesario, porque ya existe previsión al respecto en el 24.4. no surten efecto hasta que lleguen al tribunal competente, salvo el caso de existencia de una oficina común de recepción de documentos, que constituye una excepción a la regla. Al decir la norma, salvo disposición legal en contrario; se refiere a supuestos en que la sola presentación de la gestión no tiene efecto inmediato, como por ejemplo cuando se presenta al tribunal una gestión de transacción, en que la misma no surte efecto hasta que sea homologada por el tribunal (52.2). También es un supuesto en que el acto procesal no surte efectos inmediatos, cuando se pide el desistimiento del proceso, gestión que necesita la aprobación del tribunal (56.2).

## ACTOS DEL TRIBUNAL

El nuevo código contiene una sección dedicada a regular, en términos generales, los actos del tribunal. Se trata de disposiciones muy generales, porque la realidad es que en todo el código existen disposiciones específicas dedicadas a establecer todo lo relativo a los actos del tribunal.

Como disposición generalísima, se establece la forma de las resoluciones y actuaciones diciendo que en ellas se identificará al tribunal y se consignará el lugar, la hora, la fecha, el número de expediente, el nombre de los jueces y el número de resolución cuando sea necesario: En cuanto a las resoluciones se dispone que deben ser fundamentadas, claras, precisas, concretas y congruentes con lo solicitado o previsto por la ley (28.1).

La nueva normativa mantiene la regla de la congruencia en las resoluciones, solo que introduce una variante. La congruencia puede estar supeditada a lo solicitado o a lo previsto por la ley. Dicha disposición encuentra sentido, porque en esta normativa el tema de la congruencia de la sentencia, sufre importantes modificaciones. Atendiendo a las nuevas teorías procesales sobre la relatividad de la congruencia, el código tiene algunos supuestos especiales debidamente establecidos, en que el tribunal podrá conceder aspectos no pedidos, como por ejemplo en la adecuación de la sentencia (62.1). En realidad, se trata de una manifestación de las tendencias actuales de suavizar la rigidez de las reglas de la congruencia, con el fin de que las sentencias sean justas y ejecutables.

En cuanto a la firma de las resoluciones, se establecen previsiones dependiendo de si el tribunal es unipersonal o colegiado (28.2). En los tribunales unipersonales, todas las resoluciones deben ser firmadas por la persona juzgadora. Tratándose de órganos colegiado, las providencias las firmará la persona juzgadora informante y los autos y las sentencias deberán firmarlos todos los integrantes. Como ya es costumbre en nuestra legislación, cuando un integrante de un tribunal tuviere algún tipo de imposibilidad para firmar, pero participó en la emisión del voto, se deberá dejar constancia de ello y la resolución se tiene por emitida.



Se dispuso expresamente, que en los procesos que se tramiten por medios tecnológicos, las firmas se realizan según lo disponga la ley o la Corte Suprema de Justicia.[227]

***Las comunicaciones judiciales***

*La mayoría de las legislaciones procesales tienen en su normativa disposiciones que se refieren a las comunicaciones judiciales. Se ha considerado necesario regular la forma en que se comunican los tribunales con sujetos de derecho privado y con otras dependencias de los demás poderes del Estado. Además, se establecen disposiciones en cuanto a la comunicación de los tribunales entre sí y fundamentalmente entre los tribunales y los sujetos procesales. Esas comunicaciones son necesarias, principalmente cuando se requiere información de otras oficinas y para informar a las partes sobre lo que acontece en el proceso.*

*Como es propio de cualquier sistema judicial, al igual que la anterior, 1a nueva normativa no pudo prescindir del auxilio judicial. Con conciencia de que por razones de distancia un tribunal no puede actuar en otros*

227 Este es un aditamento que se agregó en alguna parte del trámite legislativo que es innecesario pues el código tiene las previsiones para la utilización de medios tecnológicos en todos los actos procesales, incluyendo los de parte (24.4). El agregado es confuso, pues la forma de la firma debe estar dispuesto por ley.

*territorios, se mantuvo el auxilio judicial disponiendo que los tribunales deberán prestarse auxilio en las actuaciones que ordenadas por uno, requieran 1a colaboración de otro (29.4).*

*No obstante, dicho auxilio judicial se permite excepcionalmente para actividades donde no se vean involucrados principios fundamentales del nuevo proceso. Por esa razón se prohíbe el auxilio judicial cuando se trata de práctica de prueba o de actos propios de una audiencia que vulneren el principio de inmediación (29.4). En otras palabras, cuando sea necesaria la presencia del tribunal para garantizar una idónea apreciación de los elementos de prueba, no será posible el auxilio judicial.*

*Ese auxilio judicial excepcional, se podrá pedir a cualquier funcionario administrativo que ejerza sus funciones en el territorio de la República.*

*En nuestra legislación anterior, era tradicional la distinción entre suplica- torios, exhortos y mandamientos, como forma de pedir auxilio judicial.[228] La comunicación se denominaba suplicatorio, cuando un inferior se comunicaba con un superior. Cuando la comunicación se daba entre oficinas del mismo rango se denominaba exhorto. Si era de un superior a un inferior o a una autoridad administrativa, se denomina mandamiento. Esa clasificación desaparece en el nuevo código. El concepto suplicatorio se elimina y el término exhorto, solo se encuentra en el artículo 41.4.5 por una inadvertencia legislativa. Siempre que es posible se utiliza el concepto mandamiento.*

***Notificaciones judiciales***

*Para la efectividad de los principios de audiencia y contradicción es indispensable que de todos los actos procesales tengan conocimiento las partes y los intervinientes. Por esa razón es necesaria la existencia de formas de comunicación entre las partes, los intervinientes y el órgano jurisdiccional.*



*Tratándose de resoluciones orales, lo lógico es que se comuniquen oralmente en el acto o audiencia en que se realizan. A ello se refiere la nueva normativa:, cuando dice que la comunicación de las resoluciones dictadas en audiencia se hará en forma oral en el acto y se tendrán por notificad s en ese momento (29.1). La disposición expresa del momento en que se tienen por notificadas es trascendente para el conteo de los plazos y para evitar confusiones.*

*Tratándose de resoluciones escritas, establece el código, que la comunicación se efectuará conforme a lo dispuesto en ]a ley (29.2). Vale la pena advertir, que en Costa Rica existe una Ley especial que regula las notificaciones, denominada "Ley de Notificaciones Judiciales". Esa Ley es aplicable a: las demás jurisdicciones, razón por la cual no se consideró pertinente establecer lo relativo a ese tema en este cuerpo legal.[229]*

*A pesar de que en el tema rige la Ley de Notificaciones, el código sí contempla algunos aspectos mínimos.*

*Se reguló lo relativo a la notificación por edictos. Tal forma de comunicación solo se utilizará cuando la ley expresamente lo permita. Salvo disposición en contrario, la publicación deberá hacerse por una vez y en el Boletín Judicial. Durante la redacción del proyecto se concluyó que una publicación era suficiente. Se discutió mucho sobre la posibilidad de permitir la publicación en un diario de circulación nacional. Se pensó en no tomar partido por ningún diario concreto, como podría ser el boletín judicial o cualquier otro, para dejar abierta la posibilidad de que fuera cualquier diario. Además se pensaba que la publicación en el Boletín*

228 Artículos 186 a 193 del Código Procesal Civil de 1990.

229 Se podría cuestiona que un aspecto tan procesal corno las notificaciones se regulé en una ley especial, sin embargo, en nuestro medio, eso parece una medida prudente, dada la existencia de un régimen de notificaciones que atiende a la idea de ser un servicio común para todas las jurisdicciones.

*Judicial no era conveniente, porque es sabido que ese periódico no ofrece una publicidad fiable, desde que son pocos los ciudadanos que tienen acceso a él. Al final, a pesar de esas observaciones, se dejó Boletín Judicial como es tradicional en nuestra normativa.*

*En Costa Rica, lo relativo a las notificaciones estuvo regulado en el Código Procesal Civil durante mucho tiempo. Actualmente no es así.*

*En la Gaceta No. 20 del 29 de enero de 2009, se publicó la Ley Notificaciones Judiciales, que rige en Costa Rica a partir del primero de marzo de 2009.*[230]

*Se trata de una normativa procesal que introdujo cambios importantes en el sistema de comunicaciones judiciales, modificaciones de indiscutible trascendencia para los usuarios del servicio de justicia y para los operadores del sistema jurisdiccional.*

***Objetivos de la Ley de Notificaciones***

*De la lectura del artículo 1 de la Ley se desprenden con claridad sus objetivos. Ellos son: centralización, especialización funcional, adecuada distribución del trabajo, modernización y eficiencia del servicio.*

*Esa normativa no carece de principios. Podemos encontrar los siguientes:*

*Generalidad: es una legislación aplicable a todas las materias, civil, penal, familia, agrario, laboral, contencioso administrativa. (Art.1. párrafo 2º).*



*Comunicación total: Dispone como regla general, atendiendo al debido pro- ceso, que toda resolución judicial debe notificarse a las partes y a terceros*

*cuando pueda causar perjuicio (Art.2).*

*Comunicación efectiva: Establece una serie de mecanismos con la finalidad de garantizar la efectivi4ad de la comunicación.*

*Colaboración con el usuario: Concede muchas facilidades a los sujetos procesales para que reciban notificaciones.*

*Colaboración del usuario: Como consecuencia del principio de responsabilidad del ciudadano con la administración de justicia, le exige a los usuarios que ayuden al sistema judicial en lo que tiene que ver con los actos de comunicación. (Por ejemplo, devolviendo las notificaciones incorrectas. Art. 55).*

*Responsabilidad del usuario: Le exige a los sujetos procesales, señalar un medio para atender notificaci9 es (Art. 11).*

*Igualdad: Establece normativa protectora de las personas con discapacidad (Art. 5).*

*Modernidad: Permite y propicia la utilización de medios tecnológicos.*

230 Puede verse nuestra obra: “Ley de Notificaciones Judiciales Comentada”, Editorial Juricentro S.A., San José, 2009.

*Facilidad: Facilita la actividad de notificación con diferentes mecanismos. Informalidad: Las notificaciones no están sujetas a formalidades especiales.*

*Eficacia presumida: Se presume que una notificación defectuosa es eficaz, si no se alega la nulidad.*

*Auxilio: Se establece la posibilidad de comisionar para realizar notificaciones (Art. 15 y 16).*

*Plenitud horaria: Todos los días y horas son hábiles para notificar (Art. 17).*

***Facultados para notificar***

*En la legislación procesal de notificaciones, como consecuencia de los principios en que se inspira, se aumentó el número de sujetos que pueden realizar notificaciones. Pueden notificar:*

*El Juez. (Art. 4.3) Lo puede hacer cuando la resolución es escrita y también cuando es oral (1O in fine).*

*El auxiliar judicial autorizado por el Juez. (Art. 4.3)*

*El notificador judicial (Art. 8) (De la OCN o del Tribunal) La policía (Art. 15 se refiere a autoridad competente) Funcionario notificador de la oficina de correos (Art. 26). Cónsul costarricense en el extranjero (Art. 16).*

*Cónsul de una nación amiga (Art. 16).*

*Notario público (Art. 29)*



***Medios para notificar***

*Como mecanismo para facilitar las notificaciones, se establecen muchos medios para realizar este tipo de comunicaciones:*

*En Lugar señalado (Art. 58.2 y 34 in fine). El lugar señalado se refiere a la indicación que hacen las partes para que se les notifique en alguna oficina o casa de habitación que se encuentre dentro del perímetro judicial (líneas imaginarias fijadas por acuerdo de Corte Plena, cercanas al tribunal, que delimitan un radio de acción). La Ley de notificaciones eliminó esta forma de notificación. No obstante atendiendo al tipo de personas que participan*

*en esos procesos y para evitar afectar derechos fundamentales, se prevé la posibilidad de señalar lugar en los procesos de pensiones alimentarias, violencia doméstica y en las materias en que existan disposiciones especiales como en penal.*

*Correo Electrónico (Art. 39)*

*Correo postal (Art. 24)*

*Fax (Art. 47)*

*Casillero (Art. 52)*

*Estrados (Art. 56)*

*Oralmente (10 in fine en audiencia)*

**Formas de notificación**

**Personalmente.** A la persona física directamente (Arts. 19 y 20). Puede ser la parte o el representante de la persona física o jurídica. De esta forma se puede notificar al demandado, la primera resolución de un proceso (emplazamiento).

En el domicilio·:(Art. 21: casa de habitación dé las personas físicas y sede social para las jurídicas). De esta forma se puede notificar al demandado, la primera resolución de un proceso (emplazamiento).

Tipos de domicilio:

Casa de habitación de las personas físicas (Art.21).

Domicilio Electrónico permanente'(Art. 3). .

Domicilio Real. Personas física: Donde ha establecido la sede principal de sus negocios e intereses o el Jugar donde se halle (Art. 60 del Código Civil). Persona Jurídica: lugar donde esté situada su dirección o administración (Art. 61 del Código Civil).



Domicilio Contractual (Art. 22)

Domicilio Social (Art. 20) El que aparece en la escritura constitutiva. (18.1O

Código de Comercio)

Domicilio Registral (Art. 21) Entró a regir 12 meses después de la entrada en vigencia de la Ley (Transitorio II)

En el medio señalado (Art. 34) En el mostrador (Art. 4 in fine) Por edicto (Art. 13 y 14)

**Posibilidades que da la ley a los litigantes para señalar**

Pueden señalar un domicilio electrónico permanente, es decir, una dirección única de correo electrónico para que se les notifique de cualquier proceso en el que deban intervenir (Art. 3).

Pueden señalar dos medios distintos en forma simultánea indicando cuál es principal y cual subsidiario (Art. 36).

Volver al índice

El Estado, las instituciones públicas, las financieras o cualquier persona física o jurídica, puede señalar un único correo electrónico, fax o casillero para. recibir las notificaciones en todos los procesos donde intervienen, radicados en un mismo circuito (Art. 37).

En ausencia de correo electrónico, fax, casillero u otro medio, queda obligada a señalar estrados (Art. 58)

Solo en procesos de violencia doméstica y pensiones alimentarias y penal es posible señalar lugar (Art. 58.2).

**¿A quiénes se les puede entregar- las notificaciones?**

Directamente al destinatario de la notificación (Partes, representantes, curador procesal, o terceros).

A cualquier persona que aparente ser mayor de quince años (Art. 4).

Al encargado de regular la entrada en zonas o edificaciones de acceso restringido (Art. 4).

***Procedimientos de notificación***

**Notificación personal.** Se refiere a la notificación que se entrega personal-mente al destinatario, lo que implica que el funcionario notificador debe identificar a la persona (Art. 8) y entregarle la cédula (copia de la resolución a notificar) (4), con los requisitos que exige la ley (6) y levantar un acta donde se haga constar el acto realizado (Art. 4).



**Notificación en la casa de habitación.** El funcionario notificador se apersona a la casa de habitación de la persona a notificar. Si encuentra al destinatario lo notifica personalmente, si no se encuentra, puede dejar los documentos con cualquier persona que se encuentre en la casa que aparente ser mayor de quince años (Art. 4). Si tiene dificultades para entrar, por ejemplo en un condominio, puede dejar los documentos con la persona encargada de regular la entrada (Art. 4).

**Notificación en el domicilio electrónico permanente**

Toda persona (física o jurídica) puede señalar al Poder Judicial una dirección única de correo electrónico para recibir emplazamientos o resoluciones, en cualquier proceso judicial en que deban intervenir. Esa fijación puede ser modificada o revocada en cualquier momento por el interesado (Art. 3).

**Notificaciones en procesos de intereses de grupo**

Si se afectan intereses .difusos (sujetos de difícil determinación) se notifica por edicto (Art. 13).

Si se trata de sujetos determinados o fácilmente determinables se prevé notificarles mediante publicaciones en los centros de trabajo o en los centros de interés (Art. 13).

Volver al índice

Si no señalan medio, no se les notifica las resoluciones de trámite (Art. 14).

**Notificaciones por comisión**

Tratándose de persona residente fuera del asiento del tribunal, se faculta al tribunal para que remita por vía electrónica la comisión a la parte interesada, quien le agregará las copias y la gestionará ante la autoridad comisionada. La parte es responsable de la autenticidad y veracidad de las copias (Art. 15).

**Notificación a personas jurídicas**

Según el artículo 20 de dicha Ley, hay ocho formas de notificar a las personas jurídicas. Esas formas son: Personalmente al representante, en la casa de habitación del representante, en el domicilio real del representante (60 del Código Civil), en el domicilio contractual, en el domicilio social, en el domicilio real de la persona jurídica (61 C.C.), ¡en el domicilio registra! y con el Agente Residente (18 inciso 13 del Código de Comercio).

Notificación en el domicilio registral (Art. 21)

La Ley de Notificaciones le permite a quienes participan en un proceso señalar un domicilio registral que debe ser la casa de habitación en el caso de las personas físicas o la sede social tratándose de personas jurídicas.



Esa Ley establece la obligación de todas las personas físicas de mantener actualizado su domicilio en el Registro Civil. Igualmente se establece la obligación de las personas jurídicas de mantener actualizado su domicilio en el Registro Público. Se entiende que ello tiene como finalidad que las personas realicen la actualización y que los Registros respectivos asuman y cumplan con lo que la aplicación de esta ley les demanda. Si no es posible practicar la notificación en el domicilio registral por la razón que sea, se procede, sin más trámite, a nombrar un curador procesal (23).

Notificación en el domicilio contractual (Art. 22)

La ley permite y propugna que en todo contrato se establezca un domicilio contractual ante la-posibilidad de que exista un conflicto.

Ese domicilio contractual solo puede ser la casa de habitación de la persona física, el domicilio real de la persona física o el domicilio social o real de la persona jurídica.

La parte está obligada a comunicar el cambio de domicilio (Art. 23) y si no se puede notificar en el lugar señalado, sin más trámite, se nombra curador procesal (Art. 23).

**Curador procesal (Art. 23)**

Procede el nombramiento de curador procesal en los siguientes supuestos: Cuando el domicilio contractual sea ineficaz (Art. 23), cuando el domicilio registral sea ineficaz (Art. 23), en el supuesto de ausencia procesal (Art. 19.4 del CPC)

**Notificación por correo postal certificado**

Si la parte interesada lo pide, es posible ordenar que la primera resolución del proceso (la que debe notificarse personalmente o en la casa de habitación), se notifique a la parte contraria por correo postal certificado, por inter- medio del correo oficial de la República (24). Quien solicita notificar de esa forma debe pagar los gastos (28).

Al correo se envían tres cédulas e notificación originales con la firma del notificador o de la persona que el tribunal designe.

Un ejemplar se agrega al expediente con la constancia de remisión, los otros dos se remiten a la oficina de correos.

El funcionario del correo entrega uno al destinatario y el otro lo devuelve en el plazo de ocho días al tribunal con la constancia de notificación (Art. 25).

Se puede, intentar notificar en forma simultánea en dos lugares y el plazo corre a partir de la primera notificación (Art. 25 in fine).



**Notificación por notario público**

Esta forma de notificación está prevista fundamentalmente para notificaciones que deban practicarse personalmente (Art. 29), pero nada obsta para que otras resoluciones se notifiquen de esa forma. El notario puede actuar fuera de protocolo pero debe hacerlo en papel de seguridad. Tiene que estar habilitado (30) y puede notificar dentro o fuera de Costa Rica (Art. 29). Es requisito que el notario no tenga interés en el proceso (Art. 31).

Quien pretenda que se notifique de esta forma debe comunicar al tribunal, en forma verbal o escrita, el nombre del notario. El Juzgado acepta o rechaza la designación. Si la rechaza debe fundamentar la resolución. Si la acepta le entrega la documentación (Art. 31). En el momento de 1a notificación el notario debe levantar un acta y debe devolver los documentos al juzgado dentro de tercero día (Art. 32). El notario lo paga quien lo contrató y lo pa-gado no constituye costas (Art. 33).

**Notificación por correo electrónico**

Esta forma de notificación está prevista para notificar las resoluciones posteriores (34), es decir, no es posible hacer el emplazamiento por este medio. Si hay documentos de los que se deba entregar copias, éstas no se envía por correo electrónico, pero quedan a disposición de las partes en el tribunal (34).

Volver al índice

Si una persona señala correo electrónico, se le notifica por ese medio independientemente del lugar donde esté el expediente (1ª o 2ª instancia o casación) (34).

La persona queda notificada el día “hábil” siguiente de la transmisión. (38).

Para que se notifique por ese medio, el interesado debe gestionar ante el Poder Judicial, para que se le acredite la cuenta. Lo puede hacer mediante petición verbalmente, por escrito o por correo electrónico. El Poder Judicial hace una prueba y si se confirma la entrega ingresa la cuenta a la lista oficial que podrán consultar todos los tribunales (39).

Cualquier imposibilidad de entrega, se entiende que es responsabilidad de la parte (Art. 41).

En cada tribunal hay un servidor judicial responsable de verificar cuatro veces al día el envío de las notificaciones (Art. 44) y debe llevar un registro de las comunicaciones recibidas (Art. 44).

**Notificación por fax**

Los sujetos procesales pueden señalar un fax para atender notificaciones. Basta indicar el número de fax en un escrito. Por este medio solo se pueden notificar las resoluciones posteriores a la inicial (emplazamiento) (34). Las copias quedan a disposición de las partes (34). Si una persona señala fax, se le notifica por ese medio independientemente del lugar donde esté el expediente (1ª o 2ª instancia o casación) (35). La persona queda notificada el día “hábil” siguiente de la transmisión (38).



Por este medio puede notificar la oficina de notificaciones o el tribunal que cuente con fax (Art. 47). La notificación se acredita con el comprobante que emite el aparato (48). No es necesario que el auxiliar que hace la transmisión esté nombrado como notificador (48). El comprobante no requiere la firma de quien transmite, basta con que conste el nombre (48).

**Notificación por casillero**

Las partes pueden gestionar para que la administración del edificio les asigne un casillero, debidamente numerado, para atender notificaciones. Una vez asignado, pueden señalar ese medio para que se les entreguen las notificaciones.

Tal medio solo sirve para segunda instancia y casación, cuando ambos tribunales tengan el mismo asiento (35). Pueden ser utilizados por cualquier persona física o jurídica (53). La solicitud de autorización para utilizarlos se dirige a la administración del edificio. (53).

Si hay oficina de notificaciones a ésta corresponde depositar las cédulas.

Si no existe oficina de notificaciones lo debe hacer el tribunal que dicta la resolución (52).

El adjudicatario o el autorizado puede retirar notificaciones todos los días

(54) y la persona queda notificada el día “hábil” siguiente al depósito (38).

Después de quince días se recogen las cédulas para su destrucción. (54 ).

Si por error se depositan notificaciones en un casillero que no corresponde, el adjudicatario del casillero, atendiendo a su deber de colaboración con la administración de justicia y para evitar perjuicios, debe devolverlas a la oficina correspondiente (55).

**Notificación en estrados**

Siguiendo a la legislación española, la Ley de Notificaciones habla de estrados. No obstante, la realidad es que las notificaciones se practican mediante la utilización de pizarras. Se entiende por estrados, los lugares públicos destinados para exhibir las listas de procesos con resoluciones para notificar (56).

Ese medio para atender notificaciones, solo sirve para 2ª instancia y casación, cuando ambos tribunales tienen el mismo asiento (35) y es válida la notificación recibida en estrados por la parte, su abogado director o apoderado en el despacho judicial o en la oficina centralizada de notificaciones (4 in fine).

Es competente para practicar notificaciones por estrados la oficina centralizada o el tribunal (57).



Los días martes y jueves se exhiben las listas de procesos con resoluciones para notificar y el destinatario de la notificación (59). La lista indica el número único de expediente, el nombre de las partes y naturaleza del proceso.

(59). Esas listas se imprimen por duplicado y pueden ser consultadas por las partes, los abogados y las personas autorizadas (60). Si una persona re- visa la lista y aparece alguna notificación para ella, el notificador le entrega las cédulas y copias correspondientes, deja constancia y firma con quien la recibe (60).

Si los documentos para notificar no se retiran el día en que se exhiben, se guardan y vencido el plazo para recurrir se destruyen. De ello se deja un registro lacónico. (61)

**Notificación en el mostrador**

Es posible practicar notificaciones en el mostrador del tribunal, cuando una persona que deba ser notificada se presente al tribunal o lo requiera expresamente.

Volver al índice

Tal acto lo puede realizar la persona juzgadora o el auxiliar designado y puede hacerlo a la parte, al abogado director o al apoderado en la oficina judicial. La misma competencia está atribuida a la oficina de notificaciones. (4.pá. 3°).

**Notificaciones a personas con discapacidad**

Tratándose de personas con alguna discapacidad, la Ley de Notificaciones establece previsiones especiales. Se dispone que deben realizarse en forma comprensible y accesible para la persona, considerando el tipo de discapacidad (5). Cuando sea necesario se debe facilitar el servicio de intérprete o los medios tecnológicos que le permitan obtener la información (5). Igualmente, cuando se requiera la cédula debe ir acompañada de un documento en formato accesible de audio, digital, electrónico, braille o cualquier otro (6). Los medios electrónicos; informáticos, telemáticos o de cualquier clase, deben ser accesibles a lo lectores de pantalla para no videntes (12.2).

**Presunción de notificación**

La Ley de notificaciones establece dos mecanismos mediante los cuales se presume que una persona ha sido notificada. Ellos son: la notificación que se tiene por realizada y la mal llamada "notificación automática".

1) Notificación que se tiene por realizada (Art. 1O).

   Se presume que ha sido notificada la persona qué sin haber recibido notificación o recibida de forma irregular se apersone al proceso, independientemente de la naturaleza de su gestión. Si pide la nulidad deberá realizar el acto correspondiente. Los plazos corren a partir de la notificación a todas las partes.

2) Notificación automática (Art. 11).

   La Ley la denomina "notificación automática", pero ni siquiera es notificación y mucho menos auto ática. Se trata de una presunción legal. A la parte que prevenida por el Juez no indique medio para atender notificaciones, las resoluciones posteriores le quedarán notificadas con el solo transcurso de veinticuatro horas de dictadas. Tal disposición aplica incluso para las sentencias.

   También se produce ese efecto, cuando no se haya podido notificar en los medios señalados, después de agotado el medio principal y el subsidiario (Art. 11 y 36).

**Nulidad de notificaciones**

Como si se tratara de un acto procesal especial (algunos consideran que lo es), la Ley de Notificaciones dedica un artículo para hacer referencia a la nulidad de notificaciones. En el artículo 9 se dice que será nula la notificación contraria a lo previsto en la Ley, salvo que la parte se dé por notificada. Señala, además, que en todo caso, la nulidad se decretará solo cuando se le haya causado indefensión y que lo relativo a la fe pública del notificador debe impugnarse en vía incidental. Si se acude a la vía penal, no se suspende el procedimiento.

La regulación de la nulidad de notificación en la misma ley no parece acertada. La notificación es un acto procesal como cualquier otro y la nulidad de ella se rige por las disposiciones generales que regulan ese tema que vimos oportunamente. Cuando se dice que es nula la notificación contraria a lo previsto en la ley, se da a entender que la violación a las formas establecidas tiene como consecuencia la nulidad, lo que no es cierto. En primer lugar no hay nulidad si no se ha declarado. En segundo lugar, solo se produce nulidad, cuando hay actividad procesal defectuosa que tenga como consecuencia indefensión. Desde esa perspectiva, de acuerdo a la doctrina de las nulidades procesales, si el acto aunque defectuoso cumplió su cometido, no hay razón para anularlo. Dichosamente, la misma norma establece, lo que es correcto, que solo se declarará cuando haya indefensión.

## ACTIVIDAD DE EVALUACIÓN

1. ¿Cuál es la clasificación de los actos procesales?
2. Explique los tipos de resoluciones judiciales.

# 2.3. Aspectos generales sobre la sentencia

En los sistemas procesales vigentes en nuestro país, existen particularidades en cuanto a la toma de decisiones de las personas juzgadoras, específicamente, si estas resoluciones son dictadas de forma oral o escrita.

Uno de los actos procesales principales al momento de la toma de decisiones es la emisión de la sentencia, al ser la resolución que resuelve el conflicto, por lo que es importante considerar el dictado de este tipo de resoluciones en un proceso mixto, influenciado por la oralidad.

En su obra relacionada con el dictado de la sentencia en un proceso influenciado por la oralidad, el Dr. Jorge López (2001) nos permite comprender este tema de la siguiente manera:

**2. IMPLICACIONES DEL SISTEMA DE ORALIDAD EN LA SENTENCIA.**

**2. 1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA SENTENCIA.**

*Esta coincidencia en la doctrina, en que la sentencia es un acto procesal, se trata indudablemente de una resolución judicial, es además un acto de decisión, y finalmente es un acto de terminación referido a un proceso de cognición. Se concibe como aquel acto del órgano jurisdiccional es que éste emite su juicio sobre la conformidad de la pretensión de la parte con el derecho objetivo y, en consecuencia, actúa o se niega a actuar esa pretensión, satisfaciéndola en todo caso.[231] […] En definitiva, la sentencia es aquella resolución jurisdiccional mediante la cual termina el proceso y se determina la procedencia o improcedencia de las pretensiones formuladas. Es por esa condición de acto final determinante, que rechazamos, siguiendo a Guasp, la distinción que se formula en la doctrina y en algunas legislaciones entre sentencias definitivas y sentencias interlocutorias,[232] o como las denomina la doctrina alemana, sentencias de fondo y sentencias procesales.[233] Consideramos inadecuada la denominación sentencia, para aquellas resoluciones que no cumplen los presupuestos de ser actos de terminación del proceso, que resuelven sobre el fondo de las pretensiones formuladas, porque nos parece que la contaminación de un concepto para cuya elaboración ha sido necesario el esfuerzo doctrinal de muchos siglos. Si en el procedimiento existen resoluciones importantes, a las cuales se les quiere revestir de ciertas formalidades, parece innecesario que se opte por por denominarlas sentencias, lo correcto sería crear alguna otra denominación clásica de*



231 Guasp, Derecho Procesal Civil, Tomo I, 1998, Ob. Cit. Pág. 477 y 478. Entienden a la sentencia como un acto que emana del órgano jurisdiccional, mediante el cual se decide la causa o punto sometido a su conocimiento, entre otros: Couture, “Fundamentos…”, Ob. Cit., pág. 277.

232 Señala Guasp, con acierto, que las llamadas sentencias interlocutorias, no son realmente tales, sino resoluciones judiciales de otra clase, a las que, por las razones que sea, se les quiere revestir de las modalidades solemnes de una sentencia, como ocurre en el derecho positivo español. Derecho Procesal Civil, Tomo I, 1998, Ob. Cit., pág. 480.

233 La doctrina alemana denomina sentencias de fondo, a aquellas que deciden sobre la pretensión de la demanda y sentencias procesales, a las que sólo deciden sobre cuestiones procesales, en especial sobre la admisibilidad de la demanda. Además se hace la distinción entre sentencias definitivas y sentencias interlocutorias. Definitiva son aquellas contra las que no cabe ningún recurso. Son interlocutorias las que resuelven sobre cuestiones procesales previas que nunca concluyen el procedimiento pero vinculan al tribunal y son recurribles conjuntamente con la sentencia. Leible, Proceso Civil Alemán, Ob. Cit., pág. 322 a 324.

Volver al índice

*providencias y autos o la de autos con carácter de sentencia a la que ya se hizo referencia en líneas precedentes.*

*En relación con la naturaleza jurídica de la sentencia, señala la doctrina que durante el siglo XVIII y en la primera mitad del siglo XIX, ésta era concebida como la ley del caso concreto. Se entendía que entre la ley y la sentencia sólo existía una diferencia de extensión pero no de contenido, que la sentencia no creaba ninguna nueva norma jurídica, sino que se limitaba a declarar la vigencia de una norma legal. Todo ello se recogía en la frase consignada en El Espíritu de las Leyes, que el juez no es sino la boca que pronuncia las palabras de la ley. Posteriormente se consideró que entre la ley y la sentencia existían diferencias de contenido y de carácter intrínsecos derivados de la función de una y otra, lo que trajo como consecuencia que posteriormente se dijera que la ley y la sentencia son mandatos distintos del orden jurídico; la primera mandato original y la segunda mandato complementario.*[234]

*Para Guasp, la naturaleza jurídica de la sentencia se presenta como algo típico, explicable sólo en términos procesales y no mudables a categorías ajenas. En su criterio, no es un supuesto de producción del derecho, no es lex specialis y tampoco es simple aplicación de la ley al caso concreto, su esencia constituye en eser la actuación o denegación de la actuación de una pretensión de cognición.*[235]

## 2. 2. LA FORMACIÓN INTERNA DE LA SENTENCIA.

*Consideramos oportuno, lógicamente sin pretensiones de exhaustividad por ser ello innecesario en el estado actual de la doctrina procesal, hacer referencia en este momento al razonamiento que ha de seguir el juez, para tomar la decisión mediante la cual da solución a la controversia. La doctrina que se ha ocupado de este tema, ha precisado, los pasos que debe seguir el juez en esa actividad.*



*Para Morón Palomino, lo primero que debe hacer es la fijación de los hechos, en segundo lugar el hallazgo de la norma jurídica que justifica el fallo o decisión del conflicto y finalmente debe hacer la calificación jurídica de los hechos para su posible subsunción en la norma.*[236] *Para Cortés Domínguez, el razonamiento lógico de un juez no puede empezar por el hecho, pues ello significaría una labor inmensa para poder llegar más tarde a la conclusión de que o bien el hecho no entra en el supuesto de hecho de la norma, o que la norma tal como ha sido planteada la demanda no existe.*[237]

*Para Montero Aroca, en primer lugar el juez debe determinar, en abstracto, la existencia de la consecuencia jurídica pedida; posteriormente, buscar, en concreto, la existencia de los hechos afirmados; posteriormente, realizar la subsunción de los hechos en la norma jurídica; y, finalmente, buscar la consecuencia jurídica.*[238]

*La determinación en abstracto de la existencia de la consecuencia jurídica pedida, implica precisar si en el ordenamiento jurídico en general, se encuentra amparada la pretensión*

234 Couture, Fundamentos del derecho procesal civil, Ob. Cit., pág. 305 a 307. Para este autor, en todas esas ideas existe la noción común de que la sentencia constituye un proceso de individualización, de especificación y de actuación de la norma legal.
235 Guasp, Derecho Procesal Civil, Tomo I, 1998, Ob. Cit., pág. 480.
236 Morón Palomino, Derecho Procesal Civil, Ob. Cit., págs. 328 a 330.
237 Cortés Domínguez, et. Al., Derecho Procesal Civil, 1997, Ob. Cit., pág. 304.
238 Montero Aroca, et. Al., Derecho Jurisdiccional II, Ob. Cit., págs. 344 a 347.

*del actor; porque de no ser así, lo procedente es rechazarla sin continuar el razonamiento. La búsqueda en concreto de la consecuencia jurídica solicitada, significa cuestionarse si existiendo concordancia entre los hechos (suponiendo que sean ciertos) y lo pedido por el actor, esa pretensión es amparable por el ordenamiento jurídico. La determinación de la existencia de los hechos afirmados, obliga a verificar cuales de esos hechos por verdaderos o por estar amparados a una presunción de verdad, sustentan o no las pretensiones formuladas. Para ello, debe hacerse una valoración de los hechos alegados y una valoración e interpretación de las pruebas aportadas. La subsunción de los hechos en la norma jurídica, exige determinar si esos hechos constituyen el supuesto que la norma regula. Por último, establecida la concordancia entre los hechos reales y la previsión contenida en la norma, debe el juez establecer la consecuencia jurídica.*[239]

*Desde nuestro punto de vista, la formación interna de la sentencia, tal como se estudia en la doctrina que se analiza, constituye básicamente el razonamiento que debe seguir el juez enesa labor, sin embargo, ello no significa, como lógicamente no podría serlo, que en todo caso deba seguirse ese orden. La necesidad de determinar en primer lugar y en términos generales la consecuencia jurídica pedida, por ejemplo, puede depender de la preparación del juez y de su experiencia, de tal manera que habrá casos en que esa determinación inmediata sea innecesaria, como podría serlo alguna de las demás operaciones que debe realizar.*

*Partiendo de que la sentencia tiene, sin duda, una lógica que le es particular y que no puede hallarse ausente de ella, pero su proceso intelectual no es pura operación lógica, porque hay en ella muchas circunstancias ajenas al simple silogismo, podemos concluir que es más bien frente a cada caso concreto, que el juez debe decidir si su razonamiento debe comenzar por la significación del asunto, o por el análisis de los hechos sobre los cuales se basa la litis.*[240]



*Indiscutiblemente lo mas importantes de la operación mental que debe realizar el juez en la formación interna de la sentencia, no es la forma en que esta se realice, sino e que esa operación se dé realmente, porque de esos razonamientos se derivan los motivos que dan lugar a la decisión del juzgador. Una vez realizada esa operación mental y encontrados aquellos motivos que sustenten la decisión, no basta con que el juez exprese únicamente la solución, es necesario, que externe ese razonamiento para que el justiciable tenga conocimiento de los motivos por los cuales su pretensión fue admitida o rechazada. Eso es lo que se denomina motivación de la sentencia que, aunque se manifiesta de alguna manera en la estructura externa de ésta, su nacimiento está en el juicio lógico que debe realizar el juez. La motivación de la sentencia, exige expresar las razones de hecho y de derecho, que sustentan la decisión del juez, como una manera de fiscalizar su actividad intelectual frente al caso, a los efectos de comprobar que su decisión es un acto reflexivo, un acto discrecional de su voluntad autoritaria, de tal manera que si ésta no existiera, se privaría a las partes de su elemental derecho de fiscalizar la reflexión del juez.*[241]

## 2. 3. LA ESTRUCTURA EXTERNA DE LA SENTENCIA.

*Por estructura externa de la sentencia, entendemos la forma en que ésta se manifiesta al exterior, es decir, la forma que adquiere cuando se pone en condiciones de ser visualizada por aquellos que no han intervenido en su creación.*

239 Montero Aroca, et. Al., Derecho Jurisdiccional II, Ob. Cit., págs. 344 a 347.
240 Couture, Fundamentos del derecho procesal civil, Ob. Cit., págs. 280 a 282.
241 Couture, Fundamentos del derecho procesal civil, Ob. Cit., pág. 286.

*Esa estructura, establecida previamente por el legislador, obedece a una determinada concepción de lo que debe ser la sentencia. Por lo general, tiende a garantizar que su formación interna se realice, conforme a la concepción de sentencia que se tiene. A ello obedeció posiblemente, que durante siglos los tribunales no tuvieran necesidad de motivarlas, e incluso, se llego a prohibir expresamente la motivación,[242] y a ello obedece actualmente, que cada una de las legislaciones establezca una estructura externa de sentencia diferente,[243] aunque en general todas tienden a una misma concepción.*

*En términos generales, con más o menos variantes, puede decirse que las legislaciones actuales, establecen como requisitos de la sentencia los siguientes: a) el lugar, la hora, la fecha,el tribunal y la identificación de las partes; b) una relación sucinta de los hechos litigiosos y de la posición asumida por ambas partes; c) relación de los hechos que se han tenido por demostrados; d) exposición de las razones jurídicas y de hecho de la decisión; d) una parte dispositiva.*

*Esa estructura, similar en la mayoría de las legislaciones, pretende garantizar que el juez que dicta la sentencia, entre otros aspectos, revise su competencia, determine la legitimación de las partes, penetre en el conflicto a la hora de hacer la relación sucinta de los hechos litigioso y de la posición asumida por las partes. La necesidad de indicar en el fallo los hechos que se han tenido por demostrados, implica no sólo revisar, interpretar y valorar la prueba, sino, hacer una ponderación legal del valor asignado a ésta y de aquellos hechos que por disposición legal carecen de la necesidad de demostración, como los hechos notorios, evidentes o amparados en una presunción. La exposición de las razones jurídicas y de hecho de la decisión, obliga al juez a hacer una relación, una elaboración mental, que le permita determinar en base a que normativa y a qué hechos es posible admitir o rechazar la pretensión. Finalmente, la existencia de una parte dispositiva, le obliga a tomar una decisión, que obviamente debe ser concordante con lo pedido por las partes y con el resto de la elaboración mental y realizada.*

*Desde nuestra perspectiva, no concebimos actualmente un sistema procesal en el cual, en la sentencia el juez no esté obligado a realizar una relación de hechos probados,[244] como tampoco sería aceptable que al externar los fundamentos de la sentencia, se limite a expresar que realizada una valoración conjunta de la prueba, tomo esta o aquella decisión. Esa valoración conjunta de la prueba, tal como lo señala la doctrina es una clara manifestación de l falta de motivación de la sentencia en cuanto que, en realidad, la valoración conjunta*



242 Por Real Cédula de 23 de junio de 1778, Carlos III prohibió a la audiencia y a los demás jueces de Mallorca la práctica que hasta ahora entonces observaban de motivar las sentencias. Garriga, Carlos y Lorente, Marta, El Juez y la Ley: La motivación de las sentencias (Castilla, 1489-España 1855), en <<La vinculación del Juez a la Ley>>, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N 1, 1997, Madrid, Librería del BOE, 1997, pág. 101.

243 En Alemania, con el fin de garantizar su uniformidad y facilitar la tarea de los tribunales de apelación, las sentencias, en el orden que se indica, tiene la siguiente estructura: El titular del órgano que lo dicta (en nombre del pueblo); denominación de las partes, representantes y apoderados; denominación del tribunal, mención del día en que se concluyó, la deliberación oral, la parte dispositiva (denominada tenor), que contiene la decisión. Leible, Procesal Civil Alemán, Ob. Cit., págs. 331 y 332.

244 En España a partir de la promulgación de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial, la práctica, la jurisprudencia y alguna doctrina admite que la LOPJ derogó el artículo 372 de la LEC de 1881, y que por ello no es necesario hacer una relación de hechos probados en las sentencias civiles. La LEC de 2001, ha terminado con esa discusión, al exigir en su artículo 209.2 la obligación de consignar hechos probados

*equivale normalmente a una falta de determinación de los motivos concretos que han llevado al órgano judicial a la valoración de certeza de unos determinados hechos.*[245]

*Finalmente, debe decirse que para atender al fin de la estructura externa de la sentencia, que es satisfacer el derecho y la necesidad de fiscalización de la reflexión del juez, es necesario que ésta se exprese con claridad, a fin de que quienes acuden en búsqueda de una solución jurisdic- cional, entiendan los términos de la decisión y no suceda como muchas veces, en que no es posible saber si la pretensión fue acogida o no o, en el peor de los casos, no se sabe que fue lo que el juez concedió, lo que presenta no pocos inconvenientes cuando se trata de ejecutar la sentencia. Ello implica, preparación del juez y cuidado en la terminología.*[246]

## 2. 4. LA SENTENCIA EN LOS PROCESOS INFLUENCIADOS POR LA ORALIDAD.

*En la teoría general del derecho procesal relativa a la sentencia, el análisis desde el punto devista de un proceso escrito, ha debido enfrentarse a los temas brevemente recordados aquí, de la concepción de la sentencia, de su naturaleza jurídica, de su formación interna, de su estructura externa y de otros que no nos ha parecido conveniente tratar, como por ejemplo, el de la congruencia, el de la clasificación y el de los efectos de las sentencias. Esta teoría, hace referencia a los inconvenientes que presenta la realización de esta función esencial de la actividad jurisdiccional que es la de juzgar y la dificultades que implica plasmar esa decisión en la sentencia. Parece conveniente ahora, intentar determinar si la oralidad tiene alguna influencia en relación con la sentencia, principalmente en cuanto a su formación interna y a su estructura externa y si esa influencia permite afirmar, tal como ya lo ha hecho alguna doctrina, que las sentencias en los procesos orales son diferentes a las de los procesos escritos, tanto en su estructura como en el razonamiento jurídico.*[247]



### *2.4.1. LA FORMACIÓN INTERNA DE LA SENTENCIA EN LOS PROCESOS INFLUENCIADOS POR LA ORALIDAD.*

*La formación interna de la sentencia en un proceso influenciado por la oralidad, no puede ser diferente de la formación de cualquier otra sentencia, según la concepción que expusimos en el momento correspondiente. En ambos casos es necesario determinar, en abstracto, la existencia de la consecuencia jurídica pedida, buscar en concreto esa consecuencia jurídica, verificar la prueba de los hechos afirmados, realizar la subsunción de los hechos en la norma jurídica y, finalmente, determinar la consecuencia jurídica. En otras palabras, desde un punto*

245 Cortés Domínguez, et. Al., Derecho Procesal Civil, 1997, Ob. Cit., pág. 307. Para este autor, en España, la corruptela de la valoración conjunta de la prueba ha sido elevada a doctrina jurisprudencial.

246 Respecto a la práctica jurisdiccional española, dice la doctrina: <<La sentencia como obra literaria es una realidad que decepciona notablemente. Yo dudo mucho que un lego en Derecho sea capaz de leer más allá de unos, muy pocos renglones. Para un profesional avezado, la lectura es sumamente difícil, y siempre la inteligencia de aquello que lee, muy confusa. A veces incluso, confesémoslo sin rubor, imposible. Son varias las causas de esta confusión y de esta dificultad. La primera de ellas es de orden gramatical y procede del pie forzado de los gerundios –resultandos y considerandos- que la Ley de Enjuiciamiento Civil impone a la técnica de redacción de las sentencias. La segunda causa radica en la falta, la mayor parte de las veces, de un resumen cuidado y claro de la historia que se está debatiendo. La tercera causa estriba en la falta de cuidado del estilo literario>>. Diez-Picazzo, Luis, Estudios de Jurisprudencia Civil, Volumen I, Madrid, Edit. Técnos, 1973, pág. 9.

247 Al respecto la doctrina señala: <<Porque estas sentencias en los procesos de conocimiento orales son diferentes a las de los procesos escritos. Tanto en su estructura como en el razonamiento jurídico>>. Zeledón, Salvemos la Justicia, Ob. Cit., pág. 105.

*de vista cuantitativo y cualitativo, el juez debe hacer el mismo razonamiento tanto para dictar sentencia en un proceso influenciado por la oralidad, que para un proceso influenciado por la escritura. Obviamente, en cada caso el juez debe decidir el orden en que razona acerca de la solución del conflicto, siendo lo más importante que ese razonamiento se realice y que éste se externe fielmente, para que las partes conozcan aquellos pensamientos que motivaron la decisión. Eso es lo que la doctrina procesal conoce como motivación, que no es otra cosa que exponer a las partes el razonamiento del juez.*[248]

*En la formación interna de la sentencia, la única diferencia que es posible encontrar entre el sistema procesal de la oralidad y el de la escritura, es que en la oralidad, como consecuencia de la inmediación y del necesario debate que con ella se propicia, el juez va a realizar con mayor facilidad y fiabilidad la verificación de los hechos afirmados y subsunción de los hechos en la norma. Ese es un aspecto que es sólo una consecuencia del sistema de la oralidad, que no modifica en nada la formación interna del fallo y que por tanto no permite decir que la sentencia sea diferente en uno u otro sistema.*

### *2.4.2. LA ESTRUCTURA EXTERNA DE LA SENTENCIA EN LOS PROCESOS INFLUENCIADOS POR LA ORALIDAD.*

*El estudio de la estructura externa de la sentencia en los procesos influenciados por la oralidad, requiere analizar, en primer lugar, si esa resolución debe necesariamente emitirse en forma oral, es decir, si obligatoriamente debe dictarse de esa forma aunque se emita al final de una audiencia o varios días después. Nos preguntamos, si será ineludible el señalamiento de hora y fecha para que el juez pronuncie la sentencia oralmente; sea que se limite a leer la parte dispositiva que ya tiene escrita o a leerla en forma íntegra. Igualmente, si es conveniente establecer en la ley, que si el juez dicta la sentencia por escrito, es decir, no realiza el acto formal y público de pronunciar la sentencia de viva voz, ésta sea ineficaz o nula, independientemente de las sanciones disciplinarias que procedan contra los jueces.*[249]



*Lo que nos preguntamos tiene indiscutibles repercusiones prácticas, porque si se estableciera que es obligatorio que el juez civil dicte la sentencia en forma oral, sería necesaria una nueva audiencia, varios días después de aquella en que finalizó la sentencia. Eso tendría indiscutible influencia en la organización del trabajo en la oficina judicial.*

*Entendemos que la necesidad del pronunciamiento oral de la sentencia, se extrae del principio de publicidad, que tal como lo vimos en el capítulo I, es uno de los principios fundamentales que*

248 El razonamiento es propio de la formación interna de la sentencia, mismo que se manifiesta en el esfuerzo mental que realiza el juez, pero también es propio de la estructura externa, porque de nada serviría que el juez haya realizado un gran esfuerzo mental, si este no es perceptible al externar el pronunciamiento.

249 Un sistema así existe en la legislación procesal penal de Costa Rica. El Código Procesal Penal, Ley N. 7594 de 10 de abril de 1996, en vigor a partir del 1 de enero de 1998, basado en la oralidad, en su artículo 364, en lo que nos interesa, establece: <<La sentencia será redactada y firmada inmediatamente después de la deliberación. Enseguida, el Tribunal se constituirá nuevamente en la Sala de Audiencias después de ser convocadas verbalmente las partes. El documento será leído en voz alta por el secretario ante quienes comparezcan… Cuando por la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora sea necesario deferir la redacción de la sentencia, en esa oportunidad se leerá tan solo su parte dispositiva y uno de los jueces relatará sintéticamente, al público, los fundamentos que motivaron la decisión; así mismo, anunciará el día y la hora para la lectura integral, la que se llevará a cabo en el plazo máximo de los cinco días posteriores al pronunciamiento de la parte dispositiva. La sentencia quedará notificada con la lectura integral, y las partes recibirán copia de ella>>

*integran al de la oralidad. Si ello es así, parecería indiscutible, que en n proceso influenciado por la oralidad la sentencia deba pronunciarse de esa forma.*

*A pesar de ello, cabría cuestionarse si con una disposición de esa naturaleza, se está llevando a los extremos al principio de publicidad. Nosotros creemos que la respuesta a esa interrogante, debe ser positiva. El principio de publicidad, exige que la causa sea vista públicamente, es decir, que el debate se realice ante la presencia del público para que exista la posibilidad de fiscali- zación de la actividad de los jueces. Una vez terminado el debate, la sentencia es una actividad exclusiva del juez, de tal manera que en su emisión ninguna intervención tienen aquellos que no son parte en el proceso, lo que se nota claramente en todas las legislaciones al disponer el secreto de las votaciones. El principio de publicidad no solo se satisface publicando las resoluciones oralmente, se hace realidad evitando el secreto de las actuaciones. En esa tesitura, para quien presenció el debate y quiera conocer la decisión, bastará con que tenga la posibilidad de recibir información al respecto. Desde esa perspectiva, parece viva voz y que para ello implica tiempo y actividad del órgano jurisdiccional, necesarios para otros menesteres. El pronuncia- miento de la sentencia a viva voz, es sólo una forma de notificación, de tal manera que para ello podrían utilizarse otros medios que ofrezcan mayores posibilidades.[250] La tesis que sostenemos, la consideramos rubricada por la mayoría de los sistemas procesales influenciados por la oralidad. De acuerdo a la concepción que se tiene en la mayoría de las legislaciones, en los procesos influenciados por la oralidad no es estrictamente necesario que la sentencia se dicte en forma oral.[251] En la legislación española, ninguno de los procesos influenciados por la oralidad,[252] tiene una exigencia de esa naturaleza o por lo menos ello no se desprende de las disposiciones que lo regulan. En algunos de ellos sólo se establece el dictado de la sentencia en forma oral, como una posibilidad, estableciendo además la obligación de su documentación.*



*La Ley de Enjuiciamiento Criminal española (794) establece que el juez de lo penal podrá dictar sentencia oralmente en el acto del juicio, documentándose el fallo mediante la fe del secretario o en anexo el acta, sin perjuicio de la ulterior redacción de aquella. La Ley de Procedimientos Laborales (50) dispones que el juez en el momento de terminar el juicio, podrá dictar sentencia de viva voz.*

*En los demás procesos influenciados por la oralidad que existen en la legislación española, ni siquiera se prevé la posibilidad de que la sentencia se dicte en forma oral, aunque no se prohíbe de forma expresa, como sí lo hace ahora, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española 1/2000, que en su artículo 209.3 establece que en ningún caso se dictaran oralmente sentencias en los procesos civiles.[253]*

250 En la justicia civil es conocido que las partes no gustan de asistir a las audiencias fundamentales, como son las de práctica de pruebas. Si ello es así, parece bastante gravoso que tengan que asistir nuevamente solo para oír el pronunciamiento del juez.

251 En Alemania la publicación de la sentencia se realiza mediante una lectura pública de la parte dispositiva, pero la lectura de los fundamentos de la sentencia, que desde luego debe existir redactados por escrito, queda a discreción del Tribunal. Leible. Proceso Civil Alemán, Ob. Cit., pág. 330.

252 En la legislación de España, pueden considerarse procesos influenciados por la oralidad los siguientes: El proceso abreviado de la Ley Reguladora Jurisdicción Contencioso Administrativa; el proceso ordinario laboral; los procesos verbal, cognición y menor cuantía de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881; el proceso ordinario y verbal de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.

253 Debe criticarse dicha disposición, en cuanto podría significar que se descarta cualquier posibilidad de que el juez dicte sentencia inmediatamente en el audiencia, salvo que la traiga redactada, lo que parece inconveniente.

*Consideremos, que el dictado de la sentencia en forma oral, es una posibilidad que debe dejarse establecida en la legislación procesal, no como forma obligatoria, sino facultativa, a discreción del órgano juzgador. es innegable, la práctica lo confirma y el sistema de la oralidad lo propicia, que en muchos casos, después de terminada la audiencia, sea por la escasa entidad del aspecto debatido o por la aceptación de las partes, el juez se encontrará en la posibilidad de dictar sentencia en forma inmediata, lo cual se debe permitir, por el ahorro de recursos que ello implica. Nada se opone, a que finalizada la audiencia se pronuncie la parte dispositiva en forma íntegra, para lo cual no es necesario señalar una nueva audiencia, sino que ésta notificación puede hacerse mediante copia de la sentencia documentada. A pesar de los cuestionamientos que podrían hacerse, en el sentido de que ya tenía hecha la sentencia antes de la audiencia final, que su fundamentación es insuficiente o que la decisión se tomó con ligereza, no se debería descartar la posibilidad de que el juez haga pública la totalidad de la sentencia al final de la última audiencia. Después de muchos años de experiencia en el enjuiciamiento en el sistema de la oralidad, es previsible la existencia de excelentes jueces, que sean capaces de dictar sentencias completas debidamente fundamentadas en forma oral, sin perjuicio de su inmediata o posterior documentación. Igualmente, con el fin de acentuar la colaboración de las partes con la administración de justicia, es conveniente establecer la posibilidad de que una vez dictada la parte dispositiva del fallo, las partes renuncien a los fundamentos de las decisión cuando estén conformes con la sentencia.*[254]

*En aquellos supuestos en que el juez no considere prudente tomar una decisión al final de la última audiencia, parece admisible, tal como se establece en la mayoría de las legislaciones influenciadas por la oralidad, que en un plazo relativamente corto, el juez emita la sentencia en forma escrita,*[255] *con notificación a las partes mediante copia, sin que sea necesario para ello una audiencia oral. Cuando la sentencia se formule en forma escrita, ninguna duda cabe que debe cumplir una estructura externa que cumpla con los requisitos de identificación de las partes, relación de hechos litigiosos, hechos probados, consideraciones fácticas y jurídicas, y una parte dispositiva.*

*Establecida la posibilidad de que la sentencia se dicte oralmente, cabe preguntarnos cuáles son los requisitos que debe cumplir el fallo, cuando se formule oralmente. Caben dos posibilidades; que sólo emita de esa forma la parte dispositiva*[256] *o que la dicte en forma completa. En ambos casos debe cumplir una estructura externa que refleje una formación interna, en la cual se haya tomado en cuenta la legitimación de las partes, la posición adoptada por éstas en cuanto a la litis, el análisis de los hechos alegados, la determinación de los hechos probados*[257] *y de las consideraciones jurídicas realizadas. En todo caso consideremos*



254 Ello está permitido en la ZPO alemana (313 a párr. 1 oración 2). Leible. Proceso Civil Alemán, Ob. Cit., pág. 333.

255 Así lo dispone el artículo 203 del Código General del Proceso de Uruguay.

256 Cuando pensamos en el dictado de solo la parte dispositiva, suponemos un breve receso en la audiencia en el cual el juez se retire a formular una parte dispositiva congruente, concreta, clara y detallada, que posteriormente leerá a los presentes y documentaré en el acta de la audiencia. Lo entendemos así por el tecnicismo que caracteriza al derecho civil.

257 Cuando nos referimos a hechos probados, no aludimos solamente a su determinación, sino a su influencia en la decisión. En nuestro concepto, la relación de hechos probados es consustancial a la sentencia, desde que el justiciable debe tener conocimiento exacto de aquellos hechos que motivaron la decisión. Si ello es fundamental en el sistema escrito, con mayor razón lo es en el sistema de la oralidad, que además ofrece mayores facilidades. Causa extrañeza la aversión que se tiene a la relación de hechos probados, cuando es sabido que estos facilitan la labor del juez, ayudan al entendimiento del fallo y facilitan el análisis e las demás instancias.

*necesaria una parte dispositiva clara, concreta, detallada y pormenorizada,[258] tal como se dispone en el proceso civil alemán, en el que, a pesar de estar influenciado por la oralidad, se exige que el denominado tenor, o parte dispositiva del fallo, se formule con exactitud, pues constituye la base de la ejecución.[259]*

*En cuanto a los hechos que se tienen por probados, es necesario y no encontramos razón para que sea de otra forma, que se haga una referencia directa a la forma de cómo se probó o se dejo de probar cada hecho específico y a los criterios de valoración utilizados.[260]*

*Cuando la sentencia se dicte al final de la audiencia, en forma completa y oralmente, es necesario que esté completamente documentada.[261] Lo que consideramos fundamentalmente, es que la sentencia, en la forma y en los términos en que fue pronunciada, quede debidamente documentada para un examen posterior detallado, sea por las partes o por un órgano superior en caso de recurso.*

*En términos generales y a manera de conclusión en relación con este tema, todo lo anterior nos permite sustentar, que las sentencias en los procesos influenciados por la oralidad, no son diferentes a las de los procesos influenciados por la escritura, ni en su formación interna, ni en su estructura".*

*Comprender el texto anterior en el ejercicio actual de la jurisdicción es trascendental, en virtud del moderno avance procesal que gira en torno a la aplicación de un sistema procesal que involucra los principios fundamentales de la oralidad: inmediación y concentración.*

*El autor nos ha guiado hacia una formulación de estructuras de la más importante toma de decisión en un proceso, como lo es la sentencia en un sistema con esos principios. Encontramos consideraciones que pueden tener diferencias con la forma clásica del modelo procesal de escritura, al cual nos hemos acostumbrado históricamente, en especial en la materia civil y nos han permitido entender que, en el sistema procesal oral, la posibilidad de la sentencia dictada en esta forma al concluir la fase de audiencia, se convierte en una herramienta ágil y eficaz. Sin embargo, para su utilización la persona juzgadora requiere de una serie de competencias y conocimientos para los cuales debe prepararse.*



258 Estamos en desacuerdo con doctrina que considera, que en la sentencia en el sistema de la oralidad la parte dispositiva no requiere ser detallada y pormenorizada. Zeledón, Salvemos la Justicia, Ob. Cit., pág. 105.

259 Leible, Proceso Civil Alemán, Ob. Cit., pág. 332.

260 Alguna doctrina, refiriéndose a la sentencia en los procesos influenciados por la oralidad, señala: <<los hechos probados y no probados derivan de la libre valoración del elemento probatorio verificado por el Tribunal al evacuar la totalidad de las probanzas. La configuración de esos hechos son (sic) consecuencia de la relación de inmediatez y de la convicción del órgano jurisdiccional. No necesitan una referencia directa a la forma de cómo se probo, o dejo de probar, cada hecho especifico. Ni a los criterios de valoración utilizados. Pero en todos los casos debe justificarse su racionalidad>>. Zeledón, Salvemos la Justicia, Ob. Cit., pág. 105.

261 Documentar la sentencia no ofrece mayores inconvenientes si el órgano jurisdiccional hace un receso y se retira a dictar sentencia, momento en el cual puede hacer el documento. Tampoco debe olvidarse que la nueva tecnología permite la posibilidad de que un ordenador documente lo que se manifiesta de viva voz.

**ACTIVIDAD DE EVALUACIÓN:**

¿Considera usted que debe mantenerse la formación interna y externa de una sentencia cuando se dicta de forma oral o escrita? Justifique su respuesta

¿Se debe variar la forma o algún requisito de una resolución interlocutoria escrita a otra dictada dentro de una audiencia oral? Explique

# Bibliografía

LOPEZ GONZÁLEZ, Jorge Alberto (2001). Teoría general sobre el principio de oralidad en el proceso civil. San José. Costa Rica.

LOPEZ GONZÁLEZ, Jorge Alberto (2017). Curso de Derecho Procesal Civil Costarricense. Tomo I.

MENDOCA, Daniel (2008). Aplicación de normas y resolución de casos. En: Jueces y Derecho. Problemas contemporáneos. México D.F. Editorial Porrúa. Pp.277 – 299.

# Unidad III

## Actividad procesal defectuosa y medios de impugnación de las resoluciones judiciales

- Actividad procesal defectuosa
- Medios de impugnación de las resoluciones judiciales

# Breve introducción

En esta tercera unidad, se desarrollará todo lo relacionado a la actividad procesal defectuosa, la subsanación, la conservación de los actos procesales y la procedencia e improcedencia de las nulidades procesales.

Por otro lado, se pretende analizar los diferentes medios de impugnación con que cuentan las partes dentro de los procesos judiciales, considerando los aspectos generales, los tipos de recursos y la demanda de revisión.

**Objetivos específicos**

- Identificar los defectos de los actos procesales para evitar su nulidad.
- Analizar los aspectos básicos de los medios de impugnación para su aplicación dentro de un proceso judicial.

# 3.1. Actividad procesal defectuosa



Las resoluciones judiciales son actos procesales que tienen la particularidad de que son emitidos, exclusivamente, por la persona juzgadora, sin que formalmente intervengan otros sujetos procesales en su elaboración y formación. Como todo acto procesal, la resolución judicial podría contener errores en su producción, por lo que –ante esta eventualidad– se debe someter al régimen de la actividad procesal defectuosa.

El sistema moderno de la actividad procesal defectuosa tiene una serie de particularidades que procuran la puesta en marcha de una serie de principios que la rigen y que definen si es necesario o no decretar la nulidad de una resolución judicial, o únicamente convalidar o subsanar el vicio.

Estos principios se resumen en:

**El principio de especificidad:** No se decreta una nulidad por causa no prevista en la ley (pasde nullité sans texte; esto es “no hay nulidad sin texto”). Pero como la ley no puede prever todas las situaciones, existen complementos a este principio:

**Nulidades implícitas:** Cuando el acto carece de requisitos indispensables para obtener su fin o se violan requisitos esenciales para el acto.

**Nulidades virtuales:** Cuando se viola una ley imperativa.

**El principio de instrumentalidad de las formas:** La nulidad no puede decretarse cuando el acto procesal haya logrado su finalidad, de lo que surge la llamada doctrina del finalismo que se traduce en el hecho de que, si un acto se verificó contra las normas procesales, es válido si cumplió el fin.

**El principio de trascendencia:** No existe nulidad sin perjuicio (pas de nullité sans grief). Esto significa que la nulidad debe ser decretada cuando ha causado un perjuicio a la parte, cuando ha existido indefensión, por ejemplo.

**El principio de convalidación:** Todos los vicios son convalidados por el consentimiento (expreso o tácito) de quien podía invocarlos. Pero, ¿qué pasa con los vicios insalvables? Nos preguntamos con ello si ¿existe la teoría de los actos inexistentes?, para lo cual partimos de estos conceptos:

**El acto inexistente:** Este acto no puede concebirse como acto por falta de uno de los requisitos necesarios e indispensa bles para su existencia misma.

La diferencia con la nulidad es que, en el caso de la actividad nula, no se desconoce su existencia hasta tanto se declare su nulidad.

**El principio de protección:** No es posible alegar o invocar una nulidad cometida o inducida por uno mismo; es decir, por propia torpeza.



**El principio de preclusión:** Quien hace la gestión luego de causado el vicio no puede alegar la nulidad de un acto procesal, con lo cual se presume que los actos anteriores que eran defectuosos están subsanados.

**El principio de conservación de los actos procesales:** Se conservan los actos posteriores al vicio que provoca la nulidad, si este vicio no los afecta. Esto tiene los siguientes conceptos:

- La nulidad de los actos no implica la de los actos precedentes que son independientes.
- La nulidad de una parte del acto no afectará las demás partes del mismo acto que son independientes.
- Cuando el vicio impida un efecto determinado, el acto puede producir los demás efectos para lo que es idóneo.

Con estos principios destacados, de acuerdo con el Dr. Jorge López González (2008), en su obra Nulidades procesales, podemos resumir las actuales particularidades del tema de la actividad procesal defectuosa y la nulidad procesal.

Tomando en consideración las siguientes aclaraciones: en cuanto a lo indicado en el punto 3, es necesario mencionar que, para la fecha en la que se redactó la obra antes mencionada, la Ley 9342, Código Procesal Civil, no se encontraba vigente, sino hasta octubre de 2018. En relación con el punto 13, específicamente en cuanto al ejemplo, se aclara que este supuesto está regulado en el artículo 72.2, párrafo 2° del Código Procesal Civil.

**Las nulidades procesales.**

Nuestra posición, siguiendo a la doctrina procesal estudiada, es que la teoría de las nulidades del derecho civil, no es trasladable en su integridad al derecho procesal, el que, como adelantamos en su momento, se rige por principios especiales, atendiendo a la estructura y a la función del proceso. A continuación vamos a señalar una serie de razones que sustenta lo que señala la doctrina procesal y lo que decimos aquí:

1.- La nulidad es una sanción en sentido amplio. En sentido amplio, porque es ubicable más bien en el campo de las cargas[262] y el de las consecuencias que derivan del no cumplimiento de la conducta establecida.

2.- El formalismo en el proceso tiene un sentido trascendente y no meramente vacío. Las formas (o el formalismo que es lo mismo) que el legislador exige para el proceso, constituyen garantías para los derechos de los ciudadanos.[263] Las formas establecidas en el proceso tienen como finalidad última brindar seguridad jurídica; no obstante, el simple apartamiento de las formas no tiene como consecuencia la nulidad. Hoy se escuchan voces satanizando el formalismo. Algunos jueces son calificados negativamente como formalistas y otros se autodenominan antiformalistas, sin tener una conciencia clara de la finalidad de las formas. Incluso, hay quienes, no tanto por mala fe, sino por ignorancia, imputan ese “delito” de formalistas a los procesalistas, desconociendo que nadie que pueda ser calificado con un verdadero procesalista propiciaría el formalismo vacio e inútil. Con esto del antiformalismo del que se habla muy a menudo, hay que tener mucho cuidado. Ya no se discute en la doctrina el fin público que tiene el proceso, en virtud de lo cual el legislador impone la forma de realización de los actos procesales. Precisamente, estas formas, que suponen fueron debidamente estudiadas al redactar las normas procesales, tienen como finalidad garantizar la seguridad jurídica y en definitiva el debido proceso, de tal manera que cuando no se cumple, hay muchas posibilidades de que se incline la balanza en perjuicio de una de las partes. Esto tiene parangón con una competencia deportiva, perdonen el símil. Cuando el árbitro al inicio del proceso expulsa a un jugador importante, y saca tarjeta amarilla a muchos de los jugadores de uno de los equipos, produce una afectación que redundará en el resultado final, como si un



262 Recordemos que la diferencia entre carga y obligación, es que en la carga las consecuencias negativas repercuten sobre el mismo que incumplió su deber, por ejemplo la carga de probar; mientras que en las obligaciones las consecuencias negativas recaen sobre una persona diferente al que incumple, por ejemplo, la obligación alimentaria.

263 Ya lo decía Ihering: “enemiga a muerte de lo arbitrario, la forma es la hermana gemela de la libertad”. LEspiritdu droit Romaní, T. III, pág 184. Citado por Quiroga Lavie, Humberto, “La Formación del Derecho Procesal Organizacional”, 1998, pág. 52.

juez rechazara en forma indebida una prueba determinante. Lógicamente hay que despojarse de la idea de minimizar el procedimiento, olvidando que durante el camino se puede labrar una injusticia, que al final el Juez o la Jueza se limitará a declarar.

3.- El aumento de los poderes del juez. Esa tendencia, parte de un aumento de la confianza en la judicatura, pues, en cuanto es posible, se permite que el juez siga un procedimiento genéricamente establecido. Por ejemplo, en el proyecto de Código Procesal Civil, el proceso genérico será incidental. Se dispone que toda controversia que surja durante el proceso, seguirá el procedimiento incidental. Manifestación de esa libre realización de la formas en que las legislaciones modernas permiten al Juez "inventar procedimientos", siempre que se garantice el principio de contradicción.[264]

4.- En la evolución del Derecho Procesal, en los últimos tiempos, se tiende a una reducción de las formas. Se proclama la reducción de los actos procesales. Cada vez es mayor la tendencia a crear procesos con menos actos procesales y con menos actos formales.

5.- La doctrina procesal reconoce la existencia de las denominadas "nulidades implícitas". Por esa vía se elimina la necesidad de que el legislador señale expresamente las causales de nulidad.

6.- En derecho procesal, la preocupación del legislador, que debe ser la de los operadores del derecho, es fijar los límites, de modo que las nulidades no sean utilizadas como medios para violar los deberes. El ejemplo clásico de una conducta con esa finalidad es la del demandado que no contesta porque fue relativamente mal notificado, a pesar del conocimiento que tiene del proceso y cuando ya el procedimiento está avanzado alega la nulidad para tratar de retrotraerlo y dilatar la solución del conflicto.



7.- En el derecho procesal, la nulidad se produce por un error in procedendo. Es decir, la nulidad se produce por errores de procedimiento no por errores al resolver sobre el fondo de lo pedido. Si hay errores in iudicando no procede la nulidad, sino el establecimiento de recursos.

8.- En derecho procesal se parte de la idea de que el proceso es un conjunto de actos indepen- dientes casi todos entre sí. Tal idea tiene trascendencia desde la perspectiva del principio de comunicabilidad de los efectos del acto nulo, en cuanto, excepcionalmente un acto nulo acarrea de los otros.

9.- El derecho procesal, más que los grados del defecto, interesa cuál es el objetivo viciado.[265]

264 El principio de contradicción se hace realidad cuando se le da a las partes la oportunidad de intervenir en los actos del proceso, independientemente de que lo haga o no.

265 Véscovi, Enrique, Manual de Dreceho Procesal, Actualizado según el Código Procesal General, 3era Ed., Ediciones Idea, Montevideo, 1994, pág. 340.

10.- En derecho procesal, la nulidad procesal debe alegarse y declararse en el mismo proceso en que se causaron. Eso tiene como consecuencia que la alegación de nulidades fuera del proceso se entienda como excepcional y en supuestos especiales graves.

11.- En derecho procesal, no hay nulidad sin resolución que la declare. Eso tiene como consecuencia que mientras no se declare la nulidad, el acto surte efectos.

12.- En derecho procesal se parte de la base de que las nulidades debe ser alegadas por la parte afectada y no pueden ser declaradas de oficio por el juez. Se parte de la presunción de que si la parte afectada o potencialmente afectada no lo hizo, renunció a invocarlas.

13.- En derecho procesal no existen nulidades absolutas, por lo menos, no como la entiende la doctrina. Aún admitiéndolas, dice la doctrina, son convalidables y hasta que no se declaren, el acto posee todos sus efectos. Nuestra legislación contiene un ejemplo claro que sustenta esta idea y es la forma en que se regula la revisión. En supuestos excepcionalmente graves, como los que están establecidos como causales de revisión hay un plazo para interponer la demanda (mal llamada recurso) y se elimina esa posibilidad transcurridos diez años desde la fecha de la sentencia firme que hubiere podido motivarlo (Artículo 620 del Código Procesal Civil). Es decir, hasta el defecto más grave, (que pudiera dar lugar a nulidad absoluta) es convalidable.



14.- En derecho procesal, solo es admisible la nulidad, cuando se ha causado indefensión. La indefensión se produce solo excepcionalmente, cuando la parte no ejerció el derecho de contradicción porque no se le dio, ni tuvo oportunidad de hacerlo.

15.- La doctrina procesal tiene establecido unánimemente, que no hay nulidad sin perjuicio, denominado “principio de trascendencia”. Ello es consecuencia del carácter no formalista del Derecho Procesal moderno, que entiende la nulidad como un mecanismo para la salvaguardia de los derechos de las partes.

16.- No es posible declarar nulidad, si pese al derecho cumplió su finalidad (Principio de Finalidad).

17.- Todas las nulidades procesales pueden ser convalidadas.[266] Esta convalidación se puede dar por ratificación expresa o tácita. Es expresa cuando existe manifestación expresa de quien pudo cuestionarlo, de que se mantenga el acto a pesar del defecto. Es tácita cuando, quien pudo impugnarlo no lo hizo, pudiendo hacerlo. Las nulidades procesales a diferencia de las civiles, se subsanan más que por el transcurso del tiempo, por la continuación del procedimiento y por el sistema de preclusiones que impide retroceder a las etapas ya concluidas.

266 Véscovi, Enrique, Manual de Dreceho Procesal, Actualizado según el Código Procesal General, 3era Ed., Ediciones Idea, Montevideo, 1994, pág. 340.

18.- En derecho procesal, la nulidad se enfrenta al principio de la cosa juzgada. De aquí surge la tendencia en el Derecho Procesal, que proclama la definitividad de las sentencias, en función de la certeza del Derecho, la Seguridad y la Paz. Por esta vía, se concluye que la sentencia tiene como consecuencia, en principio, la preclusión de todas las impugna- ciones, de tal manera que con la sentencia, cualquier actividad procesal defectuosa se subsana, se convalida. La convalidación de las nulidades procesales se produce al final del proceso, con la sentencia, como un efecto de la cosa juzgada.[267]" Sin duda, el texto del Dr. López González nos permite visualizar una nueva formulación del tema de la actividad procesal defectuosa, no como un simple remedio procesal, sino como una herramienta eficaz para controlar la actividad procesal y dirigirla hacia mejores rumbos, teniendo claras las propias finalidades de conservación y prosecución del proceso y que únicamente cuando se han afectado derechos fundamentales, imposibles de revertir, debemos actuar invalidando definitivamente la actuación procesal.

En este tema, el derecho procesal moderno ha manifestado su histórica función de servir de instrumento para la efectiva aplicación del derecho material o de fondo, pues implica que, tomando este parámetro necesario, la norma procesal debe ser únicamente guía y no obstáculo en esa misión.

Sin duda, el texto del Dr. López González nos permite visualizar una nueva formulación del tema de la actividad procesal defectuosa, no como un simple remedio procesal, sino como una herramienta eficaz para controlar la actividad procesal y dirigirla hacia mejores rumbos, teniendo claras las propias finalidades de conservación y prosecución del proceso y que únicamente cuando se han afectado derechos fundamentales, imposibles de revertir, debemos actuar invalidando definitivamente la actuación procesal.

En este tema, el derecho procesal moderno ha manifestado su histórica función de servir de instrumento para la efectiva aplicación del derecho material o de fondo, pues implica que, tomando este parámetro necesario, la norma procesal debe ser únicamente guía y no obstáculo en esa misión.



## ACTIVIDAD DE EVALUACIÓN

Tomando las legislaciones procesales penal y civil, haga un esquema comparativo de la forma en que se aplican los principios y las particularidades esbozados en esta sección y en cada una de esas legislaciones,.Ejemplifique con casos concretos.

267 Véscovi, Enrique, Manual de Dreceho Procesal, Actualizado según el Código Procesal General, 3era Ed., Ediciones Idea, Montevideo, 1994, pág. 340.

# 3.2. Medios de impugnación de las resoluciones judiciales

De la misma forma en que las resoluciones judiciales, como actos procesales, pueden tener vicios que ameritan la intervención de los fundamentos de la actividad procesal defectuosa, también pueden contener decisiones no acertadas que ameriten su corrección sustancial, según lo resuelto.

De acuerdo con la clasificación, las decisiones judiciales pueden ser revisadas por medio de los llamados recursos, los cuales son medios de impugnación que las partes pueden interponer conforme a una determinada formalidad, con el objetivo de que la propia persona juzgadora que ha dictado la resolución o una de mayor jerarquía revise lo resuelto, porque considera que no ha sido dictado conforme a derecho.

La siguiente lectura del autor Jorge López González nos permitirá comprender los diferentes medios de impugnación existentes:

Desde la óptica del proceso entendemos por medios de impugnación, aquellos instrumentos legales puestos a disposición de los sujetos legitimados, para intentar la modificación o anulación de las resoluciones judiciales.[268] Tienen como fin proteger a quienes litigan, frente el poder de los tribunales y frente a la innegable falibilidad humana. La razón de su existencia la encontramos en la necesidad de evitar la justicia por mano propia, brindando a quienes intervienen en un proceso, una presunción de que acudiendo a los órganos jurisdiccionales obtendrán resoluciones acertadas. Por ello se dice que los medios de impugnación no sirven únicamente al interés de las partes, sino al interés general que se sustenta en la presunción de un sistema jurídico eficaz. Los medios de impugnación refuerzan la certeza de la decisión, al obligar al tribunal a extremar las precauciones en el momento de emitir un pronunciamiento y en mayor o menor medida, brindan seguridad jurídica general con motivo de la jurisprudencia.



Aparte de las señaladas ventajas que los medios de impugnación tienen para un sistema judicial, se señalan como desventajas que ocasionan costas adicionales, aumentan el trabajo de los tribunales, demoran la conclusión de los procedimientos y promueven la desconfianza pública en la administración de justicia, debido principalmente a la reiteración de decisiones contradictorias en diversas instancias.[269] Debido a esas ventajas y desventajas, se puede decir, que el problema de la configuración del sistema de impugnación ha sido históricamente el de armonizar la seguridad jurídica con la celeridad en la tramitación de los procesos.

De acuerdo con la doctrina, medios de impugnación es lo genérico. Dentro de los medios de impugnación encontramos los recursos, los incidentes y las demandas.[270] Los incidentes (de

268 Montero Aroca, Juan, et. al, Derecho Jurisdiccional JI (Proceso Civil. Conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil) , 9ª ed., Valencia, Edit. Tirant lo blanch, 2000, págs. 396 y 397.

269 En ese sentido: Leible, Proceso Civil Alemán, Ob. Cit., págs. 380 y 381.

270 La doctrina distingue entre medios de impugnación en sentido amplio y medios de impugnación en sentido estricto o verdaderos recursos. Morón Palomino,"Derecho Procesal Civil...", Ob. Cit., pág. 352.

nulidad, por ejemplo) y las demandas (revisión, por ejemplo), son medios de impugnación que no entran en la categoría de recursos.

Solo se denomina recursos a los instrumentos legales puestos a disposición de las partes para impugnar resoluciones y resoluciones que no han adquirido firmeza. En definitiva, solo tienen la categoría de recursos, aquellos medios de impugnación previstos para cuestionar resoluciones que no están firmes (revocatoria, apelación y casación).

Por el órgano competente para conocer, se distingue entre recursos devolutivos, que son aquellos, como el de apelación, en los que el examen lo realiza un órgano distinto y superior y, no devolutivos, también denominados remedios, en que el segundo examen lo realiza el mismo órgano que dictó la resolución impugnada. Los recursos se clasifican a su vez en ordinarios y extraordinarios. Los ordinarios (revocatoria y apelación) a diferencia de los extraordinarios (casación), no tienen establecidos numerus clausus los motivos que condicionan su admisión, ni tienen delimitado por ley el marco de los poderes del superior.[271]

Doctrinariamente, existen dos sistemas de impugnación claramente diferenciados; el de doble instancia y el de única instancia, aunque ambos coexisten en la mayoría de los ordenamientos.

## EL SISTEMA DE DOBLE INSTANCIA

El doble grado de la jurisdicción o doble instancia, nace cuando se distingue entre el órgano que dicta la sentencia y el poder del que emana la justicia.



Si el poder de la justicia emanaba del soberano, lo lógico era pensar que las decisiones de aquellos en quienes se delegaba su ejercicio no siempre eran justas, lo que obligó a propiciar y admitir un recurso a te el rey. Así, la búsqueda de una justicia superior, más favorable, determina el nacimiento de la denominada doble instancia.[272]

Entendemos que nos encontramos ante un sistema de doble instancia, cuyo ejemplo típico es el denominado recurso de apelación, cuando existe posibilidad que mediante la impugnación de las resoluciones dictadas por los tribunales de primera instancia, éstas sean revisadas por tribunales de una instancia superior.[273]

Este sistema, no sólo propició e hizo necesaria la introducción de la escritura. en los procesos jurisdiccionales, sino que, su funcionamiento se encuentra estrechamente ligado a esa forma de comunicación. En los sistemas procesales escritos, la doble instancia tiene la importantísima función

271 Montero Aroca, et. al, Derecho Jurisdiccional1/,.Ob. Cit., pág. 396 a 402.

272 Cortés Domínguez, Valentín, et.al., Derecho Procesal Civil, 2°ed., Madrid, Edit. Co-lex, 1997, pág. 337.

273 Aunque no es ese el sentido que le damos en el análisis que estamos realizando aquí, debe recordarse que desde un punto de vista estrictamente técnico, no todo recurso de apelación abre la segunda instancia. Apelación, es el recurso que en algunos casos abre la segunda instancia; y, segunda instancia es el segundo conocimiento del asunto cuando éste versa sobre el fondo resuelto en la primera instancia ya terminada. La segunda instancia sólo se abre cuando el recurso de apelación se admite contra una sentencia definitiva de fondo. Bonet Navarro, Angel, Los Recursos en el Proceso Civil, «Colección Ley de Enjuiciamiento Civil 2000» Ignacio Díez-Picazo Giménez (Coordinador), Madrid, Edit. La Ley, 2000, pág. 97 a 100.

de suplir las deficiencias que existen cuando los hechos y las pruebas se aprecian basándose en las actas y en los escritos. La extracción de la verdad material a través de la lectura de un voluminoso expediente escrito, a cuya formación el tribunal que dicta la sentencia generalmente no ha contribuido, implica una ardua labor de interpretación y de análisis que excede la capacidad de una sola persona, lo que justifica que varias revisen lo resuelto.

Al día de hoy, la doctrina no es pacífica en cuanto a la conveniencia o no de la segunda instancia. Quienes se decantan por este sistema, se sustentan en que la posibilidad de interposición de recursos no sólo sirve a los intereses de las partes, sino también al interés general de un sistema jurídico eficaz y, además, en que ese sistema sirve para seguridad de una jurisprudencia uniforme, evitando que el derecho sea inabarcable y disperso.[274]

A pesar de esas manifestaciones a favor de la segunda instancia, ya desde hace mucho tiempo se han venido señalando sus inconvenientes, entre los que ocupa lugar preponderante, el constituir una de las fundamentales causas de retraso en la tramitación de los procesos, principalmente cuando las legislaciones facilitan excesivamente el acceso al recurso de apelación y cuando ésta implica un nuevo examen del litigo, con aportación de nuevas alegaciones y pruebas.[275] En relación con las excesivas posibilidades de recurso, el principal inconveniente se presenta cuando se permite la inmediata apelabilidad de las decisiones interlocutorias, lo que ofrece a la parte interesada en dilatar el proceso, amplios poderes para paralizar su marcha, fragmentándolo y alargando su tramitación.[276]

Con el fin de disminuir los efectos nocivos de la segunda instancia, las legislaciones procesales debieron tomar medidas que posteriormente se adoptarían casi a nivel mundial. Frente al inconveniente que presentaba el nuevo examen del litigio en segunda instancia, en la legislación procesal civil austríaca se adoptó la solución de reducir el examen al de la sentencia dictada por el tribunal de primera instancia, con lo cual se introdujo la concentración en el tratamiento del fondo del asunto, estableciendo la obligación de alegar los hechos y las pruebas en la primera instancia.[277] Esa solución, desde nuestro punto de vista admisible, marcó la tendencia evolutiva que desde hace muchos años se observa en la familia procesal del civil law, de restringir la admisibilidad de nuevos materiales en apelación, y la de atenuar, por tanto, aquella desvalorización del juicio de primer grado, característica de esos sistemas procesales.[278]



En cuanto a la excesiva posibilidad de apelación inmediata de las cuestiones interlocutorias, la solución adoptada fue la de limitar las posibilidades en ese sentido, estableciendo, como norma general, que las decisiones de trámite sólo serían apelables conjuntamente con la sentencia definitiva.[279]

274 Leible, El proceso civil alemán, Ob. _Cit., pág. 380.

275 En el. sistema procesal civil alemán, se pem1ite en segunda instancia el análisis del fallo de primera instancia desde el punto de vista fáctico y jurídico, con el inconveniente para la celeridad del proceso, que éste es sustanciado nuevamente en segunda instancia. Leible, El proceso civil alemán, Ob. Cit., pág. 382.

276 Cappelletti, La oralidad y las pruebas..., Ob. Cit., pág. 29.

277 Fairén Guillén, Víctor, Estudios de Derecho Procesal, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1955, pág. 312.

278 Cappelletti, La oralidad y las pruebas..., Ob. Cit., pág. 26.

279 Manifestación de esa corriente de pensamiento es el proceso civil alemán actual, donde las únicas resoluciones interlocutorias susceptibles de apelación son aquellas que decidan sobre la admisibilidad de la demanda. Las

## EL SISTEMA DE ÚNICA INSTANCIA

El sistema de impugnación de única instancia, podría ser erróneamente en- tendido, como aquel que no permite recurso contra las resoluciones dicta- das. Decimos que erróneamente, porque en ese caso no estaríamos ante un sistema de impugnación, sino, ante uno de no impugnación. El otro sentido en que podría ser entendido, es aquel, en el que, a pesar de que se permite impugnar un pronunciamiento jurisdiccional, con el fin de lograr su modificación o desaparición, la revisión de la resolución la realiza el mismo tribunal que la emitió. Ejemplo típico es el denominado recurso de revocatoria, también denominado en algunos sistemas reposición.

Igualmente, podría entenderse, también erróneamente, como sistema de única instancia aquel en el cual las resoluciones interlocutorias sólo pueden acceder a la doble instancia, mediante el recurso que en ese sentido se inter- ponga contra 1a sentencia definitiva. Desde ese punto de vista, es evidente, que en ese caso no nos encontraríamos ante un supuesto de única instancia, sino, de doble instancia, aunque diferida, limitada momentáneamente.

Fijando nuestra posición al respecto, debemos decir, que en un proceso sería de única instancia, únicamente cuando las resoluciones que se dicten sólo sean revisables por el tribunal que las dictó. A contrario sensu; cuando también es posible que sean revisadas por una instancia superior, sólo que en otro momento, estaríamos ante el sistema de doble instancia, sólo que diferida. Desde nuestra perspectiva, un sistema de única instancia sólo es aquel, en el que ni las resoluciones interlocutorias ni las sentencias son revisables en una segunda instancia.



El denominado sistema de única instancia, que se ha adoptado incluso en nuestro país,562 presenta ventajas y desventajas. Como inconveniente, se dice que atenta contra el fin esencial que tiene asignada la doble instancia, que es proteger a las partes del poder y de la falibilidad de los tribunales. Igualmente, podría promover la desconfianza pública en la justicia, debido principalmente a la infinidad decisiones contradictorias en diversos tribunales. Como ventajas, se dice que disminuye considerablemente las costas adicionales, reduce el trabajo de los tribunales y acelera el procedimiento.

## EL SISTEMA DE IMPUGNACIÓN EN LOS PROCESOS INFLUENCIADOS POR LA ORALIDAD

Establecida nuestra posición, acerca de lo que entendemos como única y doble instancia, debemos ahora enfocar el análisis hacia el tema del sistema de impugnación en los procesos influenciado por la oralidad, partiendo de la necesidad de encontrar un sistema que sea acorde con los principios y fines de este sistema procesal.

---

demás resoluciones, en cuanto sean recurribles, sólo podrán ser apeladas con la sentencia definitiva. (203 y 280 de la ZPO). Leible, Proceso Civil Alemán, Ob. Cit., pág. 397. En la legislación Española, el artículo 61 del decreto de 21 de noviembre de 1952, que regula el denominado juicio de cognición, establece que los recursos de reposición sólo serán admisibles en la fase declarativa del juicio cuando la resolución impugnada impida la continuación del juicio. En las demás resoluciones o acuerdos, sólo podrá la parte consignar su protesta para hacer valer su derecho al apelar de la sentencia definitiva.

El problema fundamental en la concepción de un sistema de impugnación, es lograr la armonía entre la seguridad jurídica, que es el fin esencial de la administración de justicia y la necesidad de una justicia eficaz en cuanto a su celeridad.

Tal como lo reconoce la doctrina, el establecimiento de un sistema u otro es una .cuestión de política legislativa, por cuanto la doble instancia en materia civil, ni es un principio procesal, ni es un derecho fundamental que se encuentre garantizado por la normativa internacional de derechos humanos, o desde el punto de vista constitucional. A pesar de ello, al igual que toda la legislación procesal, el método de impugnación debe cumplir una finalidad, dependiendo de las necesidades y de los fines que se persigan en el proceso, lo que resulta un tema de insoslayable análisis cuando se trata del paso de un sistema escrito a uno oral. Desde el punto de vista de la oralidad, el análisis del sistema de impugnación debe hacerse a partir de su adecuación a los principios de inmediación y concentración.

El principio de concentración, entendido como aquel que propende a reunir toda la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos para evitar la dispersión y contribuir a la aceleración del proceso, también tiene implicaciones en el sistema de impugnación. Por ello, sería impensable un sistema procesal en el que exista posibilidad de establecer recursos devolutivos contra las resoluciones interlocutorias dictadas en una audiencia oral, que permita la impugnación de las resoluciones con posterioridad a la audiencia, que consienta la interposición de recursos inmotivados, o admita que con el recurso se formulen nuevas alegaciones y se ofrezcan nuevas pruebas.

En un sistema influenciado por la oralidad, el proceso se tramita en audiencias, donde cada una de las partes realiza las peticiones, alegaciones y recursos que la ley le permite. Consecuentemente, el tribunal dicta resoluciones en forma fundamentalmente oral y contra ellas debe existir la posibilidad de establecer las impugnaciones que garanticen el debido proceso. No obstan-te, esas impugnaciones no pueden tener como efecto que la audiencia oral deba suspenderse para que un órgano superior se pronuncie sobre el aspecto impugnado. De ser así, las audiencias serían interminables ante las innumerables suspensiones que provocarían las impugnaciones.



Para evitar esos inconvenientes, las legislaciones sustentadas en la oralidad recurren al establecimiento de recursos no devolutivos (revocatoria) y al ya mencionado de reiterar el recurso (protesta) al recurrir de la sentencia final. Con ello se produce la concentración del examen de los aspectos impugna-dos en un solo momento, con lo que se garantiza la concentración del proceso. Ese sistema de recurso concentrado, denominado de apelación diferida, no establece un momento posterior para recurrir de una resolución dictada en la audiencia, sino que la protesta debe hacerse en el acto, bajo sanción de inadmisión si se hace posteriormente y, además, debe reproducirse al apelar de la sentencia definitiva. Este tipo de apelación, presenta el inconveniente, que si se acoge el recurso y se admite la existencia de un vicio en el procedimiento, es necesario retrotraer todo el trámite; con los efectos negativos correspondientes, no sólo en tiempo perdido, sino probablemente, por la pérdida de pruebas irrepetibles, en caso de que se declare la nulidad. Tratándose de la admisión de prueba, una de las soluciones que ofrece la doctrina es que el tribunal de segunda instancia reciba la que admita cuando acoja una apelación diferida.[280] En relación con los vicios

280 Berizonte, Roberto Ornar, Observaciones al Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Inadmisibilidad de la prueba, apelación con sustanciación diferida y recurso de casación, «XII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal», Ministerio de Justicia, (Mérida, 5 a 11 de mayo de 1990) 11 Volumen, Ob.

en el procedimiento, lo que corresponde es estructurar un sistema de nulidades cuya declaratoria sea excepcional y en el cual se prevea la posibilidad de subsanación de defectos procesales en segunda instancia.[281] Sin embargo, con ello no se eliminan los inconvenientes que se presentan en aquellos supuestos en que el vicio es insubsanable, para lo cual, la única solución es un sistema procesal armónico, en que todos los intervinientes, incluyendo al tribunal, vigilen celosamente el procedimiento.

*El principio de concentración exige que los recursos sean suficientemente motivados en el momento de su interposición, porque de esa forma se facilita no sólo a resolución inmediata de la impugnación, sino también, que a parte contraria que está presente en la audiencia, conozca los motivos de la impugnación y emita un pronunciamiento, que podría eventualmente ayudar a la decisión del tribunal.*

*Igualmente necesario, para la concentración del procedimiento, es la restricción a la formulación de nuevas alegaciones y pruebas en los recursos, por-que de lo contrario los procesos serían interminables. Precisamente, uno de los principales inconvenientes que tenía el proceso civil austríaco antes de la reforma protagonizada por Klein en 1895, era que aceptaba ampliamente la admisibilidad de nuevas alegaciones y pruebas en la segunda instancia. Klein, determinó que el examen del proceso en apelación debía reducirse al de la sentencia dictada por el tribunal inferior, con lo cual introdujo la concentración en el trámite de la segunda instancia. Ello, obviamente, se sustentaba en una buena documentación de lo actuado en la primera instancia, con lo cual se simplifica la apelación.[282] En aquellos supuestos en que sea posible aportar nuevas alegaciones y pruebas, es indispensable que éstas, sean formuladas en el momento o escrito en que se formula el recurso, para disminuir la tramitación y darle celeridad al procedimiento.*

*Tratándose del sistema de la oralidad, en que por el principio de inmediación el tribunal debe tener contacto directo con los elementos del proceso, 1a doble instancia encuentra menos justificación y salvo por constituir una garantía frente a los errores del tribunal, es si se quiere problemática. Representa un grave inconveniente para la seguridad jurídica, porque el tribunal de primera instancia resuelve con base en lo visto y oído en la audiencia oral, pero el superior no puede tener esa misma cercanía*



*Eso significa que para que el tribunal ad quem resuelva respetando el principio de inmediación es necesario reproducir todo el juicio en la segunda instancia,[283] porque si emite un pronunciamiento tomando en consideración los hechos que sustentaron la resolución de primera instancia, sin tener un contacto directo con los elementos de juicio, no sólo se vulnera el principio de inmediación, sino que significa una burla al sistema sustentado en la oralidad.[284]*

*Es por eso por lo que se ha llegado a decir, que tratándose de procesos influenciados por la oralidad, debe regir el sistema de la única instancia.[285] En principio, el de única instancia parece un sistema no sólo viable,*

Cit., pág. 1649 a 1651.

281 Véase la regulación contenida en la LEC española 1/2000, arts. 459 y 465.

282 Fairén, Estudios..., Ob. Cit., pág. 312.

283 Tal como sucede en el proceso civil alemán, en que el proceso es sustanciado nueva-mente en segunda instancia. Leíble, El proceso civil alemán, Ob. Cit., pág. 382.

284 Este es un aspecto, que ha sido objeto de crítica en relación con la legislación procesal española, donde una de las deficiencias del sistema, es que el tribunal de apelación juzga a través de unos autos y de una impresión personal que otro juez ha recibido. Prieto-Castro, “Trabajos y orientaciones….”, Ob. Cit., pág. 220.

285 Consecuencia asimismo de la inmediación es que el desarrollo del proceso se lleva a cabo en una sola instancia, desenvolviéndose totalmente en una primera y única etapa procedimental; y esto ha de ser así, por cuanto una ulterior instancia requiere, lógicamente un órgano jurisdiccional distinto que ya no podrá recibir, de manera directa y personal, el material de conocimiento que se formó en la primera». Montón, Iniciación..., Ob. Cit., pág. 95.

*sino económico, sin embargo, presenta el inconveniente, de que no resuelve el problema de la falibilidad humana, aspecto que una legislación procesal que se precie de moderna, no puede dejar sin solución. Es cierto que el establecimiento del sistema de la oralidad, implica de por sí, una limitación al recurso de apelación, cuya primera manifestación, según se vio anterior-mente, es la llamada apelación diferida tratándose de las cuestiones interlocutorias.[286] Pero tratándose de la sentencia, no parece admisible un sistema procesal en el cual no exista una segunda oportunidad de revisión.*

*Es evidente, que la segunda instancia desentona con los principios de la oralidad, por la razón fundamental, de que sólo el tribunal que ha estado en relación inmediata con las pruebas es quien tiene los suficientes elementos para valorarlas. En una segunda instancia, tal como se dijo anteriormente, para que el superior haga una correcta apreciación (interpretación y valoración) de la prueba, sería necesario reproducir todo el juicio, lo que atentaría contra la celeridad, que precisamente se pretende conseguir con la oralidad. Es debido a esa problemática, que alguna doctrina propone limitar el cono-cimiento en la segunda instancia a las cuestiones de derecho, sin embargo, esa solución podría objetarse diciendo que es contraria a los ideales del sistema de la oralidad, dado que le da preponderancia al derecho que al hecho, cuando precisamente ese sistema está estructurado hacia la humanización de la justicia.*

*El problema permanece latente, porque frente a un error del tribunal en la apreciación de los hechos, el justiciable quedaría desprotegido, salvo, que se establezca la presunción de que los tribunales nunca extraerán conclusiones erróneas de los elementos probatorios, lo que es irreal.*

## UN SISTEMA DE IMPUGNACIÓN CONCORDANTE CON LOS PRINCIPIOS DE LA ORALIDAD

*La cuestión fundamental del sistema de impugnación en los procesos influenciados por la oralidad, aparte de atender a los fines del principio de concentración, está en la búsqueda de un sistema que proteja a los justiciables de la falibilidad humana: es decir, de los errores de hecho o de derecho que se cometan en el enjuiciamiento. Desde la perspectiva del principio de inmediación, lo deseable, es que ningún órgano que no haya tenido contacto directo e inmediato con los medios de prueba practicados con inmediación, conozca de esos hechos en segunda instancia. La apreciación de la prueba por un órgano jurisdiccional diferente a aquel que practicó la prueba disminuye los efectos positivos de la inmediación. Se trata como lo ha señalado la doctrina, de estructurar mejor y tomar más justo el juicio de primer grado, que es el único que puede efectivamente colocar al tribunal en contacto directo y personal con las partes y con los hechos de la causa y asegurar así a las partes una justicia más rápida y más humana.[287]*

*La doble instancia, no es concordante con los principios de inmediación y concentración, porque el tribunal de apelación, o tendrá que valorar las pruebas sobre la base de las actas del debate, con lo cual se cae en el más crudo escriturismo, o deberá renovar íntegramente el debate, con lo cual deja de actuar como tribunal de apelación para convertirse en una primera instancia renovada.[288]*

*Parece que la solución no está en denegar el recurso de apelación en todas las resoluciones -incluida la sentencia-, en aquellos procesos denominados de ínfima cuantía. Esa posibilidad, aunque no es*



286 Véase lo dicho por nosotros en el capítulo primero, sobre la inconveniencia de admitir recursos devolutivos en forma inmediata tratándose de resoluciones interlocutorias.

287 Cappelletti, Justicia: Un procedimiento nuevo en las controversias laborales, «Proceso, Ideologías, Sociedad», Ob. Cit., pág. 236.

288 De La Rúa, Teoría General del Proceso, Ob. Cit., pág. 111. Señala este autor, que en Argentina, todas las provincias que han adoptado el juicio oral han establecido el sistema de la instancia única, tal como lo ha recomendado la doctrina.

*descartable, es un remedio sólo parcial al problema central que aquí nos planteamos, aparte de que presenta inconvenientes de tipo sociológico, porque significa restar importancia y, en alguna medida, establecer un procedimiento diferente a los conflictos de las clases más desposeídas.*[289]

*La solución tampoco la encontramos en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881, ni siquiera en lo que se refiere a los procesos influencia-dos por la oralidad, porque en ésta, en todos los procesos, el conocimiento en segunda instancia correspondía a un órgano diferente (704, 855 y 888) y, además, en sede de apelación cabía el examen de los hechos y de las pruebas de primera instancia, a pesar de que se consideraba un sistema de apelación limitada, porque sólo excepcionalmente son admisibles nuevas pruebas y pretensiones.*[290] *En este sistema imperante en la Ley de Enjuicia-miento Civil de 1881, hasta lo procesos sustentados en la oralidad, seguían dependiendo de una exacta documentación de las audiencias orales, actas en las cuales el superior debía sustentar su decisión, con lo cual se violaba el principio de inmediación.*

*Un sistema interesante, de alguna forma concordante con el sistema procesal de la oralidad, a pesar de que pueda presentar algunas imperfecciones, lo encontramos en la Ley de Procedimiento Laboral española de l995. El ordenamiento laboral español, conjugó las exigencias del derecho a la tu-tela judicial efectiva, tomando en consideración a la inmediación y a la celeridad como pilares fundamentales de ese sistema procesal. Así, en ese procedimiento, no existe lo que podríamos denominar una segunda instancia, ni un recurso de apelación. No obstante, existe un sistema de recursos devolutivos y extraordinarios, inspirados en el principio de doble grado de jurisdicción; ellos son los denominados de suplicación y de casación.*[291]

*El recurso de suplicación,*[292] *que es el que nos interesa fundamentalmente, tiene por objeto reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que ha-yan producido indefensión, revisar los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales y examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia (191 y 200). El objeto del recurso de casación se desprende de los motivos por los cuales puede ser interpuesto, tales son: a) Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción. b) Incompetencia ó inadecuación del procedimiento. c) Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte. d) Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestre la equivocación del tribunal, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. e) Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate (205).*



289 Esa solución es adoptada por alguna doctrina, según la cual los recursos ocasionan costas adicionales y aumentan el trabajo en los tribunales, por lo cual el Estado debe cuidar, que el dispendio de actividad judicial y en las costas, estén en una adecuada relación a la importancia de la controversia jurídica, por lo que carecería de sentido poner a disposición varias instancias para asuntos de ínfima cuantía. Leible, El proceso civil alemán, Ob. Cit., pág. 381.

290 Este sistema responde al modelo recogido en los parágrafos 482 y 483 de la ZPO aus-tríaca, es decir, al de apelación limitada. Morón Palomino, Derecho Procesal Civil, Ob. Cit. pág. 359.

291 La doctrina es concordante en que el recurso de suplicación, al igual que el de ca-sación, es un recurso extraordinario. En ese sentido: Alonso Olea, Manuel, Derecho Procesal del Trabajo, 10ª ed., Madrid, Edit. Civitas, 1999, pág. 3f9. Espinoza Ca-sares, Ignacio, Técnica del Recurso de Suplicación, Pamplona, Editorial Aranzadi S.A., 1998, pág. 64. Montero Aroca, Juan, Introducción al proceso laboral, 4ª ed. Edit. Bosch, Barcelona, 1997, pág. 235. Montoya Melgar, Alfredo, et. al.,, Curso de procedimiento laboral, 4ª ed., Madrid, Edit. Tecnos, 1995, pág. 169.

292 Para la doctrina laboral, el motivo determinante de la aparición del recurso de supli-cación fue reducir la tardanza en la sustanciación de los recursos de casación en asun-tos que carecían de gran importancia cualitativa o cuantitativa. González Velasco, Jesús, Los recursos contra las sentencias laborales, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1976, pág. 63.

*Si observamos con detenimiento, en este sistema de impugnación, en el recurso de suplicación, que la doctrina equipara en unos casos al recurso de apelación y en otros al recurso de casación, sólo se permite la revisión en segunda instancia de tres aspectos fundamentales; el cumplimiento de las normas de procedimiento, la interpretación de las pruebas documental y pericial y la observación del derecho y la jurisprudencia. Por su parte el recurso de casación laboral, sólo permite examinar el error en la apreciación de la prueba, cuando el yerro se desprende de la interpretación de la prueba documental que conste en el expediente y que demuestre la equivocación del juzgador (205.d) LPL).*

*Este sistema seguido en el proceso laboral español, se ajusta al principio de oralidad, fundamentalmente al de inmediación, aunque no soluciona los inconvenientes que podrían suscitarse por la errónea apreciación de las demás pruebas que no sean la documental y la pericial, como pueden ser las pruebas testimoniales y de declaración de partes. Y a pesar de que es un sistema de doble instancia, se disminuyen las posibilidades de que se vulnere el principio de inmediación, porque tratándose de las pruebas que no sean documentales y periciales, el ad quem debe sujetarse a la apreciación realizada por el juzgador de primera instancia, que en virtud del principio de inmediación tiene los suficientes elementos de convicción para hacer una correcta valoración de los hechos.*[293]

## El SISTEMA DE IMPUGNACIÓN EN El CÓDIGO PROCESAL CIVIL

*Toda esa doctrina, y mucha más que no es posible citar por razones de tiempo y espacio, que se ha expuesto para ampliar el .panorama del lector, fue tomada en cuenta para el diseño de los medios de impugnación en el código procesal civil de 2018, aunque, ciertamente, solo se adoptaron las mejores soluciones.*

*El tema de los recursos tiene un orden que va de lo general a lo particular. Se establecen una serie de disposiciones generales entre las que encontramos la taxatividad de los medios de impugnación, legitimación para impugnar, renuncia del derecho a impugnar, efectos de la impugnación sobre los plazos, motivación de la impugnación, prohibición de reforma en perjuicio, ejecución provisional, desistimiento de la impugnación y lo relativo a las providencias. Se entiende que esas disposiciones generales son aplicables a cada uno de los recursos, en cuanto fueren aplicables. Seguidamente se regula detalladamente cada uno de los tipos de recurso. Ese es el mismo orden que vamos a seguir en esta exposición.*



## TAXATIVIDAD DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

*Introduce la nueva normativa la idea de taxatividad de los medios de impugnación, tratándose de resoluciones, lo que significa que no será posible utilizar otros que no estén expresamente previstos por el código (65.1). Además, se señala que solo es posible impugnar resoluciones en los casos expresamente establecidos (65.1), es decir, en los supuestos en que ello es procedente, conforme a las disposiciones legales que regulan el tema.*

*Aunque el artículo se refiere a medios de impugnación, en realidad no con-templa todos los medios de impugnación que establece el código, se refiere solo a los medios para impugnar resoluciones. Deja de lado otros medios de impugnación, como los incidentes. Eso se refleja cuando dice que son me-dios de impugnación la revocatoria, la apelación, la casación y la revisión (65.1). Si se observa con cuidado, vemos que solo contempla dos recursos ordinarios (revocatoria y apelación), uno extraordinario (casación) y la revisión que no es un recurso, sino una demanda de impugnación de sentencias firmes. No se refiere al medio de impugnación, que no es recurso, llamado incidente, que está regulado en otra parte del mismo cuerpo normativo.*

293 Sobre el Recurso de Suplicación laboral, véase: Espinoza Casares, Técnica del Recurso de Suplicación, Ob. Cit., 1998.

## LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR

*Como lo vimos oportunamente, en un proceso participan muchas personas. Aunque existe el derecho a impugnar, no todos los sujetos procesales están legitimados para cuestionar una resolución que no les es satisfactoria. Es por ese motivo, para mantener el orden en el proceso, que el legislador solo le da legitimación a quienes sean perjudicados por las resoluciones. Es decir, a quiénes tengan un interés porque lo resuelto les afecta. Esa legitimación se extiende a terceros (que no son parte en l proceso), lógicamente, cuando se vean afectados y según los términos y condiciones dispuestos por la ley (65.2). La referencia a los términos y condiciones dispuestos por la ley, implica que los terceros solo pueden recurrir cuando les esté expresa-mente permitido[294] y deben hacerlo en tiempo y cumpliendo con todos los otros lineamientos que exige el código.*

## RENUNCIA AL DERECHO DE IMPUGNAR

*Así como una persona puede impugnar un acto procesal por tener legitimación para ello, puede renunciar a ese derecho. Esa es una consecuencia del principio dispositivo. Puede hacerlo en l acto de la notificación expresamente, es decir manifestando que renuncia a establecer cualquier tipo de impugnación. Puede hacerlo en el plazo para impugnar, expresamente o tácitamente. Expresamente, indicando que no impugnará; tácitamente, si no lo hace en el plazo establecido para hacerlo. En cualquier supuesto, la ausencia de impugnación tiene como efecto la firmeza del acto procesal. Si la renuncia a la impugnación se hace en una audiencia oral, el tribunal debe tener por firme la resolución en forma inmediata, cuando proceda (65.3).*

## EFECTOS DE LA IMPUGNACIÓN SOBRE LOS PLAZOS



*Quien se vea compelido por una resolución a realizar algún acto procesal, podría pensar que interponiendo un recurso ganará tiempo. Para eliminar cualquier sorpresa o malentendido en perjuicio de los litigantes, el código señala con claridad, que la interposición de los recursos no interrumpe ni suspende los plazos concedidos por la resolución impugnada, para la realización o cumplimiento de los actos procesales (65.4). En otras palabras, si una resolución ordena hacer algo, el recurrente debe cumplir con lo ordenado en el plazo establecido, a pesar de que haya impugnado. Si se espera a que se le resuelva la impugnación y cumple posteriormente, la gestión resultaría extemporánea y por lo tanto ineficaz. Tal regulación constituye en el fondo, una forma de desmotivar la impugnación con fines dilatorios.*

## MOTIVACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN

*Durante la vigencia de la legislación anterior, existía la posibilidad de que, en supuestos excepcionales, el recurrente solo dijera que apelaba sin dar los fundamento del recurso. Los motivos se podían dar con posterioridad en un plazo establecido por el código. Tal sistema de impugnación implicaba retraso en la solución, pues había un plazo para recurrir y otro para fundamentar.*

*La nueva normativa asume el tema con mucha seriedad para hacer efectivo el principio de concentración. Se dispone que la impugnación, sea que se haga oralmente o por escrito, debe contener las razones claras y precisas que ameritan la modificación o nulidad de lo resuelto y el ofrecimiento de las pruebas. Y tal exigencia lo es bajo pena de inadmisibilidad; en otras palabras, a quien interponga un recurso y no explique las razones por las cuales la resolución es errónea o no ofrezca las pruebas cuando es necesario, se*

294 Precisamente, en la etapa de análisis del proyecto con los jueces civiles, una de las preocupaciones que externaron era que se permitiera a un tercero establecer recurso de revocatoria. Se extrañaba esa posibilidad porque en Costa Rica, tradicionalmente, a los terceros solo se les ha permitido apelar. Al final, el código quedó con esa disposición general no referida a ningún recurso concreto, cuestión que tendrá que delinear la jurisprudencia. Queda entonces la interrogante: ¿pueden los terceros plantear cualquier tipo de recurso?

*le declarará inadmisible. Tal declaratoria de inadmisibilidad, tendrá como consecuencia la firmeza de la resolución cuestionada. Con la finalidad de establecer un orden lógico, se dispone que primero se deben expresar las razones que cuestionen aspectos de índole procesal y posteriormente las de fondo.*

*Como una manifestación del principio de congruencia recursiva, se dice con toda claridad lo que ya venía señalando la jurisprudencia y lo que ya establecía el artículo 565 del Código Procesal Civil de 1990; es decir, que el tribunal se debe limitar a resolver sobre los aspectos impugnados y sobre las razone expresada al formular la impugnación (65.5). En otras palabra, el tribunal de segunda instancia no puede revisar aspectos que no hayan sido objeto de recurso.*

*Tales disposiciones, reproducen lo que señalaba el artículo 565 del Código Procesal Civil de 1990. Esa disposición legal fue aplicada erróneamente durante mucho tiempo. Se entendía que la apelación le daba la posibilidad al superior de revisar todo el caso, hasta en lo que no había sido objeto de impugnación. Esa forma de entender dicha disposición legal se vio modificada por resoluciones de la Sala Constitucional (Votos 5798 de 1998 y 1306 de 1999) y por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (Voto 195 de 2002), según las cuales el recurso se debe considerar en lo desfavorable al recurrente, en cuanto forme parte de lo recurrido y en el sentido en que se haya impugnado. Solo como ilustración es valioso transcribir una resolución que es producto del cambio de paradigma que se dio en nuestro país en la comprensión del tema. "Actualmente, la jurisprudencia costarricense ha dado un cambio radical en cuanto a los límites en el conocimiento en la segunda instancia, al punto que si en un proceso civil se establece recurso contra una sentencia y no se expresan agravios o la fundamentación del recurso es escasa, se confirma la sentencia apelada. Al respecto se dijo: "El artículo 565 del Código Procesal Civil señala que la apelación se considerará solo en lo desfavorable al recurrente, lo que significa, por un lado, que el Superior no puede enmendar o revocar la resolución en la parte que no sea objeto del recurso (prohibición de reforma en perjuicio). Pero también la norma significa, que el Superior sólo puede enmendar o revocar lo resuelto por el juez a quo, pero en el tanto forme parte de lo apelado y en el sentido en que lo haya apelado la parte respectiva (como antecedentes que fijan o marcan pauta al respecto, las sentencias de la Sala Constitucional números 5798-98 y 1306-99). Es por ello que existe precisamente el plazo para expresar agravios y la obligación de hacerlo, a fin de que se le pueda dar plena aplicación a la norma de comentario, e incluso para poder después ejercer el recurso de casación respectivo (relación de los artículos 430, 559 párrafo último, 574, 575, 576, 594 inciso 7), 597, 598 párrafo segundo y 608 del Código Procesal Civil). Pero además de lo anterior, este Tribunal también considera, siguiendo lo que la doctrina y la jurisprudencia ha señalado al respecto, que interpretar el citado artículo 565 en forma distinta a la indica-da sería conculcatorio del principio de igualdad consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política, porque en aquellos casos donde hubieren varios apelantes y unos hayan expresado agravios y otros no, con respecto a los primeros solo se podría revisar el fallo en cuanto a lo que fue objeto de agravio (doctrina del artículo 155 del Código-Procesal Civil), mientras que en relación con los segundos existiría la obligación de revisar todos los extremos la sentencia, a pesar de que no hubo preocupación o diligencia de su parte por señalar los motivos de disconformidad, en perjuicio de aquellos que sí lo hicieron. El criterio que aquí se sostiene, es constante en la jurisprudencia nacional y constituye una novedosa forma de acentuar el deber de las partes de colaborar con la administración de justicia. Al respecto la Sala Primera de la Corte expresó: "...la impugnación es un derecho en favor de la parte que se considera agraviada con lo dispuesto en una resolución judicial. Es requisito, entonces, la existencia de un perjuicio en su contra, de donde resulta la legitimación e interés para recurrir, al abrigo de lo estipula-do en el artículo 561 del Código Procesal Civil. El derecho a impugnar se manifiesta en una pretensión dirigida al juez, enterándolo del deseo de combatir lo resuelto. Como pretensión que es, requiere, también, de una declaración de voluntad expresa tendiente a poner de manifiesto los aspectos que considera adversos a sus intereses, contrarios a derecho o al mérito de los autos. De esta manera, al estimarse afectada debe tomar la iniciativa de dirigirse al Tribunal, instándolo al conocimiento del*



Volver al índice

*recurso. Obviamente, se deben exteriorizar esos reproches, los cuales servirán, en el caso del recurso de apelación, para que el órgano de alzada pueda resolver con plena competencia. Las censuras delimitarán la actuación del juzgador de segunda instancia, en este punto, como lo regula el artículo 565 del Código Procesal Civil al decir que: "El superior no podrá, por lo tanto, enmendar o revocar la resolución en la parte que no sea objeto del recurso, salvo que la variación, en la parte que comprenda el recurso, requiera necesariamente modificar o revocar otros puntos de la resolución apelada". (El subrayado no es del original). Es claro, así, que el superior ejerce su competencia en función del ruego específico del recurrente, quien al expresar los motivos de inconformidad; fundamentando con ello su interés en apelar, delimita el control que debe llevarse a cabo sobre lo decidido por el juez de primera "instancia, lo cual corresponde con la tesis moderna orientada hacia una apelación limitada, en donde la revisión del primer proceso se realiza bajo estrictos límites. El Tribunal Supremo Español, por ejemplo, ha señalado que la apelación tiene como finalidad comprobar la exactitud o inexactitud de los resultados obtenidos en el proceso. En la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española, del 6 de enero del 2000, este tema se encuentra resuelto en forma muy concreta: Como en el proceso no se pueden introducir asuntos nuevos, fuera de las excepciones o límites calificados, en segunda instancia la actividad revisora debe limitarse a las mismas pretensiones, oposiciones, pruebas y conclusiones. La doctrina reciente referida a dicha Ley (Bonet Navarro (Ángel). Los Recursos en el Proceso Civil, Madrid, La Ley-Actualidad, S.A., 2000, p. 111) explica el contenido de la decisión del superior otorga o por las partes para definir un cierto ámbito de conocimiento, en función del mandato expreso del artículo 465.4, en punto a que el Tribunal deberá pronunciarse "[...] sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición, o impugnación". Desde esa perspectiva, un examen oficioso de la sentencia impugnada, no sólo desbordaría las atribuciones del tribunal de alzada, sino que afectaría la competencia, libertad y autoridad del juez de primera instancia, pues aunque el recurrente no tome la iniciativa de exponer los motivos por los cuales, a su juicio, le desfavorece lo resuelto, podría modificarse a capricho del superior, quien se sentiría con absoluta libertad de explorar cada detalle del asunto, limitándose tan solo con la prohibición de reformar en perjuicio, pero esta prohibición, en su correcto sentido, debe entenderse íntimamente relacionada con la imposibilidad de "enmendar o revocar la resolución en la parte que no sea objeto del recurso", lo que presupone que el apelante debe ser claro en indicar cuáles son esos aspectos que le resultan desfavorables. Seria, pues, paradójico, que se examine en forma absoluta la resolución impugnada y se pueda proceder con un margen mucho más amplio cuando el recurrente, negligentemente, apela sin expresar agravios, frente a otros que, observando las normas mínimas de diligencia, exponen censuras concretas, pues en tales casos sólo se revisará en orden a lo rogado. Por principio general, entonces, todos los recursos deben estar debidamente fundamentados, porque quien comba-te una resolución debe expresar los criterios de su inconformidad. Cuando el recurso es planteado contra una sentencia este principio adquiere exigencias mayores respecto de aquéllas con efecto no devolutivo, por cuanto el inferior pierde la competencia sea para quedar radicada en el superior o para continuar otro iter procesal para ser conocido por un nuevo órgano, tal es el caso de cuando la sentencia de aquél gozare del recurso de casación. También, como principio general de los recursos, está el deber del órgano de alzada de limitar su competencia a lo expresamente combatido, ya que ella deriva de la impugnación, por ello se le señala como recurso en relación.*



*Siguiendo el principio de legalidad procesal, la doctrina más generalizada critica la tesis minoritaria de otorgarse a sí misma una competencia mayor del análisis del asunto, más allá de lo recurrido, porque en se caso sería desbordada. La competencia precisa la otorgan los reproches; consecuente-mente, el superior no puede entrar a conocer sobre ámbitos no rogados. En Costa Rica, el proceso sigue el principio dispositivo. Las pretensiones, las oposiciones, el ofrecimiento de pruebas, las conclusiones son patrimonio exclusivo de las partes. El principio inquisitivo es el opuesto, propio de los sistemas autoritarios y dictatoriales, donde el juez dispone sobre los alca-ces de la pretensión, las posibilidades de las oposiciones (incluso defendiendo a una de las partes, bajo el argumento de la defensa al más débil), y disponiendo de prueba*

*no ofrecida por las partes para la determinación de una cierta "verdad real" impuesta por el interés público. Democráticamente, cada vez se sostiene más la necesidad de fortalecer el principio dispositivo, apoyando al más débil de la relación procesal a través de diferentes mecanismos, pues el sustento fundamental del juez es la imparcialidad, por tal razón no puede variar las pretensiones y, en principio, disponer de prueba distinta a la ofrecida por las partes. Existe hoy la corriente denominada "Garantismo Procesal" (en América Latina encabezada por Adolfo Alvarado Velloso) cuya tesis es repudiar todo sistema procesal autoritario. El primer resultado se encuentra en materia penal donde se pasó del sistema inquisitivo al acusatorio. Otro tanto se intenta hacer en todas las materias distintas a la penal, fundamentalmente desarrollando el principio del Derecho Romano Judex secundum llegata et probata partium decidere debet, el cual tantas veces ha citado nuestra Sala de Casación. Ello implica que el juez sólo pue-de resolver, en el caso de la apelación, sobre lo alegado por las partes y no le es dable pronunciarse sobre algo diferente.".- (Lo anterior es un resumen, casi textuar de lo dicho por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en Resolución No.195-f-02 de las dieciséis horas quince minutos del veinte de febrero del año dos mil dos, criterio seguido por el Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda en sentencia No. 385 de las 9:50 horas del 28 de setiembre de 2001, ambos órganos jurisdiccionales, amparados en lo resuelto por la Sala Constitucional en sentencias números 5798-98 y 1306-99).*[295]

## PROHIBICIÓN DE REFORMA EN PERJUICIO

Reformar en perjuicio implica resolver en detrimento del mismo recurrente.

Es decir, hacer más gravosa la afectación que ya le venía causando lo resuelto, afectación que precisamente motivó la impugnación. El código estipula que la impugnación solo se debe considerar en lo desfavorable al recurrente. Y para eliminar cualquier posibilidad se resalta una prohibición: no se podrá modificar o revocar una resolución, en lo que no sea objeto de disconformidad. Con todo, se establece una excepción, solo es posible enmendar o revocar en lo que no sea objeto de inconformidad, cuando la variación, en la parte impugnada, requiera necesariamente modificar otros puntos de la resolución apelada o si es necesario para corregir incongruencias, ambigüedades, oscuridades o errores materiales (65.6). Como vemos, lo relativo a la reforma en perjuicio es un tema muy ligado al de los límites del recurso que vimos anteriormente y que estudiamos por separado solo para no crear confusiones académicas, porque se trata de dos temas distintos.



## EJECUCIÓN PROVISIONAL·

Permitir la ejecución provisional de resoluciones impugnadas, es decir, que no han adquirido firmeza, es una opción legislativa. La idea fundamental es desterrar del pensamiento de quienes litigan, la idea de que estableciendo impugnaciones ganan tiempo en su beneficio y en perjuicio de la parte contraria. Se pretende con ello, desmotivar la interposición de impugnaciones meramente dilatorias en perjuicio de la celeridad de la justicia. Con esa finalidad, el código dispone que las sentencias de condena impugnadas, que no hayan adquirido firmeza, podrán ser ejecutadas provisionalmente según lo establecido en las normas que regulan la ejecución (65.7). Hay que destacar, que esa disposición legal, se refiere exclusivamene a las sentencias de condena, dejando de lado las sentencias declarativas y constitutivas. En realidad, está disposición legal, es un anuncio del régimen de ejecución provisional que contiene este código en los artículos 141 a 145. Siendo así, para la comprensión de tal régimen de ejecución, me permito remitir al lector a lo que explico al tratar el tema de la ejecución provisional.

295 Entre otros Voto 81-2004 del Tribunal de Cartago.

## DESISTIMIENTO DE LA IMPUGNACIÓN

*El desistimiento de la impugnación es una modalidad de desistimiento, solo que de la impugnación propiamente. Quien desiste, toma la determinación de manifestar su decisión de no mantener el cuestionamiento. El legislador permite el desistimiento de una impugnación, antes de que sea resuelta (65.8). Hay que entender que ya fue resuelta cuando se ha emitido un pronunciamiento y éste adquirió eficacia según lo dispuesto por la ley. En términos simples cuando se ha emitido la resolución y esta fue firmada por los integrantes del tribunal.*

*Quien pretenda desistir de una impugnación debe solicitarlo ante el tribunal que dictó la resolución cuestionada y, además, lo puede hacer ante el superior (en segunda instancia).*

*Una vez formulada la gestión, el tribunal ante el que se pida, admite el desistimiento sin más trámite ni ulterior recurso y declara firme la resolución cuestionada (65.8).*

*Una solución novedosa contiene el nuevo código procesal civil en materia de condena en costas cuando se trata del desistimiento de la impugnación. Dice, que en ningún caso se condenará al pago de las costas del recurso a quien desiste de éste (65.8). Durante la discusión y análisis del proyecto, un grupo de jueces civiles sugirió que se mantuviera la condena en costas en contra de quien interpone un recurso y luego desiste de él. Decían que la solución del proyecto implicaba permitir una gestión dilatoria, sin imponer ninguna sanción. Dicha recomendación, que se analizó cuidadosamente, no fue acogida. Pesó en los miembros de la Comisión Redactora la idea de que es prudente eliminar una condenatoria que nunca ha tenido mayor trascendencia. Se pensó que eliminando la condena en costas se propicia y motiva el desistimiento de recursos que se interponen algunas veces por compromiso profesional del abogado. Se tomó en consideración, además, que en este código se elimina la apelación adhesiva, de tal manera que ante la eventualidad de una parte apele para evitar sorpresas y la contraria no impugne, el que sí recurrió tenga la posibilidad de desistir sin el temor a ser condenado en costas, lo que implicará la finalización inmediata del litigio.*



## PROVIDENCIAS

*De una vez, en una disposición general se afronta el tema providencias-re- cursos (65.9), para dejar establecido el principio general, tradicional en nuestro sistema jurídico,· que contra las providencias no cabe recurso alguno. Hay que recordar, tal como lo vimos oportunamente, que el concepto providencia no significa lo mismo en Costa Rica que en otras legislaciones y doctrinas, cómo por ejemplo la española. En Costa Rica la providencia es una resolución de mero trámite, incapaz de afectar a alguna de las partes. Dada su poca trascendencia para los derechos de los litigantes, el legislador ha considerado siempre, no conferirle recurso alguno.*

*A pesar de esa opción legislativa, la providencia es una resolución que no está exenta de control. El código señala, que los tribunales pueden dejarlas sin efecto o modificarlas dentro de los tres días posteriores a su notificación, de oficio o en virtud de observaciones escritas u orales de la parte interesa-da. Como una manifestación de los poderes del tribunal se establece, que si juzga improcedentes las observaciones no debe dictar resolución alguna (65.9). La razón de esta última disposición, es evitar que una parte interesada en la dilación del procedimiento cuestione todas las providencias y que por cada uno de esos cuestionamientos el tribunal tenga que emitir un pronunciamiento. Admitir esa posibilidad es ir contra la seriedad del litigio y permitir el irrespeto al tribunal.*

## RECURSO DE REVOCATORIA

*El de revocatoria es un medio de impugnación que entra en la categoría de recurso, porque está previsto para impugnar resoluciones que no están firmes. Es el típico recurso no devolutivo, porque el segundo examen lo rea-liza el mismo tribunal que dictó la resolución que motiva la inconformidad. Es, además; de acuerdo con la doctrina, un recurso ordinario porqué no tiene establecidos por ley los motivos por los que puede ser interpuesto. Está previsto para que la persona que se vea afectada por una resolución, solicite y convenza al mismo tribunal que la dictó; para que modifique lo resuelto.*

*Es un recurso previsto solo para cuestionar autos (66.1); no es posible impugnar sentencias por este medio, pues el mismo tribunal no puede revocar sus propios pronunciamientos (63). Si se trata de un auto dictado en una audiencia oral, el recurso de revocatoria se debe interponer inmediatamente después de que se emita. Si se trata de un auto emitido por escrito; la revocatoria se debe interponer dentro del tercer día a partir de la notificación a todas las partes (66.1).*

*Admite nuestra legislación, como lo ha admitido siempre, la revocatoria de oficio, es decir, que el tribunal modifique su criterio por propia convicción, sin que nadie le haga ver el error. Puede el tribunal cambiar sus pronunciamientos en la audiencia si se trata de una resolución oral o dentro de los tres días posteriores a la notificación a todas las partes si la resolución se emite por escrito.*

*Si se interpone el recurso de revocatoria y el tribunal emite una resolución denegando el recurso, el auto que deniega el recurso no tiene ningún recurso (66.1).*

*Si el recurso de revocatoria se interpone en una audiencia, lógicamente contra una resolución oral emitida en ésta, el interesado debe mostrar su inconformidad oralmente y en el acto. En ese caso, el tribunal resuelve inmediata-mente, salvo que se trate de un aspecto complejo que merezca discusión, en cuyo caso deberá emplazar a la parte contraria para que exprese su opinión en esa misma audiencia. (66.2).*



*Es tradicional en nuestro derecho procesal, que exista la posibilidad de establecer el recurso de revocatoria con nulidad concomitante. En la práctica, el litigante que tenía un verdadero interés en que se modificara lo resuelto. establecía ambos recursos. La idea era que si el tribunal que había dictado la resolución no la revocaba, lo hiciera, en su defecto, el superior jerárquico. Ese sistema tenía un inconveniente. Como era potestativo establecer uno o ambos, el litigante que estaba interesado en atrasar el procedimiento, no invocaba el recurso de revocatoria. Es decir, le negaba al tribunal que dictó la resolución a posibilidad de modificar por sí mismo lo resuelto. Así las cosas, estableciendo únicamente le recurso de apelación, obligaba al tribunal de primera instancia a remitir el expedienté al superior, ganándose el tiempo que tardara el órgano de alzada en resolver.*

*El nuevo código regula el tema con otra perspectiva. En los supuestos en los que sea procedente el recurso de revocatoria y el de apelación, la interposición del recurso de apelación hace presumir, aunque no se diga expresa-mente, la interposición de la revocatoria. En otras palabras, que siempre que se interponga el recurso de apelación, se le abrirá la posibilidad al mismo tribunal de modificar lo resuelto. Desde otra perspectiva, el instituto de la revocatoria implícita, le impone al tribunal el deber de revisar lo resuelto, atendiendo a los argumentos que expone el impugnante y revocar si es procedente. En la misma resolución él tribunal deberá pronunciarse sobre la revocatoria implícita y sobre la admisión de la apelación, en caso que no estime procedente revocar (66.3). Tal disposición constituye sin duda un aumento de los poderes del tribunal pretendiendo celeridad de la justicia.*

## EL RECURSO DE APELACIÓN

*El de apelación es un medio de impugnación que entra dentro de la categoría de recurso, porque está previsto para impugnar resoluciones que no están firmes. Es el típico recurso devolutivo, porque el segundo examen lo realiza un tribunal superior jerárquico de aquel que dictó la resolución que motiva la inconformidad. Es, además, de acuerdo con la doctrina, un recurso ordinario porque no tiene establecidos por ley los motivos por los que puede ser interpuesto. Está previsto para que la persona que se vea afectada por una resolución, solicite y convenza al tribunal superior jerárquico del que la dictó, para que modifique lo resuelto.*

## RESOLUCIONES RECURRIBLES MEDIANTE APELACIÓN

*Durante la vigencia de la legislación anterior todas las sentencias tenían recurso de apelación. En cuanto a los autos, no todos eran impugnables por ese medio. El Código de 1990 intentó limitar las apelaciones de autos, pero no lo logró y la jurisprudencia veneradora de la segunda instancia[296] amplió los supuestos de admisibilidad de apelaciones tratándose de autos. La nueva legislación modificó ese estado de cosas, razón por la cual para entender el sistema es indispensable tratar por separado lo relativo a la apelación de sentencias y la apelación de autos.*

## APELACIÓN DE SENTENCIAS

*No todas las sentencias son impugnables mediante el recurso ordinario de apelación. Lo son casi todas, excepto las que se dicten en procesos ordinarios de mayor cuantía.[297] Las que se emiten en procesos ordinarios de mayor cuantía no tienen apelación, porque son impugnables, únicamente, mediante el recurso de casación. Así las cosas, las sentencias de los procesos ordinarios de menor cuantía y todas las demás que se dicten en los otros procesos, son apelables (67.5).*



*Modificando el sistema existente durante la vigencia del Código Procesal Civil de 1990, ninguna sentencia que se dicte en procesos de ejecución de sentencia va a tener casación; este tipo de sentencias, incluidas las de ejecución de sentencias de procesos ordinarios de mayor cuantía, solo serán recurribles mediante apelación (67.5).*

*Ante la admisión de un recurso de apelación que se interpone contra una sentencia, se elimina, con carácter general, el carácter suspensivo que antes se le daba a la admisión del recurso en algunos casos. Ahora se establece claramente que la admisión del recurso no produce efectos suspensivos y que el tribunal mantiene su competencia para seguir conociendo de todas las cuestiones que se tramiten en pieza separada, medidas cautelares, tutela-res y ejecución provisional (67.5).*

---

296 A nivel internacional, se acusa a algunos países latinoamericanos de ser veneradores de la segunda instancia. Se dice que a los tribunales de primera instancia les gusta que el superior les revise el trabajo y a los de segunda instancia, les parece que en virtud de su mayor conocimiento y categoría deben revisarle todo al inferior.
Durante la discusión del proyecto, a un grupo de personas juzgadoras no le pareció la eliminación del recurso de apelación en cuanto a 1as sentencias de los procesos ordinarios de mayor cuantía. Alegaban que era necesaria la existencia de segunda instancia de acuerdo con la Convención Americana de Derechos Humanos. Tal criterio no varió la idea del Código, pues la Sala Constitucional de Costa Rica, ha señalado que dicha Convención sólo exige la existencia de la segunda instancia para los procesos penales y no para los civiles. La Sala Constitucional, en sentencias 6492-1993 y 6375-1994 expresó que en cuanto a resoluciones apelables, el artículo 8.2 inciso h) de la Convención Americana de Derechos Humanos, solo se aplica en materia penal. Con ese criterio coincide la doctrina procesal y hasta el Tribunal Supremo Español, expresando, en lo que respecta a las resoluciones apelables, que se trata d una cuestión de política legislativa, por lo que el legislador es libre de limitar los recursos o incluso eliminarlos, atendiendo a los intereses en juego.

297 Al respecto, véase nuestro trabajo: Teoría General sobre el Principio de Oralidad, Ob. Cit., pág. 109.

## APELACIÓN DE AUTOS

*La apelación de autos, es decir, de las resoluciones interlocutorias, las que se dictan en el curso del procedimiento, fue siempre el problema sin resol-ver en nuestro derecho procesal y, quizá, la causa principal de la lentitud de la justicia. Apelar de todas las resoluciones de trámite, era el mecanismo preferido e idóneo que utilizaban los litigantes inescrupulosos para lograr que un procese durara muchos años.*

*Siguiendo la corriente de pensamiento que propugna la doctrina procesal moderna, el nuevo Código Procesal Civil se ajusta, como no lo logró el Código Procesal Civil de 1990, a un verdadero sistema de apelación limitada en cuanto a los autos.*

*Atendiendo al cambio de sistema procesal, de la escritura hacia la oralidad, ya no se justifica que para garantizar el contralor de legalidad en el proceso, todas las resoluciones tengan que se revisadas en una segunda instancia.*

*Eso se entendía en el sistema escrito, en que las partes pocas veces se reunían a debatir. Ahora, mediante el proceso por audiencias, muchas de las cuestiones álgidas del proceso podrán ventilarse en las comparecencias. En realidad, de acuerdo con la doctrina, la introducción de la oralidad, justifica la limitación del recurso de apelación en cuanto a los autos, al extremo que algunos piensan incluso en un proceso en única instancia.*[298]

*En la nueva normativa procederá el_recurso de apelación únicamente contra las resoluciones que expresamente se disponga (67.1). Se elimina la problemática existente durante la vigencia del Código Procesal Civil de 1990, en que era particularmente difícil determinar que autos eran apelables. Se simplifica el sistema, enumerando todos los autos impugnables mediante apelación en un solo artículo (67.3). Lo que no esté en esa norma, no tiene apelación y será innecesario buscar en las demás disposiciones.*



*Hacer esa lista, implicó un análisis concienzudo y detallado de todas y cada una de las resoluciones que tenían apelación durante la vigencia del Código Procesal Civil, excluyendo en esta nueva normativa, todas aquellas que ya no merecían conservar dicha forma de impugnación. Por ejemplo, una de las resoluciones que no tendrá apelación es la que rechaza prueba, lo que provoca estupor entre quienes desconocen el nuevo sistema procesal. No comprenden que ya no se justifica darle apelación a una resolución que se dicta en presencia de las-partes, después de que éstas conjuntamente con el tribunal han determinado los hechos controvertidos y como consecuencia habrán discutido y ponderado la necesidad y utilidad de cada medio de prueba propuesto. Tampoco se comprende que si se le da apelación a la resolución que rechaza prueba, que se dicta en la audiencia preliminar, esa sería una causa constante de suspensión de audiencias para que el superior conozca el recurso. Y la solución en este caso no es la apelación diferida, porque la apelación diferida, como lo veremos oportunamente, solo funciona en la audiencia de práctica de prueba. Por ello, en los sistemas procesales influenciados por la oralidad, bien concebidos, no es común que se admite apelación de la resolución que rechaza prueba.*

*No obstante, como a pesar de todo existe alguna posibilidad de que haya denegación arbitraria de prueba admisible·,el nuevo sistema procesal civil costarricense prevé la posibilidad de alegarlo en casación por infracción de las normas procesales que sean esenciales para la garantía del debido proceso (69.2.1), lo que podría invocarse como motivo de nulidad en apelación de la sentencia, en los supuestos en que no cabe casación.*

298 Un supuesto de fijación de renta provisional encontramos en el artículo 105.3 de este código, en el proceso sumario de reajuste del precio del arrendamiento.

*En un solo artículo, sé repite, se consigna la lista de autos apelables en todos los procesos. Estos autos son:*

- *El que deniegue el procedimiento elegido por la parte (67.3.1). Se refiere este inciso, al supuesto, por ejemplo, que una parte escoja el procedimiento sumario y el tribunal lo quiera obligar a litigar por el procedimiento ordinario.*

- *Ponga fin al proceso por cualquier causa (67.3.2). El legislador ha considerado, que cualquier resolución, de cualquier naturaleza que le ponga fin al proceso debe-ser impugnable mediante el recurso de apelación. Tal solución es plausible, pues en la subsistencia de un proceso está inmerso el derecho fundamental de acceso a la justicia.*

- *Decrete la suspensión e interrupción del proceso (67.3.3). La suspensión o interrupción del proceso es un supuesto de los que la doctrina denomina crisis procesales. Constituyen crisis procedimental, porque implica retraso en la solución del conflicto. Desde ésa perspectiva, se justifica que las par-tes puedan cuestionar mediante la apelación una resolución que tiene tales efectos en el proceso. Se entiende que solo es apelable la resolución que ordene la suspensión o la interrupción del proceso, no la que deniegue una solicitud con esa finalidad. Y la norma no se refiere a la suspensión o interrupción de audiencias.*

- *Se pronuncie sobre la solicitud de concesión, modificación, sustitución o levantamiento de una medida cautelar o tutelar (67.3.4). En el tema de medidas cautelares el legislador quiso ser amplio en relación con el recurso de apelación. Se dispuso permitirlo respecto de cualquier resolución que se, pronuncie sobre la concesión, modificación, sustitución o levantamiento. Se modifica así el sistema imperante durante la vigencia del Código Procesal Civil de 1990, en que solo se concedía el recurso de apelación a la resolución que denegara la cancelación de las medidas cautelares (560.9). La solución dada por el legislador es cuestionable y lo hicimos ver en su oportunidad, porque atenta en alguna medida contra la naturaleza de tales medidas, fundamentalmente con su característica de provisionalidad.*



*Esa provisionalidad, desde una perspectiva doctrinaria, permitía-descartar el recurso de apelación en relación con la resolución que la concede. Es así, porque en el supuesto que se haya decretado erróneamente, la parte afectada puede pedir revocatoria y si se trata de nuevas circunstancias, establecer un incidente de levantamiento. Pero no toda resolución que concede una medida cautelar tiene recurso de apelación. El Código contiene una solución que encuentra su antecedente en la legislación española. Es posible conceder medidas cautelares con audiencia o sin audiencia (95 y 96). En el supuesto en que se conceda una medida cautelar sin audiencia (embargo preventivo, por ejemplo), la resolución que la ordena, no tiene recurso alguno (96). La idea fundamental de esa disposición es permitir su ejecución inmediata y si el afectado quiere cuestionarla debe establecer un incidente de levantamiento de la medida cautelar.*

*En lo que respecta a la modificación o sustitución, permitir recurso de apelación es contradictorio con una de las características de las medidas cautelares que es su variabilidad, es decir, que se debe conferir al tribunal la potestad de variarlas de acuerdo con las circunstancias. Ante una resolución en ese sentido, la revocatoria habría sido suficiente recurso El levantamiento de la medida cautelar, sí se justifica que tenga recurso de apelación, pues implica la finalización del proceso cautelar.*

*La referencia las medidas tutelares debe tenerse por no puesta, pues el que era el artículo 93 del Proyecto fue eliminado en la Asamblea Legislativa vía moción 137, obligando a correr la numeración del articulado. La idea original de los redactores fue introducir las medidas tutelares, permitiendo que se adoptaran, aún de oficio, sin rendir garantía, para la protección de derechos e intereses de carácter público o social.*

*Rechace la representación de alguna de las partes (67.3.5). Si una persona se presenta al proceso como representante de otra y el tribunal deniega tener por acreditada esa representación, se produce una situación difícil para aquel al que se le denegó. Esa persona podría sufrir efectos tan negativos como que no se le atienda la contestación a la demanda. Desde esa perspectiva, por encontrarse inmerso el derecho al debido proceso, se justifica que una resolución en tal sentido sea apelable.*

*Declare con lugar excepciones procesales (67.3.6). Solo es apelable la resolución que declare con lugar excepciones procesales. Recordemos que el nuevo código distingue entre excepciones procesales y excepciones materiales. Se descartó la opción de darle apelación a la resolución que rechaza excepciones procesales. Con tal disposición se elimina la posibilidad que litigantes inescrupulosos retrasen el procedimiento con solo interponer excepciones procesales incluso infundadas. La solución se justifica, además, porque la dinámica del nuevo sistema procesal posibilita la revisión oficiosa de tales aspectos, por parte del tribunal, en cualquier momento del procedimiento. Se parte en este sistema, de la necesidad de dar mayores poderes al tribunal para acelerar el procedimiento. En el caso de tribunales colegiados, atendiendo al número de personas que analizan el caso, no se justifica que una resolución que rechaza una excepción procesal tenga apelación.*

*Se pronuncie interlocutoriamente sobre fijación de rentas, pensiones o garantías (67.3.7). La fijación de una renta provisional,[299] de una pensión provisional, o de una garantía, puede ser determinante en la situación económica de una persona. Una renta, pensión o garantía excesiva puede constituir una seria afectación del derecho de acceso a la justicia. Por eso se justifica que una resolución que adopte una decisión en ese sentido pueda ser impugnada mediante el recurso de apelación. Pero no toda resolución que se pronuncie sobre fijación de rentas, pensiones garantías es apelable. No lo será cuando en un proceso de mayor cuantía se fije un monto que sea de menor cuantía. Así lo dispone expresamente el numeral 67.3, párrafo final*



*Resuelva sobre acumulación o desacumulación de procesos (67.3.8). La acumulación o desacumulación de procesos tiene incidencia en la idea de economía procesal y en el ideal de justicia pronta. Ambas tienen incidencia en la competencia del tribunal y en los derechos procesales de las partes. Por ese motivo el legislador consideró pertinente concederle apelación a la resolución que resuelva sobre una solicitud en ese sentido.*

*Decida sobre la intervención de sucesores procesales o de terceros (67.3.9).*

*El nuevo sistema procesal es riguroso en lo que se refiere a la participación de personas en el proceso. A éste, solo es posible ingresar teniendo la condición de sucesor procesal o de tercero en los supuestos que establece la ley. Así, para evitar el desorden desde la perspectiva subjetiva le confiere a los litigantes una herramienta, para que un tribunal superior revise si la persona que ingresó al proceso, porque se lo permitió el tribunal de primera instancia, tiene los requisitos para hacerlo.*

*Resuelva sobre el desistimiento y la transacción (67.3.10). Ante una so-licitud de desistimiento y ante una gestión para el reconocimiento de una transacción, el tribunal puede resolver rechazándolas o admitiéndolas. En el caso del desistimiento aceptado por el tribunal, se trata de una resolución que le pone fin al proceso, en cuyo caso entraría también en el supuesto del inciso 2 del artículo 67.3. La idea, en definitiva, es que la resolución que deniega el desistimiento tenga apelación porque el desistimiento es un derecho que surge del principio dispositivo y dependiendo las circunstancias no se justifica que a una parte se le niegue el derecho a desistir. Por eso es que se concede apelación a la resolución que deniegue el desistimiento y por añadidura a la que lo acoge.*

299 En ese sentido pueden verse entre muchas otras, resoluciones 777-2010 y 810-2010 del Tribunal Primero Civil de San José.

*En lo que se refiere a la resolución que se pronuncia sobre una solicitud de transacción sus efectos son diferentes. Si se acoge totalmente, podría entrar en el supuesto del inciso 2 del artículo 67.3. que le confiere apelación a cualquier resolución que le ponga fin al proceso. El problema es que una solicitud de transacción puede ser acogida parcial o totalmente. Si se acoge parcialmente el proceso no se tiene por terminado. Y si se rechaza la solicitud de reconocimiento de la transacción, existe la posibilidad de que se atente contra los derechos que le confiere a las partes el principio dispositivo, lo que es importante vigilar. Por esos motivos, para evitar una omisión de graves implicaciones, se le confirió apelación a la resolución que resuelva sobre la gestión de reconocimiento de una transacción, sea que la admita, la rechace o la rechace o admita parcialmente.*

*Decrete la nulidad de actuaciones (67.3.11). Una resolución que decreta la nulidad de actuaciones tiene como efecto la desaparición de derechos procesales y, en algunos casos, la repetición de actos procesales. La declaratoria de nulidad es una medida grave, razón por la cual la doctrina y este mismo código restringen tal decreto. Desde esa perspectiva, nada más justificado que darle apelación a una resolución que disponga una sanción tan dañina. Por el contrario, la resolución que deniegue una solicitud de declaratoria de nulidad, no tendrá apelación.*

*Emita pronunciamiento sobre el fondo de un incidente, salvo que denieguen la nulidad (67.3.12). El incidental es un proceso. Se presume que el pronunciamiento sobre el fondo de un incidente se refiere a un aspecto trascendente del proceso. Por ese motivo se establece la posibilidad de recurrirlo en apelación y excluye el supuesto en que se deniegue la nulidad para ser consecuentes con el inciso 11 del artículo 67.3. Y e que la resolución de fondo de un incidente de nulidad rechazado no puede ser apelable, porque el sistema influenciado por la oralidad no lo permite. Muchos incidentes de nulidad se resolverán en las audiencias orales y si se da la posibilidad de apelar de las resoluciones que se emitan rechazando esas solicitudes de nulidad, algunas con fines puramente dilatorios, las audiencias serán interminables.*



*Disponga la entrega del inmueble por falta de pago de diferencias de alquiler (67.3.1.3). En 1a nueva normativa se establece la posibilidad de que en un proceso que involucre el pago de rentas, se prevenga al demandado el pago de las rentas posteriores, mientras se tramita el proceso. Si el demandado no paga las rentas posteriores o no paga las diferencias de alquiler, procede el desalojo en forma inmediata (104.4). Una resolución con esos efectos debe tener apelación y así lo entendió el legislador.*

*Se pronuncie sobre la fijación de honorarios (67.3.14). Los honorarios son la retribución por la prestación de un servicio. En este caso se refiere a cualquier tipo de honorarios (peritos, curadores, albaceas, etcétera). Dada su trascendencia, el legislador ha querido conceder recurso de apelación a la resolución que se pronuncia sobre tal fijación. Y cuando se dice que procede contra la resolución que se pronuncia sobre tal aspecto, se quiere decir, de la resolución que admite o rechaza la fijación. Lógicamente, es recurrible, además, cuando no hay conformidad con el monto fijado. Pero no toda resolución que se pronuncia sobre honorarios tiene apelación. El código excluye la posibilidad de recurrir en apelación, los autos que se dicten sobre incidentes o aspectos que no excedan la suma prevista para menor cuantía (67.3. al final).*

*Tratándose de honorarios de abogado hay norma expresa (76.3. al final) que confiere apelación a la resolución que resuelve sobre e1fondo de un inciden-te de cobro de honorarios. En tal caso, también es aplicable la disposición que niega apelación a la resolución final de un incidente de menor cuantía, en un proceso de mayor cuantía (67.3. al final).*

*Finalice la apertura y comprobación de testamentos (67.3J5). La resolución final de un proceso de apertura y comprobación de testamentos es aquella en la que el tribunal decide si el testamento es válido (118.4). Un pronunciamiento de esa naturaleza y con esos efectos, tiene que tener apelación y así lo entendió el legislador.*

*Declare sucesores (67.3.16). Una resolución que declare sucesores (herederos y legatarios) tiene la virtud de señalar quienes serán los beneficiarios de los bienes de una persona fallecida. Es, sin duda, una de las resoluciones más importantes en un proceso sucesorio (127). Se justifica, como lo en-tendió el legislador, que tenga apelación, para que el superior determiné si lo resuelto se ajusta o no a derecho. Aunque el código se refiere solo a la resolución que declare, se entiende que es impugnable el pronunciamiento como un todo, es decir, en caso de que excluya a alguno de los que pretenden ser sucesores.*

*Emitan pronunciamiento sobre exclusión o inclusión de bienes (67.3.17). En un proceso sucesorio se puede plantear una discrepancia sobre si se excluyen o incluyen bienes (128.4). El resultado de esa discusión puede implicar una seria afectación a alguna persona o al haber hereditario: Es razonable, entonces, que ese pronunciamiento sea impugnable mediante el recurso de apelación. Y es apelable la resolución que acepte la solicitud de exclusión o inclusión o la que la rechace.*

*Resuelva sobre la remoción del albacea (67.3.19). Finalizando la vigencia del Código Procesal Civil de 1990, se suscitó alguna jurisprudencia menor (denominación que le da la doctrina a las resoluciones reiteradas que no provienen de las Salas de la Corte Suprema de Justicia), según la cual, la resolución que rechazaba un incidente de remoción de albacea carecía de recurso de apelación.[300] El nuevo código procesal civil toma partido en esa discusión y señala claramente que es apelable la resolución que resuelva sobre la remoción del albacea. Se entiende que ante una solicitud, sea que se acoja o rechace, lo que se resuelva es apelable. Y si la remoción se dispone de oficio, el pronunciamiento es impugnable en apelación. Es claro que privó el derecho del albacea cuestionado a que su separación sea analizada por una instancia superior.*

*Resuelva de forma definitiva sobre la rendición de cuentas (67.3.20). El Código contempla varios supuestos de rendición de cuentas (abogados, albaceas; curadores, etcétera). En todos esos supuestos, para la rendición de cuentas se debe seguir el procedimiento previsto legalmente (147) y al final el tribunal tendrá que emitir un pronunciamiento decidiendo si las aprueba o no. Esa resolución es apelable, como debe serlo, por su trascendencia para los derechos de los contendientes.*



*Deniegue la reapertura del proceso sucesorio (67.3.21). Después de ter-minado un proceso sucesorio es posible su reapertura (por ejemplo, porque aparecieron otros bienes) (134.1). Si la solicitud de reapertura es denegada, tal resolución es apelable y así debe ser. En realidad, se trata de una denegación al acceso a la justicia y una disposición como esa debe ser revisada en otra instancia, como es la línea general de este código.*

*Se pronuncie sobre la adjudicación, transmisión o acto sucesorio realizado en el extranjero (67.3.22). El reconocimiento de un acto del proceso sucesorio que se realice en el extranjero, es un pronunciamiento de gran trascendencia porque determina la adjudicación de bienes de la persona fallecida (135). Eso justifica, como 10 entendió el legislador, que tenga apelación lo que sobre ello se resuelva.*

*Deniegue la ejecución provisional (67.3.23). Una de las novedades que tiene el Código Procesal Civil es un moderno sistema de ejecución provisional, generalmente, sin necesidad de caución (147). Garantizar el funciona-miento idóneo de ese sistema, empieza por asegurarle a la parte interesada el acceso a ese mecanismo de ejecución. Desde esa perspectiva, una resolución denegatoria de la ejecución puede ser limitativa de ese derecho y por eso se justifica que un superior la revise.*

300 Algunos ejemplos encontramos: en el artículo 76.3., se hace referencia al recurso de apelación tratándose de la resolución final del incidente de cobro de honorarios de abogado, a pesar de que ya lo contempla el inciso 12 del artículo 67.3.- Igualmente, en el 133.3, que se refiere a la resolución que se pronuncia sobre un proyecto de partición de menor cuantía.

*Apruebe o impruebe la liquidación de intereses y costas (67.3.24). Cuando una parte obtiene el derecho a que le paguen intereses o costas debe hacer una liquidación de lo que estima se le debe y el tribunal decide si la aprueba o no y establece el monto que legalmente procede. Bueno, esa resolución implica conceder o denegar derechos patrimoniales. Se trata de un importante pronunciamiento de la ejecución, que merece sea revisada en segunda instancia. Pero o toda resolución que se pronuncia sobre intereses o costas tiene apelación. El código excluye la posibilidad de recurrir en apelación, los autos que se dicten sobre incidentes o aspectos que no excedan la suma prevista para menor cuantía (67.3. al final). Es decir, si lo liquidado es menor cuantía, en un proceso de mayor cuantía, lo que se resuelva no tiene apelación.*

*Ordenen o denieguen el embargo o su levantamiento (67.3.25). Un embargo puede ser preventivo, cuando el derecho no ha sido reconocido; o puede ser ejecutivo, una vez que hay una resolución firme que consolida el derecho. En la legislación anterior no había claridad en cuanto al recurso de apelación dependiendo del tipo de embargo. El código clarifica el punto. Independientemente se trate de un embargo preventivo o ejecutivo la resolución que lo ordene, la que lo deniegue o rechace una solicitud de levantamiento, tiene apelación. Tratándose del embargo preventivo (cautelar), esta disposición es concordante con lo que establece el inciso 4 del numeral 67.3. que estamos analizando.*

*Ordenen o denieguen la solicitud de remate (67.3.26). El remate es un acto procesal complejo, que se compone de tres elementos fundamentales: la resolución que lo ordena, el acto de la subasta y la resolución que lo aprueba. La orden de remate (157.4) es tan importante, que en algún momento hasta se le ha considerado, en mi criterio erróneamente, como una especie de sentencia (por ficción legal, se ha dicho). Su trascendencia es indiscutible; en ese pronunciamiento, el tribunal toma la decisión de vender los bienes del deudor con el fin de obtener el pago de la deuda. Por eso se justifica que tenga apelación, aunque esa impugnación pueda representar un atraso en la ejecución. Y también es razonable que tenga ese recurso la resolución que*



*deniega la solicitud de remate, porque una disposición como esa implica enervar los derechos del acreedor a satisfacer su crédito.*

*Apruebe el remate (67.3.27). La resolución que aprueba el remate (163), en el contexto de la nueva normativa, es de gran trascendencia ante la inexistencia del viejo incidente común de nulidad de remate. En ese pronuncia-miento el tribunal no soló valida el procedimiento anterior, sino que adjudica los bienes al mejor postor: No hay duda, entonces, que es una resolución que amerita otro examen en segunda instancia.*

*Declare la insubsistencia del remate (67.3.28). La declaratoria de insubsistencia de un remate (162) es un pronunciamiento que tiene graves implicaciones para el oferente que no depositó el resto de lo ofrecido porque pierde el depósito y para el deudor, porque se reducen las posibilidades de venta del bien al aumentar el depósito para participar en la subasta. Es por eso que debe tener apelación.*

*Resuelva sobre la liquidación del producto del remate (67.3.29). La liquidación del producto del remate, es el reparto que dispone el tribunal, del dinero obtenido con la subasta. Además del pago de costas, una de las principales decisiones es a cuál de los acreedores se les paga primero (164). Además, hay que disponer sobre el remanente, si existe. Finalmente, esa resolución es, prácticamente, la culminación del proceso. No hay duda que el examen en segunda instancia es prudente.*

*Se pronuncie sobre el fondo de las tercerías (67.3.30). Las tercerías son un incidente de la ejecución, un proceso incidental, al final del cual se determina si un acreedor tiene derecho preferente de pago, la forma en que se distribuye el producto del embargo o la liberación de un bien que ha sido indebidamente embargado.*

*En realidad, la resolución que se pronuncia sobre el fondo de una tercería, es un pronunciamiento sobre el fondo de un incidente que cabe en el supuesto del inciso 12 de artículo 67.3. Para mayor claridad y con la finalidad de evitar dudas e interpretaciones, se consignó este inciso, que repito, podría entenderse como repetitivo. Pero no toda re- solución que se pronuncia sobre tercerías tiene apelación. El código excluye la posibilidad de recurrir en apelación, los autos que se dicten sobre inciden-tes o aspectos que no excedan la suma prevista para menor cuantía (67.3. al final). Es decir, si la estimación de la tercería es de menor cuantía, en un proceso de mayor cuantía, la resolución final no tiene apelación.*

*Imponga sanciones conminatorias o disciplinarias (67.3.31). El Código Procesal Civil no establece sanciones disciplinarias, Eso se dejó para que quede regulado en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Una resolución que imponga sanciones disciplinarias o conminatorias, debe tener apelación porque se trata de una pena y, como tal, es indispensable el derecho a una segunda instancia, tal como lo tiene establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

*Las resoluciones que disponga expresamente la ley (67.3-.32). La Comisión Redactora pretendió enlistar en un solo y exclusivo artículo todas las resoluciones impugnables mediante el recurso de apelación. No obstante, es inevitable, como consecuencia del trámite legislativo,· que aparezcan referencias a resoluciones apelables en algunas disposiciones aisladas. También es posible, como consecuencia de otras leyes, se conceda apelación a determina-dos pronunciamientos.*[301] *Se trata de una norma previsora de esa realidad.*

## PROCEDIMIENTO DEL RECURSO DE APELACIÓN

*El recurso de apelación debe ser establecido ante el Tribunal que dictó la resolución que motiva la inconformidad. Aunque se pensó en la posibilidad de que se interpusiera directamente ante el superior, como en otras legislaciones, no se consideró pertinente cambiar el sistema existente con el Código Procesal Civil de 1990, para mantener lo relativo a la admisibilidad en el tribunal de primera instancia, con lo cual se disminuye el trasiego de expedientes. Como el recurso se puede interponer en audiencia, en forma oral, se establece como único momento para hacerlo, en forma inmediata al dictado de la resolución oral (67.l.pá.2º), obviamente, cuando dicha resolución es apelable. Tratándose de autos escritos y de sentencias, el plazo será de tres y cinco días, respectivamente (67.1.pá.2º).*



*Interpuesto el recurso; el tribunal debe decidir si lo admite o no y emitir un pronunciamiento al respecto. En el supuesto que sea admitido, las partes pueden gestionar ante el superior para hacer valer sus derechos dentro de quinto día (67.1.pá.2º). Deben comparecer (gestionar) en ese plazo, a partir del momento en que se les notifique la resolución que admite la apelación, sin esperar ninguna resolución que los conmine, pues ese plazo está dispuesto por ley y el tribunal no tiene que darlo. No parece que haya problema si lo da, pero el sistema está previsto para que no sea necesario que el tribunal lo dé.*

*¿Cuál es la razón por la que se da ese plazo para que las partes acudan ante el superior? El tema tiene importantes implicaciones. Si se trata de un auto o sentencia, dictados en forma ora en una audiencia oral, la apelación se interpone en ese mismo momento, el tribunal decide si la admite o no y si la difiere o admite la apelación en forma directa. Como la otra parte tiene que estar presente, es será el único momento que tendrá para hacer valer sus derechos, en relación con el recurso. No podrá hacerlo posteriormente ante el superior, salvo que su ausencia haya sido justificada.*

301 Algunos ejemplos encontramos: en el artículo 76.3., se hace referencia al recurso de apelación tratándose de la resolución final del incidente de cobro de honorarios de abogado, a pesar de que ya lo contempla el inciso 12 del artículo 67.3.- Igualmente, en el 133.3, que se refiere a la resolución que se pronuncia sobre un proyecto de partición de menor cuantía.

*Si se trata de un auto o de una sentencia dictada por escrito, la parte apelante debe indicar todos los motivos al interponer el recurso y una vez admitido éste, la parte contraria debe hacer valer sus derechos ante el superior en el plazo establecido por la ley. En conclusión, ese plazo para acudir ante el superior, no está previsto para el apelante, solo para la parte contraria, que por las circunstancias no pudo hacer valer sus derechos ante el tribunal de primera instancia. Ni siquiera es viable pensar que ante el superior el apelante solicite prueba en segunda instancia, pues debió pedirla al establecer el recurso. Todo eso es consecuencia del principio de concentración, en virtud del cual no es posible conceder varias oportunidades, en perjuicio de la celeridad procesal, para hacer valer derechos.*

*Es posible, que al admitir el recurso haya en el proceso algún acto procesal trascendente y pendiente que sea necesario cumplir, de previo a todo trámite (resolución de una petición de medida cautelar, por ejemplo). En ese caso, el expediente no se debe remitir al superior, hasta se cumpla lo que está pendiente y es trascendente.*[302] *Si el expediente ya está en el tribunal superior y lo necesita el tribunal de primera instancia para dar cumplimiento a alguna actuación, lo debe pedir, el superior lo debe enviar en forma inmediata y el tribunal de primera instancia deberá devolverlo a la mayor brevedad posible, cuando se realice lo que está pendiente.*

## APELACIÓN DIFERIDA

*El instituto de la apelación diferida no es nuevo en nuestra normativa procesal civil. Fue regulado por primera vez en la Ley de Cobro Judicial que entró en vigencia el 20 de mayo de 2008 y también en la Ley de Monitorio Arrendaticio que entró a regir a partir del 5 de setiembre de 2013. Sobre dicha normativa hago algunas observaciones para efectos históricos. Se extrajeron del que en ese momento era el proyecto de código procesal civil, con el inconveniente que se cambió ligeramente la redacción y por lo tanto el sentido de la apelación diferida. Como consecuencia de que ambas leyes regulaban procesos simples, como monitorios, hipotecarios y prendarios, la referencia a sentencias anticipadas no era concordante con esos tipos de proceso, cuyo procedimiento se limitaba a una única audiencia y a una única sentencia. Se establecía la posibilidad de que se dictaran sentencias anticipadas, lo que no parecía viable en un proceso monitorio, que se caracteriza por contener pretensiones muy reducidas. Además, mientras que el Proyecto de Código Procesal Civil decía que sobre la apelación diferida se resolvería al conocer de la sentencia, en ambas leyes se introdujo una incorrección: se decía que la apelación diferida se conocería al conocer de la sentencia de segunda instancia, lo que era imposible, porque la sentencia de segunda instancia no tenía más recursos. En el proyecto de código procesal civil se condicionaba el conocimiento de las apelaciones diferidas de quien no había apelado, al hecho de que resultara victorioso. Esa condición se eliminó en las leyes que comentamos. Desde esa perspectiva, se propiciaba el contrasentido de que bastaba que un parte no figurara como apelante, sin importar la razón, quizá hasta porque no quiso para que se le conocieran las apelaciones diferidas que no reiteró. Estos son ejemplos, de como pretendiendo mejorar la redacción se varió el sentido de las normas.*

*Introducción de ese concepto tiene como finalidad evitar que con cualquier gestión intrascendente se atrase el procedimiento.*

*Finalmente, para terminar este breve desarrollo histórico, la apelación diferida era inaplicable, aunque estuviera regulada en ambas leyes. De conformidad con lo que disponían las Leyes de Cobro Judicial y Monitorio Arrendaticio solo eran recurribles en apelación las siguientes resoluciones: la que rechazaba la demanda, la que declaraba con lugar excepciones procesales, la sentencia que se pronunciaba sobre la oposición, la que aprobara o improbara la liquidación de intereses o costas, ordenara el levantamiento*

302 En la legislación uruguaya se admite la apelación por inadmisión aunque se trate de un supuesto de apelación con efecto diferido. (Artículo 262 del Código General del Proceso).



Volver al índice

*de los embargos, denegara el embargo, ordenara el remate, declarara insubsistente el remate, resolviera sobre la liquidación del producto del remate y se pronunciara sobre el fondo de las tercerías. Con fines argumentativos, digo, que solo en esos supuestos era admisible el recurso de apelación en el curso de un proceso de los que regulaban esas leyes. Del análisis de las resoluciones apelables en la etapa de conocimiento en un proceso regulado por las citadas leyes, se concluye que no existía posibilidad que ninguna de ellas se dictara en audiencia. La resolución que rechaza la demanda, salvo algún supuesto excepcional, no se dicta en audiencia, se emite al inicio. Y aún si se pronunciara en audiencia la apelación no podría diferirse porque para poder continuar con el proceso e indispensable dilucidar si se mantiene o no el rechazo. En esa tesitura, aún si se dictara en audiencia, tal resolución se-ría apelable directamente. La resolución que declara con lugar excepciones procesales es apelable directamente, es decir, la apelación no se puede diferir. Hay que admitir la apelación en forma directa e inmediata, porque de lo que se resuelva sobre esa excepción procesal puede depender la validez y eficacia del resto del procedimiento. La sentencia que se pronuncia sobre la oposición, es la resolución final de la etapa de conocimiento y sería ilógico que la apelación se admita en forma diferida. Finalmente, todas las demás resoluciones apelables, según las leyes que comentamos (la que apruebe o impruebe la liquidación de intereses o costas, ordene el levantamiento de los embargos, deniegue el embargo, ordene el remate, declare insubsistente el remate, resuelva sobre la liquidación del producto del remate y se pronuncie sobre el fondo de las tercerías), son propias de la etapa de ejecución, es decir, posteriores a 1a audiencia. Si la apelación diferida solo tiene sentido para hacer efectivos los principios de inmediación y concentración en la audiencia, es inaplicable a esas alturas del procedimiento.*

***Concepto y finalidad de la apelación diferida***

*El recurso de apelación, como todos sabemos, es el medio que ha establecido la doctrina y las legislaciones para impugnar resoluciones que no están firmes. Una de las características fundamentales de ese tipo de recurso, es que el expediente se remite a una segunda instancia superior jerárquica, para que revise lo resuelto por la persona juzgadora de primera instancia.*



*En relación con el recurso de apelación la doctrina ha tenido dos grandes preocupaciones: garantizar la idoneidad de las resoluciones y disminuir los efectos negativos que produce, en el procedimiento y en la celeridad de la justicia, el trámite de una apelación.*

*Durante la vigencia del sistema de la escritura esas eran las dos preocupaciones de la doctrina y de los legisladores. Hoy con la introducción de la oralidad se introduce una tercera inquietud: ¿Cómo garantizar el derecho a la segunda instancia, cuando es necesario, sin afectar el desarrollo de las audiencias orales? Hay que reconocer que sería muy dañino para la celeridad del procedimiento y para hacer realidad el principio de justicia pronta y cumplida, que cada vez que una de las partes esté en desacuerdo con una resolución judicial, en la audiencia oral, pueda establece recurso de apelación. Aún más grave sería, que como consecuencia de ese recurso se abra una segunda instancia, con remisión del expediente a otro órgano jurisdiccional de superior categoría.*

*Con la finalidad de superar esa dificultad surge el instituto de la apelación diferida que tiene como antecedente el artículo 340 del Codice Di Pocedura Civile italiano.*

*Siempre que se expone sobre un instituto científico se intenta dar una definición. Tengo la idea, de que el ensayo de conceptos debe tener como finalidad darle al lector o al oyente una ubicación primaria y básica sobre lo que se va a tratar. Es así, porque el conocimiento de un instituto solo se logra una vez que se han estudiado todas sus características.*

*Para dar una idea de cómo concebirlo, cito textualmente lo que dice el Código General del Proceso e Uruguay, que conceptúa al diferimiento como un efecto de cierto tipo de apelaciones:*

*"Con efecto diferido, limitado a la simple interposición del recurso, en cuyo caso y sin perjuicio del cumplimiento de la resolución impugnada, se reservará fundamentarlo conjuntamente con el de la eventual apelación de la sentencia definitiva. En este caso, se conferirá traslado de ambos recursos a la contraparte y se resolverán los mismos conjuntamente." "La apelación tendrá efecto diferido en los casos expresamente establecidos en la ley."*

***Naturaleza jurídica de la apelación diferida***

*Hay que precisar que, desde nuestra perspectiva, la apelación diferida no tiene ninguna relación con los efectos de la apelación como suele creer al-guna doctrina, criterio que se adopta en legislaciones como la Uruguaya citada.*

*Los efectos suspensivos y no suspensivos de la apelación se refieren a la posibilidad de ejecutar o no una resolución impugnada, lo que no tiene relación con la naturaleza de la apelación diferida. Lo anterior lo digo, para sustentar mi criterio, de que la apelación diferida es solo otra modalidad de apelación, como la adhesiva y la apelación por inadmisión, que tiene finalidades específicas, requisitos de admisibilidad y efectos diferentes.*

***La apelación diferida como instituto indispensable en un sistema influenciado por la oralidad***

*La introducción de la oralidad en un sistema procesal obliga a configurar un procedimiento diferente al que existía durante la vigencia del sistema de la escritura.*



*La inclusión de una audiencia oral en el procedimiento exige plantearse una realidad inobjetable: durante la audiencia oral no se pueden admitir apelaciones, que tengan como consecuencia la suspensión de la audiencia y la remisión del expediente a un superior. Aceptar esa posibilidad, implicaría la suspensión de la audiencia por un lapso de tiempo inconveniente para la vigencia de los principios de inmediación y concentración consustanciales a la oralidad.*

*La apelación diferida, entonces, se constituye en un mecanismo que pretende garantizar el examen de aspectos del litigio por parte de una instancia superior, sin suspender la audiencia oral. Por, eso se entiende que se trata de un instituto indispensable para el funcionamiento de un sistema influenciado por la oralidad.*

***Apelación diferida y resoluciones apelables***

*Siendo como lo es la apelación diferida, un instituto indispensable para el funcionamiento de un sistema procesal influenciado por la oralidad, en su configuración se plantean varias interrogantes: ¿Cuáles resoluciones son apelables mediante el sistema de apelación diferida? ¿Son apelables todas las que se dicten en la audiencia? ¿Solo son recurribles por este medio las que el legislador establece como apelables? ¿El legislador debe distinguir entre resoluciones de apelación directa y resoluciones de apelación diferida?*

*La respuesta a estas interrogantes tiene muchas aristas. La mayoría de la doctrina procesal tiene la idea de que es necesario limitar el número de resoluciones apelables; el denominado sistema de apelación limitada. En otras palabras, que hay que mantener la posibilidad de apelar solo de las resoluciones indispensables para garantizar el debido proceso. Desde esa perspectiva, todo parece indicar que el legislador debe, en primer lugar, determinar cuáles resoluciones son de tanta trascendencia para que merezcan conservar la*

*posibilidad de recurrirlas. La idea, entonces, es que, solo en esos supuestos se pueda establecer un recurso de apelación.*

*La diferencia de si a la apelación se le da tratamiento como directa o diferida, se da por la circunstancia de que se plantee durante la audiencia o fuera de ella. Si la resolución es apelable y se dicta fuera d audiencia la apelación no será diferida, porque no se afecta a los principios de inmediación y concentración. Si es apelable y se dicta en audiencia, la apelación será diferida para no afectar el desenvolvimiento de la comparecencia oral.*

*Pero, además, para que la apelación sea directa y no suspensiva, es indispensable que el aspecto sobre el que se impugna tenga efectos suspensivos, es decir, que no sea posible continuar sin resolver al respecto. Por esa razón, la tarea del legislador es no concederle apelación directa a resoluciones que se dicten en audiencia, sobre aspectos que no tienen efecto suspensivo.*

*No parece conveniente establecer una lista de resoluciones apelables en forma directa y otra lista de resoluciones apelables en forma diferida, porque una distinción de esa naturaleza sería contraria a la naturaleza y finalidad de ese tipo de apelación. Tampoco parece saludable para el sistema de justicia que se establezca una lista de autos apelables en forma directa y que todos los demás sean apelables en forma diferida. Una disposición de esa naturaleza tendría como consecuencia la interrupción constante de la audiencia.*

***La apelación diferida en el Código Procesal Civil***

*El Código Procesal Civil, está influenciado por la oralidad. En el procedimiento de los procesos ordinarios se introducen dos audiencias orales, una preliminar y otra complementaria. En los demás procesos se prevé una audiencia oral, sin perjuicio de que ésta se fraccione y se realice en días consecutivos.*



*En esta normativa para superar el desorden existente durante la vigencia del código, procesal civil de 1990, se establece una única lista de resoluciones apelables. En esa enumeración se contienen las resoluciones apelables en todo el procedimiento y en todos los procesos. En otras palabras, las resoluciones que no aparezcan en esa lista no se pueden impugnar mediante el recurso de apelación, en ningún proceso. Rige, un sistema de apelación limitada estricta. Para estructurar el sistema, se hizo un cuidadoso trabajo de selección de resoluciones trascendentes, respecto de las cuales no se consideró pertinente eliminar la posibilidad de una segunda instancia.*

*El artículo 67.4. del Código Procesal Civil dispone:*

*“Cuando la apelación de autos o de sentencias anticipadas, se formulare en la audiencia de pruebas, no se suspenderá el procedimiento, salvo que la resolución apelada le ponga fin al proceso. Si el aspecto recurrido no tiene efectos suspensivos, la apelación se tendrá como interpuesta en forma diferida y condicionada a que la parte impugne la sentencia, reitere la apelación y que el punto tenga trascendencia en la resolución final, en cuyo caso, será resuelto al conocer de la sentencia. Si la parte que interpuso el recurso no figura como apelante de la sentencia por haber resultado victoriosa, y con motivo de la procedencia del recurso de cualquiera otro litigante la objeción recobra interés, la apelación diferida deberá ser considerada.*

*Si la sentencia lo que admite es el recurso de casación no es procedente la apelación diferida; sin embargo, la parte podrá hacer valer la inconformidad al recurrir contra ella, si lo alegado constituye motivo de casación.”*

*Esa disposición legal comienza identificando, en términos generales, las resoluciones apelables en "forma diferida y señala claramente que pueden serlo los autos y las sentencias anticipadas. Pero no serán apelables todos los autos, sino los que la normativa expresamente identifica como apelables.*

*Cuando el artículo habla de sentencias anticipadas, se refiere a aquellas resoluciones que se pronuncian sobre cuestiones de fondo, pero que se dictan antes de la finalización del procedimiento.*

*Para que la apelación reciba tratamiento de diferida, dice la norma, es indispensable que se formule en la audiencia de pruebas. Recordemos que en el proceso tipo, el ordinario, el procedimiento está previsto para dos audiencias: una preliminar y otra complementaria. La audiencia de pruebas es en realidad la audiencia complementaria. Es impensable dar tratamiento de diferida a una apelación que se formule en la audiencia preliminar. Tal procedimiento solo es dable en la audiencia complementaria, cuando haya iniciado la práctica de la prueba.*

*Si se trata de un proceso de una sola audiencia, el tratamiento diferido, solo se debe dar una vez que haya iniciado la práctica de la prueba.*

*Lo que vengo diciendo solo encuentra explicación, si el tema se analiza en el contexto de un proceso influenciado por la oralidad y en el marco que ofrecen los principios de inmediación y concentración. Diferir la apelación solo tiene sentido para garantizar que no se afecten los principios de inmediación y concentración. Si se tiene claro que tales principios tienen como finalidad mantener la unidad del procedimiento, que no transcurra mucho tiempo entre el momento en que se practica la prueba y aquel en que se dicta, la sentencia, se concluye que el tratamiento diferido solo es procedente cuando ha iniciado la práctica de la prueba. Solo a partir de ese momento es posible que se corra el riesgo de que por el transcurso del tiempo la persona juzgadora olvide lo percibido en la audiencia. Es por esa razón que ese artículo dice, que si la apelación se formula en la audiencia de pruebas no se suspende la audiencia, salvo que la resolución le ponga fin al proceso y si el aspecto recurrido no tiene efectos suspensivos la apelación se tendrá por interpuesta en forma diferida. La redacción de la norma es correcta, si la resolución que se dicta le pone fin al proceso y se formula apelación, lo que se produce es una suspensión de la audiencia, al menos hasta que se resuelva la apelación, porque si esa resolución es confirmada lo que se da es la terminación del litigio, pero tal terminación es una eventualidad. Si la resolución no tiene efectos suspensivos, lo que se da es tratamiento de apelación diferida, pues el proceso puede continuar a pesar de la existencia de la impugnación.*



*No sobra decir, porque la legislación parte de esa base, que aún la apelación diferida, debe ser fundamentada al momento de su interposición, bajo sanción de rechazo de plano ante esa omisión (65.5).*

*Tratándose de procesos en los que la sentencia no tiene apelación, no es procedente la apelación diferida. Si la sentencia no tiene apelación lo que tendrá es casación, en cuyo caso, la propuesta legislativa le permite a la parte afectada que al impugnar la sentencia mediante el recurso de casación, haga valer la incorformidad, si lo alegado constituye motivo de casación. El disímil tratamiento se justifica en que los procesos que gozan del recurso de casación serán conocidos en primera instancia por tribunales colegiados, respecto de lo cuales se entiende que constituyen mayor garantía de observancia del debido proceso.*

***La necesidad de reiterar la inconformidad***

*Una característica especial con importantes efectos procedimentales y sustanciales de la apelación diferida, es que queda condicionada a que la parte que apeló en la audiencia reitere el recurso al apelar de la sentencia. En otras palabras, que si se apela en la audiencia y el recurso quedó diferido, al apelar de la sentencia el*

*recurrente debe reiterar la inconformidad. Si no lo hace, el superior omitirá todo pronunciamiento sobre ese aspecto. Es interesante, porque el que obtuvo sentencia totalmente estimatoria no va a poder recurrir. No puede hacerlo, porque le falta el interés desde que resultó victorioso. Ahora, si el apelante diferido resultó parcialmente ganancioso y quiere apelar por lo no concedido, deberá reiterar las apelaciones diferidas para que el superior las analice.*

*Pero no basta con que el afectado total o parcialmente por la sentencia reitere las apelaciones diferidas, es indispensable que lo que es motivo de inconformidad tenga trascendencia en la resolución final. En otras palabras, que, aunque sean reiteradas, si lo que motiva las apelaciones diferidas no tiene implicaciones en lo que es motivo de recurso, el superior las rechazará. No es que no las analiza, es que las rechaza, porque para el rechazo tiene que estudiarlas, fundamentalmente, desde la perspectiva de su trascendencia en relación con la apelación de la sentencia.*

*Si las apelaciones diferidas son reiteradas y tienen trascendencia en la resolución final, sobre ellas se emitirá pronunciamiento en la sentencia de segunda instancia.*

*Una situación especial se puede dar con la parte que llega a la segunda instancia ganando, por apelación de la contraria. En ese caso, quien va ganan-do no apela, porque no tiene interés en hacerlo. El problema se presenta si el superior revoca la sentencia y quien venía ganando va a terminar perdiendo. En ese caso, para garantizar el derecho de contradicción, el legislador exige que se analicen de oficio las apelaciones diferidas de quien venía ganando (67.4).*

*En todo caso, si la apelación diferida se sustenta en un vicio del procedimiento que cause indefensión, se impone la nulidad de la sentencia para que el inferior subsane los defectos y emita nuevo pronunciamiento. Tal efecto solo se daría, se repite, si existiera indefensión.*



## APELACIÓN POR INADMISIÓN

*El instituto de la apelación por inadmisión, tiene muchas características que lo diferencian de lo que es el recurso ordinario de apelación, por lo cual, parece que la denominación que se le da no es precisa. En otras legislaciones se le denomina recurso de queja, porque es efectivamente una queja. Aquella parte que considere que el tribunal de primera instancia le denegó indebidamente un recurso de apelación, plantea una apelación por inadmisión para intentar que el superior lo admita.*

*El nuevo código mantiene el recurso de apelación por inadmisión, con la finalidad que por su medio se impugnen las resoluciones que deniegan ilegalmente un recurso de apelación (68.1). Originalmente la propuesta establecía que solo era posible recurrir por este medio, cuando lo que se denegara era un recurso de apelación no diferible; es decir, cuando se denegara un recurso de apelación interpuesto contra un pronunciamiento que tuviera efecto suspensivo del procedimiento. De un estudio posterior y detallado de la propuesta, se llegó a la conclusión que lo mejor era quitar esa limitación en cuanto a la apelación no diferible pues complicaba la aplicación de la norma. Finalmente, el artículo quedó en lo que interesa: "Procederá el recurso de apelación por inadmisión contra la resolución que deniegue un recurso de apelación"*

*(68.1)[303]A diferencia de la legislación procesal anterior, en que la apelación por inadmisión se debía presentar*

303 Estableciendo que el recurso de apelación por inadmisión se puede presentar ante el mismo tribunal que denegó el recurso, lo que se pretende es facilitar el acceso a los recursos cuando legalmente procedan. Con ello se evita lo que sucedía durante la vigencia del Código Procesal Civil de 1990, que una parte que tramitaba un proceso ordinario en Liberia debía hacer un gran esfuerzo para plantear una apelación por inadmisión en el Tribunal Segundo Civil de San José. De todas formas, la presentación ante el mismo tribunal que denegó el recurso propicia

*ante el superior, el nuevo código dispone que debe establecerse ante el mismo tribunal que denegó el recurso (68.2). El influjo de la oralidad obligó a ese cambio. Así debe ser, porque existe la posibilidad que se deniegue una apelación en una audiencia oral, mediante resolución oral. En ese caso, la dinámica procedimental y el principio de concentración obliga a que deba plantearse la apelación por inadmisión ante el mismo tribunal que denegó el recurso.[304] Para no establecer dos procedimientos diferentes si la resolución es oral o escrita, se uniformó el sistema para que en todo caso se presente ante el mismo tribunal que denegó el recurso. Pero la presentación de la apelación por inadmisión ante el mismo tribunal que denegó el recurso, no implica que ese mismo tribunal decida sobre la admisibilidad o no de la apelación por inadmisión. Ese tribunal de primera instancia es un simple receptor.*

*Si la apelación se deniega en relación con una resolución escrita, el plazo par interponer la apelación por inadmisión es de tres días, y también ante el mismo tribunal que denegó el recurso (68.2). En la gestión, oral o escrita, se debe expresar con claridad las razones por las cuales se estima ilegal la denegatoria (68.2).*

*Es posible interponer apelación por inadmisión, cuando sea denegada una apelación que debió admitirse con efecto diferido. En ese caso, lo novedoso es el procedimiento, porque el tribunal debe limitarse a tener por interpuesta la apelación por inadmisión (apelación por inadmisión diferida). Esa apelación por inadmisión queda reservada para que sea resuelta y tomada en consideración en el momento en que el superior se pronuncie sobre el recurso interpuesto contra la sentencia definitiva, siempre que subsista el interés del apelante por inadmisión (68.2. al final). En otras palabras, aquel litigante que sepa que tiene una apelación por inadmisión diferida, deberá reiterarla al apelar de la sentencia. Si el tribunal revoca la resolución del tribunal de primera instancia que denegó la apelación y admite la apelación, resuelve el punto de una sola vez.*

*Cuando se interponga apelación por inadmisión en relación con una apelación que debió admitirse en forma inmediata, alegada la apelación por inadmisión, el tribunal de primera instancia debe remitir el expediente al superior inmediatamente (68.2. al final). Véase como el tribunal que denegó la apelación; no emite pronunciamiento sobre la admisibilidad o no de la apelación por inadmisión.*



*La interposición de un recurso de apelación por inadmisión no tiene efecto suspensivo del procedimiento, salvo que el tribunal, atendiendo a lo que es objeto de discusión lo disponga expresamente (68.3).*

*Si el superior declara improcedente la apelación por inadmisión, confirma el auto denegatorio de la apelación que dispuso el tribunal de primera instancia. Tal pronunciamiento implica la firmeza de la resolución que se cuestionó en primera instancia.*

*Si el superior declara con lugar la apelación por inadmisión, revoca el auto denegatorio emitido por el tribunal de primera instancia y admite la apelación. A partir de la notificación de la resolución que admite la apelación por inadmisión, las partes tienen un plazo de cinco días para comparecer ante el superior a hacer valer sus derechos. Se dice que a partir de la notificación de la resolución que admite la apelación por inadmisión, porque el código no prevé que se dicte resolución alguna emplazando a las partes. Ya ese emplazamiento está dado por disposición legal (68.3.pá.2º).*

## ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN

*Aunque ya se ha expuesto ampliamente sobre el tema, es preciso recapitular sobre algunos aspectos fundamentales en relación con la admisibilidad del recurso de apelación. Para que un recurso de apelación*

la inmediación característica de un proceso influenciado por la oralidad.

304 Digo tribunales, porque en algunos casos la apelación la admite el de primera instancia y en otros el de segunda instancia (apelación por inadmisión).

*sea admisible es indispensable que se cumplan varios presupuestos: que se interponga en tiempo, que la resolución sea susceptible de impugnación mediante se tipo de recurso, que sea debidamente fundamentado y que el recurrente tenga interés para apelar. ¿Qué significa que el recurrente tenga interés para apelar? Que la resolución le sea desfavorable en algún aspecto. Y como ya vimos oportunamente, hay supuestos en que es indispensable que el punto sea de mayor cuantía, porque si se trata de un aspecto de menor cuantía, en un proceso de mayor cuantía, no es susceptible de impugnación por este medio.*

## LA SEGUNDA INSTANCIA

*Un recurso de apelación correctamente formulado, es la llave que abre la puerta a otra dimensión: la segunda instancia. A ese estrato, solo se llega si se cumple con lo que dice la ley y los tribunales admiten el recurso.*[305]

*Admitido el recurso, se remite el expediente al tribunal superior. Dicho tribunal, debe hacer una revisión formal del recurso, el procedimiento y las cuestiones de nulidad propuestas. En todos los casos debe disponer las correcciones que sean necesarias, conservando todas las actuaciones no afectadas por el vicio de nulidad alegado o que sea posible subsanar (67.6).*

*En esta instancia el superior, con sustento en la ley, puede declarar mal admitida la apelación, anular, confirmar o revocar. La declarará mal admitida cuando el tribunal de primera instancia haya errado al admitir la apelación. Anulará, cuando exista indefensión de conformidad con la teoría de las nulidades que sigue el código.*

*Revocará total o parcialmente cuando disienta de criterio con el inferior. Confirmará cuando no haya mérito para variar lo resuelto por el tribunal de primera instancia.*



***Prueba en segunda instancia***

*En un sistema procesal influenciado por la oralidad, la admisión y práctica de prueba en segunda instancia no es recomendable. Fundamentalmente, porque puede implicar un mecanismo que utilice alguna de las partes para lograr la dilación del procedimiento. No obstante, es posible que haya supuestos en que admitir y practicar prueba sea la única forma de hacer justicia. Desde esa perspectiva, un sistema procesal moderno no puede cerrar las puertas a la posibilidad de practicar prueba en segunda instancia, en supuestos excepcionales.*

*Partiendo de esas premisas básicas, el Código Procesal Civil establece que la admisión de prueba en segunda instancia tendrá carácter restrictivo y excepcional (67.2). Únicamente es posible admitir aquella prueba que sea estrictamente necesaria para resolver los puntos que sean objeto del recurso, cuando no se haya podido ofrecer o practicar en primera instancia por causas ajenas a la parte (67.2). Así las cosas, para admitir prueba en segunda instancia, el tribunal debe establecer que la parte no pudo ofrecer esa prueba en primera instancia o que no se pudo practicar por causas ajenas esa parte.*

*Para ser consecuente con las disposiciones generales que permiten que el tribunal ordene pruebas de oficio (41.3), es decir, sin que ninguna de las partes lo pida, se le da al tribunal el poder de ordenarla de oficio en segunda instancia, pero solo cuando esa prueba sea indispensable, se entiende, para resolver (67 .2). En qué supuestos sea indispensable, es una decisión que deberá tomar el tribunal, atendiendo a la idea que tenga de su función. Podría considerar que es indispensable para resolver en justicia o conforme a derecho.*

305 Mediante la reforma del 30 de abril de 1992 se eliminó toda posibilidad de control en casación de los estrictos errores de hecho.

***Audiencia oral en segunda instancia y resolución***

*Es discutible la necesidad de realizar audiencia oral en segunda instancia. En esa discusión el legislador del nuevo código tomó partido. La audiencia oral en segunda instancia será excepcional: solo si se admite prueba, si el tribunal lo considera necesario o si alguna de las partes lo solicita y el tribunal lo estima pertinente.*

*Dispone el código, que si se ordena realizar audiencia oral, ésta debe hacerse dentro de los quince días, pero no dice a partir de qué momento. Se entiende que es a partir del momento en que se haga el señalamiento y, sin duda, se trata de un plazo ordenatorio, no perentorio. Es decir, que si no se realiza en ese plazo no hay ninguna consecuencia.*

*En la audiencia oral se debe practicar la prueba que se admita. El orden de intervención es el común en una audiencia oral: primero los apelantes y después las demás partes. Como una manifestación del aumento de los poderes del tribunal, se dispone que puede interrogar a las partes sobre las cuestiones planteada. Concluida la audiencia se debe dictar la resolución final y contra lo que resuelva el tribunal no cabe recurso alguno (67.7). En lo que respecta al dictado de la resolución final, hay que entender que esa es una declaración de principio. Es así, porque el código establece la posibilidad de dictar sentencias dentro de un plazo y no inmediatamente (61.1). Es decir, que si le es posible la dictará inmediatamente y si no, en el plazo dispuesto legalmente.*

## RECURSO DE CASACIÓN

*El recurso de casación en Costa Rica, encuentra entre sus antecedentes inmediatos la legislación española. Por ese motivo, para la comprensión de ese recurso en el nuevo orden normativo, conviene hacer un repaso muy breve sobre el recurso de casación en aquel país. Hay que destacar, que la casación en España que se caracterizó, en un primer momento, por acentuar la tendencia a la defensa del ius litigatoris (derechos de las partes), admitía cierta posibilidad de revisión del juicio de hecho[306] y mantenía en el Tribunal Supremo la competencia para dictar la sentencia después de estimar una casación de fondo.[307] La doctrina española es concordante en que las últimas reformas parciales del recurso de casación no parecían tener un objetivo relacionado con los fines clásicos de la casación o con la renovación de los mismos, sino que parecían dirigirse a descargar de trabajo a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, utilizando la técnica de la restricción a la admisión de este recurso.[308] El recurso de casación en la Ley de Enjuicia-miento Civil española 1/2000 mantiene la exclusión del acceso al recurso por errores en el juicio de hecho, suprime la casación por infracción procesal, procura alcanzar objetivos de unificación de jurisprudencia sin dejar de lado la función de garantía de correcta interpretación y aplicación de la ley y, además, procura evitar el crecimiento excesivo de la carga de trabajo del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.[309] En definitiva, el recurso de casación en España sigue siendo un recurso extraordinario, no es una tercera instancia, sólo permite revisar el juicio de derecho sobre el objeto del proceso y su función es fijar y unificar la jurisprudencia.*



306 El recurso de casación en España, fue recibido con el nombre de recurso de nulidad, en el Decreto del 4'de noviembre de 1838. Posteriormente fue regulado en la LEC de 1855, en la Ley provisional de reforma de la casación civil de 18 de junio de 1870, en la Ley sobre casación civil de 1878 y en la LEC de 1881 reformada recientemente en 1984 y en 1992.

307 Ortells, Derecho Procesal Civil,, Ob. Cit., pág. 560.

308 Ortells, Derecho Procesal Civil,, Ób. Cit., pág. 560.

309 Doctrina que compartimos se manifiesta mayoritariamente contraria al mantenimiento de la fase de admisión del recurso de casación, misma que se considera inútil y que solo tenía justificación inicialmente cuando se repartía la admisión y la decisión del recurso en diversas Salas del Tribunal Supremo. Esta fase carece actualmente de todo sentido porque contribuye a retardar, en la mayoría de los casos, la decisión de los recursos de casación. Serra, El recurso de casación en el Anteproyecto, Ob. Cit., pág. 320.

*En cuanto a su tramitación, es fundamentalmente escrito. Se prepara mediante un escrito que debe presentarse ante el mismo tribunal que dictó la sentencia a recurrir. Ante ese tribunal -en caso de que se tenga por preparado-, el interesado debe interponer el recurso, mediante un escrito en el que deberá exponer con la necesaria extensión sus fundamentos. En ese escrito, si lo considera necesario, podrá pedir la celebración de vista. Presentado el escrito de interposición, se remite el expediente original al tribunal competente para conocerlo, quien decide sobre su competencia y sobre la admisión del recurso. Admitido, el tribunal de casación confiere audiencia a las partes para que, si lo estiman procedente, formalicen oposición por escrito y manifiesten si consideran necesaria la celebración de vista (477 a 485).*[310]

*Desde la perspectiva que a nosotros nos interesa, quizá una de las características esenciales del recurso de casación en España, que se mantiene, sea su limitación a los errores producidos en el enjuiciamiento jurídico de la pretensión y de las defensas de fondo hechas valer por las partes, es decir, sólo permite denunciar errores de derecho.*[311] *Consideramos que esa limitación y, por tanto, exclusión de las cuestiones procesales de este recurso, constituye una restricción a la alegación de defectos procesales con fines meramente dilatorios, lo que permitirá una mayor concentración del procedimiento.*

*La exclusión del análisis de los errores de hecho en el recurso de casación, a pesar de constituir una característica que atiende a la naturaleza de este recurso, tiene efectos sobre la inmediación en el procedimiento de primera instancia. Si en una primera etapa el proceso se ha tramitado con inmediación y en la segunda este principio se ha respetado; en casación no existe posibilidad de inobservancia de la inmediación que se tuvo anteriormente, pues no es posible aquí, variar la relación fáctica proveniente de la sentencias anteriores. Por esa razón, ni siquiera cuando en la segunda instancia se ha vulnerado el principio de inmediación, el recurso de casación propicia esa infracción, por cuanto en éste prevalece la relación fáctica contenida en la sentencia objeto de su conocimiento.*



*La principal manifestación de oralidad e inmediación en el procedimiento del recurso de casación en España es la vista, sin embargo, su celebración es una eventualidad casi descartada. En primer lugar, se dispone la potestad del tribunal de casación de decidir lo que considere conveniente para la mejor impartición de justicia en relación con su celebración y, en segundo lugar, ésta sólo es obligatoria si lo solicitan todas las partes (486.2º), lo que alguna doctrina considera una desacertada regulación.*[312]

*En síntesis, se puede decir que el recurso de casación en España, a partir de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, atiende al principio de concentración, es respetuoso de la inmediación contenida en el procedimiento en sus etapas anteriores y sólo contiene una eventual vista como manifestación de oralidad y posibilidad de que se dé la inmediación en su tramitación.*

## EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

*El de casación, en el nuevo código procesal civil, continúa siendo un recurso, porque está previsto para impugnar resoluciones judiciales que no están firmes. Es extraordinario, porque solo puede ser interpuesto por las causales expresamente señaladas y contra las resoluciones que la ley establece.*

*A pesar de que conserva esas características, la configuración del recurso de casación en el nuevo código procesal civil está claramente influenciada por tres aspectos fundamentales: la introducción de la oralidad,*

310 Ortells, Derecho Procesal Civil, Ob. Cit., pág. 569.
311 Serra, El recurso de casación en el Anteproyecto..., Ob. Cit., pág. 322.
312 Ampliamente, sobre esa imposibilidad. Garberí Llobregat, José y González Cuéllar Serrano, Nicolás, Apelación y Casación en el proceso civil, Editorial Colex, 1994, pág; 159 y siguientes.

*la modificación al régimen de impugnación y el cambio en la estructura jurisdiccional civil. Es posible decir, incluso, que la introducción de la oralidad, determina los otros dos aspectos. Todos esos factores confluyen para que se pueda decir, que tenemos un recurso de casación diferente al que existía durante la vigencia del código procesal civil de 1990. La introducción de la oralidad, obliga a regular este recurso, atendiendo a principios fundamentales del nuevo orden normativo, fundamentalmente a los de inmediación, concentración y publicidad.*

*Y la oralidad y la modificación de la estructura jurisdiccional civil, tiene grandes implicaciones en el diseño del recurso de casación. Adelantemos, para evitar que se nos olvide después: la eliminación de una instancia tiene como consecuencia ineludible, la configuración de un recurso de casación más accesible y menos formalista. Y las normas deben propiciar la interpretación en pro del acceso al recurso de casación y no al contrario. Si se elimina la segunda instancia tradicional, como se hizo, un recurso de casación inaccesible, riguroso y formal puede ser violatorio del derecho al debido proceso, que como vimos, tiene rango constitucional.*

*Y en relación con el nuevo recurso de casación hay un tema que hay que afrontar y que determina el pensamiento que tengamos sobre este recurso. Es sabido que una definición sobre el recurso de casación, que sea aplicable a todos los países es casi imposible. Si hiciéramos un estudio profundo sobre las características comunes de la casación francesa, italiana, española, alemana y austriaca, sería indispensable tomar en consideración la evolución histórica del recurso de casación en cada uno de esos países y posiblemente no se puedan encontrar suficientes puntos de coincidencia como para elaborar un concepto preciso.[313] Lo mismo es predicable en relación con el recurso de casación costarricense. El recurso de casación del Código de 1990 es muy diferente al que se instaura con el nuevo código. El del Código de 1990 era más formalista y respondía a los condicionantes de un proceso sustentado en la escritura. El recurso de casación del nuevo código es menos formalista y responde a un sistema procesal sustentado en la oralidad. Si tuviéramos que identificar al nuevo recurso de casación en pocas palabras, hay que decir que responde a otra concepción de la justicia civil y comercial. Una justicia más cercana al ciudadano, más célere y de mejor calidad. Cercana al ciudadano porque se libera al recurso de formalismos innecesarios. Más célere porque se elimina una instancia. De mejor calidad, porque la oralidad y todos sus principios (inmediación, concentración y publicidad) propiciarán un mejor conocimiento del conflicto por parte de las personas juzgadoras, lo que tendrá como consecuencia la disminución de las posibilidades de error.*



## RESOLUCIONES CONTRA LAS QUE PROCEDE El RECURSO DE CASACIÓN

*El recurso de casación es un recurso extraordinario y como consecuencia el acceso a dicho medio de impugnación no puede ser ilimitado. General-mente se restringe el acceso mediante tres mecanismos: señalando las resoluciones contra las que procede, estableciendo una lista taxativa de motivos por los que puede ser interpuesto y fijando un monto de cuantía del proceso.*

*Todos esos mecanismos fueron incorporados en el código procesal civil; no obstante, como veremos, algunos de ellos se suavizaron en comparación con la legislación anterior y como consecuencia de una nueva concepción del sistema procesal.*

*Son susceptibles de impugnación mediante casación, las sentencias que se dicten en procesos ordinarios de mayor cuantía e inestimables (69.1).[314]*

313 Tal como lo vimos oportunamente y lo señala el artículo 35.3.9, son inestimables aquellos procesos que, por su naturaleza, la cuantía sea de imposible determinación, aunque tengan trascendencia económica. Las sentencias que se dicten en procesos ordinarios de menor cuantía, solo tendrán apelación.

314 Recordemos que constantemente se promulgan leyes que tienen incidencia en el ámbito procesal, que estable-

*Tales procesos ordinarios de mayor cuantía e inestimables, de conformidad con la nueva estructura jurisdiccional civil, serán conocidos, en primera instancia, por un tribunal colegiado.*

*Por razones de economía, las sentencias que dicten esos órganos pluripersonales no serán recurribles mediante apelación, solo lo serán mediante casación.*

*Dice el código que es posible recurrir mediante casación, en los supuestos que señale la ley expresamente (69.1). Esa referencia a los supuestos que señala la ley, debe entenderse en términos amplios, no solamente los otros supuestos específicos que señala este código, sino, a cualquier otra disposición legal actual o futura que expresamente lo señale.[315] El mismo código establece otros supuestos en los que procede el recurso de casación, mismo que se ubican en los artículos 133, 764, 775 y 799.[316] Y también encontramos disposiciones especiales en códigos sustantivos que le confieren ese recurso a cierto tipo de resoluciones, por ejemplo el artículo 957 del Código de Comercio, que lo establece para la sentencia que conceda o deniegue la rehabilitación del quebrado.*

*Para evitar equívocos científicos futuros es preciso hacer una advertencia. En nuestro sistema jurídico procesal fue tradicional, que una resolución que tenía efecto de cosa juzgada material era impugnable mediante casación: es decir, había una estricta relación entre cosa juzgada material y casación. El nuevo código procesal civil quiebra esa correspondencia. Ahora, solo tendrán recurso de casación las resoluciones a las que expresamente se le conceda. Ejemplo de lo que se viene diciendo, es el supuesto que se regula en el artículo 76.3 al final, según el cual, la resolución final del incidente de cobro de honorarios de abogado tiene efecto de cosa juzgada material y solo será recurrible mediante apelación.*

*Se introduce en la nueva normativa lo que podríamos denominar perpetuidad de la cuantía para efectos de recursos. Se establece, que la modificación del monto fijado para establecer la mayor cuantía; luego de iniciado un proceso, no impide el acceso al recurso de casación (69.1). Se acaba, en nuestro sistema jurídico, con una situación irregular que se presentaba durante la legislación anterior. Era muy probable que una persona iniciara un proceso con una cuantía, en virtud de la cual podía acceder al recurso de casación. Durante el curso del proceso, generalmente de larga duración, la Corte Plena modificaba la cuantía y esa persona que había iniciado el litigio con esa perspectiva perdía esa posibilidad. La nueva normativa modifica ese estado de cosas quien inicia un proceso con el derecho a que su conflicto sea analizado en casación, tendrá asegurada esa posibilidad, si logra su admisibilidad. El tema no es intrascendente: la estrategia procesal, puede estar determinada por el conocimiento previo de los órganos que conocerán del conflicto.*



## CAUSALES DEL RECURSO DE CASACIÓN

*Como lo vimos oportunamente, una de las características del recurso de casación que lo identifica como extraordinario es que tiene establecidas las causales por las que puede ser interpuesto. Durante la vigencia del Código Procesal Civil de 1990, la casación costarricense se distinguía por tener una lista de causales taxativas y cerradas. Y, además, de que las causales eran taxativas y cerradas, se interpretaban restrictivamente, limitando el acceso al recurso de casación. Y esa interpretación restrictiva tenía justificación,*

cen procesos y procedimientos específicos, supuestamente especiales para ciertos temas.

315 Esos tres artículos del Código Procesal Civil de 1990 se mantienen vigentes, mientras no se publique una nueva ley de quiebras y procesos concursales, por disposición expresa del nuevo código, en el artículo 183.1.

316 Durante el análisis y validación del proyecto de código procesal civil, un grupo de personas juzgadoras de la jurisdicción civil recomendó: “Eliminar lo referido al de bido proceso. Es todo y nada. Contrasta con lo que es un recurso extraordinario. Se sugiere incluir las causales de manera similar a como se encuentra actualmente.” Como se puede ver, la opinión de las personas juzgadoras, está influenciada por él sistema imperante, desconociendo, en ese momento que la idea es flexibilizar el recurso de casación como consecuencia del cambio de sistema procesal y, fundamentalmente, de la eliminación de la segunda instancia.

*pues el proceso se tramitaba en una instancia, la sentencia tenía apelación ante un tribunal colegiado y finalmente casación.*

*Ese estado de cosas no se mantiene con el nuevo código procesal civil: la casación sufre importantes modificaciones, que se destacarán conforme estudiemos este recurso.*

*Se mantiene la distinción entre causales de orden procesal y causales de fondo (69.2). Se elimina la denominación "causales de forma", que, además de imprecisa, hacía referencia a un aspecto externo, parcial y cada día menos trascendente del proceso.*

## Causales de orden procesal

*El legislador tiene conciencia, que un defecto en el proceso, puede constituir el germen de una sentencia ilegal, o peor, injusta. La vulneración de las normas y principios procesales no solo constituye una afrenta a la persona directamente perjudicada; también es contraria al orden constitucional, según el cual, ocurriendo a las leyes todos han de encontrar reparación para los daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales (Art. 41 de la Constitución Política).*

*En el diseño del recurso de casación, el legislador hace una lista de supuestos en los que es indiscutible que se vulnera la normativa y principios procesales; es decir, de vicios que son inaceptables, que no se deben permitir, lo que obliga a adoptar las medidas pertinentes para su eliminación.*

*La alegación de las causales procesales en el recurso de casación, tiene como presupuesto ineludible que sea alegada por una parte que haya sido perjudicada por la inobservancia de la ley procesal (69.2). Es lo que la doctrina denomina interés, es decir, que el recurrente pretenda un beneficio por su alegación. Además, es indispensable que, si no hubo algún tipo de imposibilidad, el recurrente haya gestionado la rectificación del vicio y, además, haya agotado todos los recursos procedentes contra lo resuelto al gestionar la rectificación del vicio. En definitiva, lo que se exige es que el recurrente en casación haya realizado una actividad previa seria y responsable para acabar con la vulneración de las normas procesales. Si pese a su esfuerzo no pudo lograrlo, queda el recurso de casación para intentarlo·*



*El código contiene una lista de causales de orden procesal que es taxativa, es decir, no es posible sustentar el recurso de casación en ningún otro as-pecto que no esté previsto. En eso se parece este código al anterior, en lo que son distintos es en que, en este código las causales son abiertas y eso limitará cualquier interpretación restrictiva en la admisibilidad del recurso. Eso lo veremos seguidamente, al referimos a cada una de las causales:*

*La primera causa procesal es: Infracción o errónea aplicación de normas procesales que sean esenciales para la garantía del debido proceso,*[317]

*siempre que la actividad defectuosa no se haya subsanado conforme a la ley (69.2.1). En alguna oportunidad decía este servidor, que con esa disposición el recurso de casación por razones procesales no requería ninguna otra norma. Esta lo abarca todo, aunque ciertamente es excesivamente amplia. La sola infracción o errónea aplicación de las normas procesales no es motivo para acoger un recurso de casación por razones procesales, es indispensable que se infrinjan normas procesales que sean esenciales para garantizar el*

317 Lo relativo a la apreciación de la prueba es tan procesal que está regulado en el artículo 41.5 del Código Procesal Civil.

*debido proceso. En otras palabras, debe tratarse de normas procesales cuya infracción o errónea aplicación tenga como consecuencia la vulneración del derecho al debido proceso. Para examinar cualquier vulneración al debido proceso, es requisito indispensable que se haya causado indefensión. Y, en concordancia con la disposición general que exige haber pedido la rectificación del viejo, cuando ello sea posible, es presupuesto indispensable que la actividad procesal defectuosa no se haya subsanado de conformidad con la ley (69.2.1). Esta causal, en concordancia con todo el sistema procesal, exige seriedad y responsabilidad con el proceso, de tal manera que no se invoque el recurso de casación, como sucede muy a menudo, por la simple disconformidad con lo resuelto.*

*Vulneración del principio de inmediación, por ausencia de personas juzgadoras en la audiencia de pruebas, conclusiones o deliberación (69.2.2). Esta segunda causal, no es más que un desarrollo particular de la primera causal y evidencia de que para el legislador del nuevo código el principio de inmediación es pilar fundamental del sistema. En mi criterio, la referencia a supuestos de vulneración del principio de inmediación como ausencia de personas juzgadoras en la audiencia de prueba, conclusiones y deliberación, es solo una ejemplificación, taxativa eso sí, de supuestos en que se vulnera el debido proceso, por violación del principio de inmediación. Creo que es una ejemplificación taxativa, porque como veremos, hay otras causales que se relacionan directamente con la vulneración al principio de inmediación.*

*Haberse dictado la sentencia, por un número menor de los jueces exigidos por ley (69.2.3). Esta tercera causal de casación por razones procesales se relaciona con el principio de inmediación. Si conforme a dicho principio la sentencia se debe dictar por las personas que practicaron las pruebas, constituye una violación al debido proceso que la sentencia sea emitida por una cantidad de personas juzgadoras menor a la establecida por ley. Aquí es preciso tener presente que el código permite, en supuestos excepcionales, que la sentencia sea dictada por dos de tres personas juzgadoras integrantes de un tribunal colegiado (60.1).*



*Ausencia o contradicción grave en la fundamentación (69.2.4). En relación con esta cuarta causal por razones procesales, el código anterior solo hacía referencia a que la sentencia contuviere disposiciones contradictorias (594 inciso 3). Se introduce en la nueva normativa una causal amplia, para cuestionar sentencias que carecen de motivación o la motivación tiene defectos muy graves. Se entiende que hay ausencia de fundamentación, cuando no es posible saber las razones por las cuales se resolvió de una u otra forma. Hay contradicción grave en la fundamentación, cuando algunas partes del pronunciamiento contradicen frontalmente lo razonado en otros apartados y como consecuencia la sentencia es irracional.*

*Haberse fundado en medios probatorios ilegítimos o introducidos ilegal-mente al proceso (69.2.5). Esta quinta causal, está referida aspectos probatorios. El código Procesal civil establece que es admisible cualquier tipo de prueba, no prohibida (41.2). Desde esa perspectiva, se entiende que una prueba es ilegítima, si se trata de prueba prohibida. Y una cosa es que la prueba sea prohibida y otra muy diferente, que se hay introducido ilegal-mente al proceso. La introducción ilegal de prueba al proceso, implica que se haya hecho llegar, en forma subrepticia, a espaldas de la parte contraria y sin observar las normas procesales previstas para ese efecto.*

*Incongruencia (69.2.6). Esta sexta causal está referida a un vicio que se puede producir en la sentencia. No da el nuevo código una definición de incongruencia. Y rio da una definición, para dejar esa causal al desarrollo que tendrá que hacer la doctrina y fundamentalmente la jurisprudencia. Recordemos, tal como lo vimos oportunamente, que la nueva normativa mantiene la regla de la congruencia en las resoluciones, solo que introduce una variante: puede estar supeditada a lo solicitado o a lo previsto por la ley. Dicha disposición encuentra sentido porque en esta normativa el tema de la congruencia de la sentencia, sufre importantes modificaciones. Atendiendo a las nuevas teorías procesales sobre la relatividad de la congruencia, el código tiene algunos supuestos especiales debidamente establecidos, en que el tribunal podrá conceder*

*aspectos no pedidos, como, por ejemplo, en la adecuación de la sentencia (62.1). En realidad, se trata de manifestaciones de las tendencias actuales de suavizar la rigidez de las reglas de la congruencia, con el fin de que las sentencias sean justas y ejecutables. Todos esos aspectos y otros que no se analizan por razones de tiempo, deben ser tomados en cuenta a la hora de juzgar el vicio de incongruencia. Finalmente, en relación con el vicio de incongruencia se dispone que no es motivo para recurrir la falta de pronunciamiento sobre costas, ni sobre incidentes sin influencia directa en el fondo del asunto. Tampoco, cuando no se hubiera pedido adición del fallo para llenar la omisión (69.2. al final). Tales previsiones son lógicas: si se trata de un incidente que no tiene ninguna influencia en el fondo del asunto, lo que se resuelva sobre él carecerá de trascendencia para la sentencia. Si se omitió pronunciamiento sobre algún aspecto y la parte perjudicada no pidió adición pudiendo hacerlo, se presume que se conformó con lo resuelto y por lo tanto perdió el interés y la legitimación que es indispensable para acudir al recurso de casación.*

## Casación por razones de fondo

*La denominación del recurso en su modalidad "razones de fondo" pretende distinguir estos motivos de aquellos de orden procesal. Hilando delgado, parece que la distinción no es tan nítida, pues hay aspectos que se identifican como de fondo, pero que se refieren a cuestiones de naturaleza procesal, como, por ejemplo, lo relativo a la apreciación de la prueba.[318] Es muy claro, que lo que justifica la denominación es el momento en que se puede dar el vicio: al resolver sobre el fondo del conflicto. Es decir, vicios que se suscitan al emitir pronunciamiento sobre la estimación o no de las pretensiones. Así las cosas, no es correcto correlacionar razones de fondo, con violaciones sustantivas.*

*Aunque el código lo estructura como lo hace, las causales de casación por el fondo son cuatro: a) violación de normas sustantivas, aplicables al caso concreto; b) Infracción a las norma legales sobre valoración de la prueba; c) error en la interpretación de la prueba; y, d) quebranto de la cosa juzgada.[319]*



*Sobre cada una de esas causales es necesario precisar algunos detalles:*

*Violación de normas sustantivas aplicables al caso concreto (69.2.a). La referencia a la violación de normas sustantivas, constituye una distinción. Una norma sustantiva es lo que denominados norma de fondo, es decir, una disposición legal que establece derechos sustantivos, no de naturaleza procesal. En esta causal se invoca la vulneración de normas del código civil, del código de comercio, etcétera.*

*Infracción a las normas legales sobre valoración de la prueba (69.2.a). La causal de infracción a las normas legales sobre valoración de la prueba, tiene como antecedente doctrinario la perspectiva que sobre el tema se sigue y que vimos al tratar el tema de la prueba. Se abandona la vieja denominación de "error de derecho" para precisar que lo que se produce es un error en la valoración, aunque ello sea consecuencia de un error de derecho. El vicio es un error en la valoración. Ese error en la valoración solo se puede dar, en los supuestos en que el legislador le ha dicho a los tribunales cuando vale una prueba, es decir, cuando le ha señalado, de antemano, el peso que una prueba debe tener en su convicción. No sobra decir que en este código reducen al mínimo los supuestos de prueba tasada. Igualmente, se produce una infracción a normas legales sobre valoración de prueba, cuando un tribunal, irracionalmente, le da más valor a una prueba que a otra. Se trataría, en ese caso, de una infracción de las normas legales sobre valoración de la prueba por aplicación irracional del ordenamiento jurídico en su plenitud.*

318 Véase como al quebranto de la cosa juzgada se le da un tratamiento similar a las cau-sales de orden procesal, pues se exige que .ese aspecto se haya alegado oportunamente.

319 5798 de 1998 y 1306 de 1999 de la Sala Constitucional y 195 de 2002 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

*Error en la interpretación de la prueba (69.2.a). La causal de error en la interpretación de la prueba, tiene como antecedente doctrinario, igualmente, la perspectiva que sigue este código en el tema de la prueba. Según esa teoría, el concepto apreciación es lo general y dentro de éste hay dos operaciones que hace el tribunal: valorar e interpretar. Cuando se habla de interpretación de la prueba, nos referimos a la actividad que hace el tribunal de analizar la prueba y obtener conclusiones. El error en la interpretación se da, cuando el tribunal se equivoca al sacar conclusiones sobre el resultado del estudio de la prueba. Hay un error en la interpretación, por ejemplo, cuando el tribunal llega a una conclusión errada porque no entendió lo que dijo el testigo o tergiversó las conclusiones del perito. En este caso concreto, el parámetro directo no es lo que haya señalado el legislador, porque en lo que se refiere a la interpretación de la prueba, el legislador solo puede establecer, como lo hizo, reglas genéricas con conceptos jurídicos indeterminados. A ello se refiere el artículo 41.5 que ordena apreciar (intepretar y valorar) la prueba conforme a criterios de lógica, experiencia, ciencia y correcto entendimiento humano. Esa interpretación buena o mala depende de la inteligencia del tribunal, de su preparación y casi siempre de la experiencia. Un error en la interpretación sería un entendimiento irracional como consecuencia de conclusiones ilógicas, que no se atienen a la experiencia, ni a la ciencia, ni al correcto entendimiento humano.*

*Quebranto de la cosa juzgada (69.2.b). Se produce un quebranto a la cosa juzgada, cuando un tribunal dicta sentencia, a pesar de que ya existe una sentencia anterior que se pronuncia sobre el mismo objeto, la misma causa y en relación con los mismos sujetos (64). La doctrina procesal mayoritaria es conteste en que la cosa juzgada es un tema procesal, con efectos materiales. Es así, porque si se acoge una defensa de cosa juzgada (que es procesal), el resultado es una falta de derecho del demandante. En el código se le ubica como una causal de fondo, se insiste, porque su análisis solo es posible al resolver sobre la sentencia. Y como su naturaleza es procesal, es requisito indispensable para la estimación de un recurso de casación por quebranto de la cosa juzgada, que ese aspecto se haya alegado oportunamente (69.2.b. al final).*



## PROCEDIMIENTO DEL RECURSO DE CASACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

*El procedimiento de interposición del recurso de casación sufre una importante modificación en este código. Mientras que durante la vigencia de la legislación anterior se presentaba ante la Sala de Casación, la nueva normativa establece que debe hacerse ante el tribunal que dictó la resolución recurrida (69.3). El cambio encuentra sustento, en que la presentación del recurso ante la Sala no implicaba ninguna ventaja. Si las partes querían presentarlo por escrito y personalmente, las obligaba a desplazarse grandes distancias, lo que implicaba una incomodidad y una dificultad de acceso a la justicia. Una vez presentado el recurso ante la Sala, se iniciaba toda una tramitología que incluía pedir el expediente al tribunal de primera instancia. De ahora en adelante, el recurso se presenta ante el Tribunal que dictó la resolución que se impugna, el que se limitará a remitir el expediente físico o digital a la Sala de Casación. La Sala de Casación realizará el estudio de admisibilidad que corresponde.*

*No dice el Código que deba presentarse por escrito; pero tomando en cuenta el plazo que se da, no hay duda que tiene que ser de esa forma; en otras palabras, que no está prevista la presentación de recursos de casación en forma oral. El legislador, atendiendo al tecnicismo que rodea al recurso de casación, ha preferido que ese medio de impugnación se formalice por escrito. Y el concepto escritura debe verse en sentido amplio, incluyendo la utilización de cualquier tecnología moderna de documentación.*

*El plazo para presentar el recurso es de quince días (69.3), a partir del día inmediato siguiente a aquel en que quedó notificada la resolución a todas las partes (30.5).*

## Requisitos del recurso de casación

*En Costa Rica siempre se ha entendido que el recurso de casación en materia civil es formalista. Quienes negaban que lo fuera, decían que no era formalista, sino muy técnico. La realidad es que, independientemente de cómo se le calificara, lo cierto es que lograr la admisibilidad de un recurso de casación no era tarea sencilla. Ciertamente el Código Procesal Civil de 1990 era riguroso en requisitos y la jurisprudencia de la Sala de Casación no lo era menos.*

*El nuevo código instaura un recurso de casación menos riguroso, más simple; no obstante, atendiendo a los fines de ese tipo de recurso, es indispensable que se cumplan ciertos requisitos para que el recurso sea admisible.*

*Los requisitos de admisibilidad no constituyen una simple formalidad. La idea es que la impugnación sea seria y fundamentada, de tal manera que le permita a la Sala entender los motivos que invoca el recurrente. Veamos cuales son los requisitos:*

*La naturaleza del proceso, las partes y la hora y fecha de la resolución impugnada (69.4.1). Requisitos simples, será necesario indicar si se trata de un proceso ordinario o de otra naturaleza, los nombres completos de las partes y la hora y la fecha de la resolución impugnada.*

*La mención de las normas de derecho infringidas o erróneamente aplicadas (69.4.2). Desde ya hay que excluir que este sea un requisito exigible cuando se trate de un recurso d casación que se sustente única, y exclusivamente en error en la interpretación de la prueba. Hay que recordar que en ese su-puesto no hay una norma directamente infringida, porque no existen disposiciones legales que le digan al tribunal como debe interpretar la prueba. En ese caso, lo único que podría invocarse es vulneración del artículo 41.5 por interpretación irracional que no se ajuste a criterios de lógica, experiencia, ciencia y correcto entendimiento humano.*

*La expresión de los motivos concretos constitutivos del fundamento de la casación, expuestos en forma ordenada, clara y concisa (69.4.3). La fundamentación del recurso es un requisito indispensable de todos los recursos, que se contempla incluso en las disposiciones generales de los medios de impugnación (65.5). Además, el incumplimiento de ese requerimiento, se encuentra entre los motivos para rechazar de plano el recurso (69.5.4). La razón de esa disposición es muy clara. Si el proceso civil costarricense se rige por el principio dispositivo, los fundamentos del recurso, son los que establecen los límites de competencia de la Sala. Y aquí, tratándose del recurso de casación hay que recordar lo que sobre los medios de impugnación ha señalado la doctrina procesal, Sala Constitucional y la misma Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.[320] El recurso se debe considerar solo en lo desfavorable al recurrente, lo que significa, por un lado, que el superior no puede enmendar o revocar la resolución en la parte que no sea objeto del recurso (prohibición de reforma en perjuicio). Pero también, el superior sólo puede enmendar o revocar lo resuelto, en el tanto forme parte de lo recurrido y en el sentido en que lo haya sido. Se entiende que la impugnación es un derecho en favor de la parte que se considera agraviada con lo dispuesto en una resolución judicial. Por ello es indispensable la existencia de un perjuicio en su contra, perjuicio del cual resulta la legitimación y el interés para recurrir. El superior ejerce su competencia en función del ruego específico del recurrente, el que, al expresar los motivos de inconformidad, fundamentando con ello su interés en apelar, delimita el control que se debe llevar a cabo en la instancia superior.[321]*

320 Entre otros Voto 8:12004 del Tribunal de Cartago.

321 Rivero Sánchez, Juan Marcos, Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos comentada, Ediciones Jurídicas Arece, 1999, pág. 19 y 20.



Volver al índice

*Y el Código exige que la expresión de los motivos, se haga en forma ordenada, clara y concisa. El orden, la claridad y la concisión, tienen como finalidad facilitar el estudio del recurso y su resolución.*

## Rechazo de plan del recurso de casación

Aunque el recurso de casación no está sujeto a formalidades excesivas, el legislador no se contenta con señalarlas. Dice a las personas juzgadoras en qué supuestos es posible el rechazo de plano de un recurso de casación. La norma tiene como finalidad, brindar seguridad jurídica, garantizándole a los ciudadanos que solo en esos supuestos será posible que le rechacen de plano un recurso de casación. Así las cosas, una resolución con esos efectos solo tiene amparo legal en los siguientes casos:

*No sea posible identificar el proceso* (69.5.1). El rechazo se impone, cuando no hay forma de saber a cuál proceso va dirigido el recurso. Ello supondría un supuesto excepcional, en que un litigante no indique ni el nombre de las partes, ni el número de expediente, porque actualmente, con los medios tecnológicos disponibles, con uno u otro dato es posible hacer esa búsqueda.

*Sea presentado en forma extemporánea* (69.5.2). El plazo para presentar un recurso, es un plazo perentorio. Esta disposición constituye desarrollo de lo que dispone el numeral 30.2 de este mismo código, según el cual, el tribunal debe rechazar de piano toda gestión que se haga cuando haya vencido un plazo perentorio, pues tales plazos no pueden ser reducidos ni prorrogados, ni aún por acuerdo de partes.

*La resolución impugnada, no admite este tipo de recurso* (69.5.3). Como vimos oportunamente, no todas las resoluciones son susceptibles de impugnación mediante el recurso de casación. Desde esa perspectiva, constatado que se interpone dicho recurso contra una resolución que no es de las previstas por el legislador para ser cuestionada por este medio, el rechazo de plano se impone.



*No se expresan con claridad y precisión las infracciones acusadas* (69.5.4). Este código exige que al interponer el recurso, se expresen los motivos concretos constitutivos del fundamento de la casación, expuestos en forma ordenada, clara y concisa (69.4.3). La ausencia de expresión clara y precisa de las infracciones acusadas, supone que se haya presentado un escrito, tan mal redactado, que es imposible, para la Sala, saber los motivos por los que se interpone el recurso. Aunque el nuevo recurso de casación no es formalista, atendiendo el principio dispositivo y a la idea de congruencia recursiva, no es admisible que la Sala de Casación se vea obligada a interpretar un escrito (mal redactado) para suponer cuales son los motivos. Y eso no es posible, porque mediante la interpretación de un escrito de impugnación, se cae en el peligro de afectar a la parte contraria, dando por cuestionados aspectos que quizá no fueron objetados.

*Se omite fundamentarlo jurídicamente* (69.5.5). La mención de las normas de derecho infringidas o erróneamente aplicadas (69.4.2), es un requisito del recurso de casación. Si el recurso no se fundamenta jurídicamente, significa que no se indican las normas legales que lo sustentan. Si es así, será imposible un análisis jurídico del recurso. En esas circunstancias, el rechazo de plano debe ser inminente.

Tratándose de una nulidad procesal no sea de las previstas como causal, no sea reclamada ante el tribunal correspondiente, o no se haya interpuesto recurso contra lo resuelto al invocarla (69.5.6). El código establece una lista de causales procesales que vimos oportunamente (69.2). Si se fundamenta el recurso de casación en una causal que no es de las expresamente señala-das se debe rechazar de plano. Esta es una regla que deja muy poco margen para el análisis de admisibilidad. Si se tuvo la oportunidad de reclamar un motivo de nulidad y no se hizo, el recurso debe ser rechazado de plano. Si se alegó la causal, el tribunal de primera instancia resolvió y la parte interesada *no impugnó lo que le resolvieron, no puede acceder al recurso de casación, porque se conformó con lo que dispuso el tribunal de primera instancia.*

La cuestión es que no siempre es posible exigir que se haya alegado el motivo de casación y que se haya impugnado lo resuelto en primera instancia, porque hay causas de impugnación que solo se dan al momento en que se dicta la sentencia. Por ejemplo, haberse dictado la sentencia por un número menor de personas juzgadoras de las exigidos por ley. Tal vicio, solo es perceptible una vez que se ha dictado la sentencia y no hay oportunidad para invocarlo. En ese caso, como en otros que la práctica delimitará, no es posible exigir la invocación e impugnación previa a la interposición del recurso.

Se refiera a cuestiones no alegadas oportunamente, ni debatidas en el proceso, salvo que se involucren normas imperativas o de orden público (69.5.7). Si el recurso de casación es un medio de impugnación, debe ser consecuente con lo que en el proceso ha sido objeto de debate. Así las cosas, no es posible invocar en él, cuestiones novedosas; es decir, no alegadas oportunamente. Tal prohibición encuentra sentido, porque una cuestión no debatida (novedosa) puede afectar el principio de igualdad, en perjuicio de la parte contraria.

*Esa es la regla general, pero el código admite excepciones: concretamente, cuando se involucren normas imperativas o de orden público. Las normas imperativas o de orden público, tienen como característica fundamental, que las partes deben observarlas en todo caso y el tribunal al está en la obligación de aplicarlas. En otras palabras, que allí donde las partes pueden pactar en contra de lo estatuido en la ley, es claro que no está interesado el orden público.322 De orden público; son solo aquellas normas que pretende asegurar valores fundamentales de la colectividad, por lo que el legislador limita en esos casos la autonomía privada de las partes, para impedir que de esa forma se lesionen dichos valores fundamentales.323 Si está limitada la autonomía privada de las partes para desaplicarlas y el tribunal está obligado a analizar el caso al amparo de esas disposiciones, no queda otra alternativa al legislador que permitir la invocación y análisis al interponer el recurso de casación, cuando las circunstancias lo permitan. Un ejemplo hipotético podría ayudamos a aclarar esta disposición. Imaginémonos que en un proceso hay un claro fraude procesal. En todo el procedimiento nunca se alegó nada, ni hubo debate al respecto. Al llegar a casación, se invoca, vulneración de las normas que regulan el fraude procesal (2.3 y 6 de este código). Las normas que se refieren a ese tema son imperativas y de orden público. En ese caso, a pesar de que nunca hubo debate sobre ese aspecto, el recurso de casación es admisible y de acreditarse la circunstancia invocada, procedente. Es así, porque el sistema de justicia no puede permitir que se mantenga, por inercia de las partes, algo que es contrario al orden público.*



## Efectos del recurso de casación

*Durante la vigencia del Código Procesal Civil de 1990, el recurso de casación era, muchas veces, un mecanismo para retrasar el cumplimiento de las sentencias. El nuevo código señala con toda claridad; que la admisión del recurso no produce efectos suspensivos. Se refiere, a que no se suspende e1 procedimiento y el tribunal mantiene la competencia para seguir conociendo de todas las cuestiones que se tramiten en pieza separada, medidas cautelares, tutelares y ejecución provisional (69..6). Evitar los efectos suspensivos del recurso, es un mecanismo para desmotivar la interposición de recursos con fines dilatorios.*

## Procedimiento del recurso de casación

*Como vimos oportunamente, el recurso de casación se debe presentar ante el tribunal que dictó la resolución objeto de impugnación. Presentado el recurso, el tribunal se debe limitar a remitir el expediente a la Sala de Casación. En otras palabras, el tribunal ante el que se presenta el recurso, no debe hacer ninguna*

322 Rivero Sánchez, Ob. Cit., pág. 19 y 20.

*ponderación de admisibilidad. Y no debe hacerla, por-que no tiene competencia para ello. En la misma resolución que ordene el envío del expediente, le debe conferir un plazo de cinco días a la parte contraria para que acuda ante el superior a hacer valer sus derechos (69.7.1). Véase que el emplazamiento para hacer valer sus derechos solo se da a la parte contraria. Es así, porque los derechos del recurrente, los debe hacer valer al interponer el recurso, pues no se contempla en esta legislación la ampliación del recurso de casación.*

*Una vez que el expediente ingresa a la sala de casación, ésta debe resolver sobre la admisión del recurso. Si lo admite, de oficio o a solicitud de parte y siempre que lo estime pertinente convoca a una audiencia oral (69.7.2). Véase que la audiencia oral no es un trámite ordinario. Es, si se quiere, excepcional, pues la Sala solo ordena su realización de oficio si lo estima pertinente. Incluso, si lo pide una parte o ambas, solo convoca a audiencia oral si lo considera necesario. En otras palabras, que la convocatoria a audiencia oral no depende solo de que las partes lo pidan, sino de lo que la Sala estime necesario. Tal forma de regulación tiene una explicación. El señalamiento para audiencia oral puede constituir un mecanismo para dilatar el procedimiento, de tal forma que si la Sala entiende que esa actividad es innecesaria puede prescindir de ella, evitando así desperdicio de tiempo y esfuerzo.*

*Tratándose el de casación de un recurso extraordinario, limitado a las causales expresamente señaladas, la admisión de prueba en esta instancia tiene carácter restrictivo y excepcional. Únicamente es posible admitir prueba que sea estrictamente necesaria para resolver los puntos objeto de impugnación, cuando no se haya podido ofrecer o practicar en primera instancia por causas ajenas a la parte. La Sala solo puede ordenar prueba de oficio cuando sea indispensable (69.7.3).*

*Cuando se realice audiencia oral ésta debe ser presidida por el integrante relator. La asistencia del recurrente a la audiencia oral, cuando haya pedido su celebración, es fundamental para sus intereses. Es así, porque la ausencia injustificada de la parte recurrente que la pidió, implica que la Sala tenga por desistido tácitamente el recurso.*



*La audiencia debe iniciar con la identificación del proceso, la mención de las partes intervinientes y la indicación de la forma como se va a desarrollar la audiencia. El presidente debe dar la palabra, en primer lugar, a la parte recurrente, indicando el tiempo durante el cual hará su exposición, debe requerirle que lo haga de forma ordenada en cuanto a cada uno de los vicios acusados.*

*La Sala no debe permitir la lectura de escritos, ni documentos, salvo que se trate de citas de pruebas o de textos legales o doctrinarios, que pueden ser leídos únicamente en lo conducente.*

*Terminada la exposición de los recurrentes, debe dar la palabra a la parte o las partes contrarias por el mismo tiempo. Cuando se considere necesario, puede permitir réplicas y contrarréplicas. En todo caso, los integrantes de la Sala pueden solicitar aclaraciones o explicaciones a las partes.*

*Concluida la audiencia, la sala se debe retirar y podrá deliberar cuantas veces sea necesario para resolver el recurso.*

*Se establece un plazo ordenatorio de quince días, que se cuenta a partir de la conclusión de la audiencia oral, para que la Sala dicte la sentencia. La Sala debe examinar en primer lugar la impugnación relativa a vicios procesales y, en caso de no ser procedente, proceder al análisis de los motivos de fondo (69.8).*

*Si la sentencia es casada por vicios de carácter procesal; la Sala debe ordenar el reenvío al tribunal. El tribunal debe, cuando sea posible, subsanar los vicios y dictar nueva sentencia, repitiendo la práctica de*

*prueba, si es necesario. Cuando la Sala de casación pueda subsanar el vicio, sin infringir el principio de inmediación, tratándose de incongruencia o falta de motivación debe dictar sentencia sobre el fondo, sin necesidad de reenvío (69.8).*

*Si la sentencia es casada en cuanto al fondo, la Sala debe dictar una nueva sentencia en su lugar. Para ello, debe tomar en cuenta las defensas de la par-te contraria a la recurrente, omitidas o preteridas en la sentencia impugnada, si por haber resultado victoriosa esa parte no hubiera podido interponer el recurso de casación (69.8).*

*Contra las sentencias que dicte la sala de casación no cabe recurso alguno. Contra las demás resoluciones solo es posible interponer el recurso de revocatoria (69.9).*

## CASACIÓN EN INTERÉS DE LA LEY

*El instituto procesal "Casación en interés de la ley", no es un recurso, por-que no está previsto para impugnar resoluciones judiciales que no estén firmes. Es por esa razón que el código omite denominarlo recurso. No es una creación de la doctrina procesal que tenga muchos adeptos, al punto que algunos procesalistas muy reconocidos señalan, que tiene inconvenientes prácticos muy superiores a sus discutibles excelencias teóricas.*[324]

*El Código Procesal Civil, lo dice claramente: tiene como finalidad procurar la uniformidad de la jurisprudencia (70. I). Y esa finalidad, se desprende de la forma en que está regulado. Es procedente, en relación con sentencias dictadas en recursos extraordinarios, cuando las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia, sostengan criterios discrepantes sobre cuestiones procesales o de fondo sustancialmente iguales (70.1). La referencia a recursos extraordinarios, aunque el código lo señale en plural, lo es exclusiva-mente al recurso de casación, porque solo el recurso de casaciones recurso y, además, extraordinario. Desde una perspectiva científico procesal, queda excluida la posibilidad de establecer casación en interés de la ley para analizar sentencias dictadas en procesos de revisión, porque la revisión no es un recurso. En definitiva, este instituto busca uniformar la jurisprudencia, pero, como sabemos, sin efectos vinculantes.*



*La legitimación para gestionar en interés de la ley se le atribuye a la Procuraduría General de la República, a la Defensoría de los Habitantes, así como las personas jurídicas y a los órganos de derecho público que, por las actividades que desarrollen y las funciones que tengan atribuidas en relación con los criterios cuestionados, acrediten interés legítimo en la unidad jurisprudencial (70.2).*[325]

*La competencia para conocer de la casación en interés de la ley se le atribuye a la Corte Plena, quien debe aplicar en todo cuanto le resulte compatible lo dispuesto para el recurso de casación. Los integrantes de la Sala que hayan participado en los pronunciamientos discrepantes, no tienen impedimento, ni pueden ser recusados por ello. El plazo, que es de caducidad, para interponer la casación en 1nterés de la ley es de un año, a partir de la firmeza de la sentencia más reciente.*

*Se debe presentar directamente ante Corte Plena*[326] *y la gestión se debe acompañar de copia certificada o testimonio de las resoluciones donde que-de manifiesta la discrepancia alegada.*

*La presidencia de la Corte designa al relator y convoca a audiencia oral y pública (70.3).*

324 Alcalá- Zamora y Castillo, Niceto, Estudios Procesales, Madrid, Editorial Tecnos, 1975, pág.444.
325 En sentido similar está regulado en el artículo 491 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España 1/2000.
326 Se entiende, ante la Secretaría de la Corte.

*Las sentencias que se dicten, deben respetar las situaciones jurídicas particulares derivadas de las resoluciones analizadas y, cuando sean estimatorias servirán para fijar doctrina jurisprudencial (70.4). Se repite, no vinculante para ningún tribunal.*

## CASACIÓN EN INTERÉS DE LA JURISPRUDENCIA

*El instituto de la "Casación en Interés de la Jurisprudencia", no es un recurso, por ese motivo el Código se cuida de no darle esa denominación. Y no es un recurso, porque los recursos están previstos para cuestionar resoluciones que no han adquirido firmeza, finalidad que no tiene esta modalidad casacional.*

*Es procedente la casación en interés de la jurisprudencia, en relación con las sentencias no impugnables por medio del recurso de casación, cuando sobre temas jurídicos concretos se hubieran dictado fallos contradictorios por los tribunales de justicia y exista interés público en definir la discrepancia (71.1). Este instituto viene a llenar un vacío existente en nuestra legislación, por ejemplo, en materia de arrendamientos. En virtud de que las sentencias de desahucio nunca ha tenido recurso de casación, sobre los temas de arrendamientos era casi imposible encontrar un pronunciamiento de las salas de casación". Con esta modalidad de casación, será posible por lo menos, encontrar doctrina de los altos tribunales.*

### La competencia se atribuye a la Sala de Casación respectiva, según su competencia.

*La interposición de la casación en interés de la jurisprudencia, no tiene efectos suspensivos sobre los procesos pendientes (71.1).*

La legitimación para interponerlo, se atribuye a quienes puedan interponer la casación en interés de la ley; es decir, a la Procuraduría General de la República, a la Defensoría de los Habitantes, a las personas jurídicas y a los órganos de derecho público que, por las actividades que desarrollen y las funciones que tengan atribuidas en relación con los criterios cuestionados, acrediten interés legítimo (70.2), así como a grupos de tres o más jueces vinculados directamente con los temas propuestos (71.2).



No todas las gestiones de casación en interés de la jurisprudencia serán conocidas. Se le confiere a la Sala respectiva la potestad de seleccionar, según su criterio, los casos que considere de interés para su análisis. El criterio fundamental para la escogencia tendrá que ser, fundamentalmente, el interés público en definir la discrepancia.

Para el trámite, la Sala debe seguir, en cuanto sea compatible, el procedimiento previsto para la casación en interés de la ley.

Lo resuelto contribuirá a informar el ordenamiento jurídico sin efecto vinculante y el pronunciamiento de la Sala no afectará las sentencias dictadas con anterioridad (71.2).

### *REVISIÓN*

De acuerdo a la perspectiva doctrina que se ha venido exponiendo y que sigue el código, la revisión es un medio de impugnación, pero no es un recurso. Es un medio de impugnación porque está previsto para cuestionar resoluciones; no es un recurso, porque su medio solo se pueden impugnar

resoluciones judiciales firmes. Se trata en realidad de un proceso de conocimiento, que se ubica en esa parte del código, porque es fundamentalmente un medio de impugnación.

No toda resolución se puede impugnar mediante revisión: única y exclusivamente aquellas que tengan efecto de cosa juzgada material (72.1).

Y no es por cualquier motivo que se puede acudir a la revisión. El legislador ha señalado clara y expresamente las circunstancias en las cuales se pueden sustentar una demanda de esta naturaleza. En términos generales, los motivos atienden a la idea, de que el sistema de justicia no puede permitir la subsistencia de resoluciones contrarias a la ley y violatorias del debido proceso.

Solo es posible impugnar por este medio, si concurre una o varias de las siguientes causales, siempre que el vicio haya causado perjuicio al demandante y no haya sido posible subsanarlo en el mismo proceso en el que se produjo:

- La sentencia se hubiere dictado como consecuencia de prevaricato, co-hecho o actos fraudulentos declarados en sentencia penal (72.1.1)

- Cuando medió fraude procesal, colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes para alcanzar el fallo (72.1.2).

- Cuando alguna de las pruebas decisivas del pronunciamiento impugna-do hubiera sido declarada falsa en fallo penal firme (72.1.3).



- La sentencia se obtuvo mediante violencia, intimidación o dolo (72.1.4).

- Cuando, por fuerza mayor o por actos fraudulentos de la parte contraria, no se hubiera presentado prueba esencial o se hubiera imposibilitado la comparecencia de la parte interesada a algún acto donde se practicó prueba trascendente (72.1.5).

- Se haya dictado la sentencia sin emplazar al impugnante (72.1.6).

- Haya existido falta o indebida representación durante todo el proceso o al menos durante la audiencia de pruebas (72.1.7).

- Que la sentencia sea contradictoria con otra anterior con autoridad de cosa juzgada material, siempre que no se hubiera podido alegar dicha excepción (72.1.8).

- Que la sentencia sea contradictoria con otra penal posterior con autoridad de cosa juzgada material en la que se establezca si la persona a quien se imputan los hechos que constituyen una infracción penal es o no la autora de ellos (72.1.9).

- Cuando se hubieran afectado, ilícitamente, bienes o derechos de terceros que no tuvieron participación en el proceso (72.1.1O).

- En cualquier otro caso en que se hubiera producido una grave y trascendente violación al debido proceso (72.1.11).

- Cuando surjan nuevos medios probatorios científicos o tecnológicos que permitan desvirtuar las conclusiones que se obtuvieron en la sentencia impugnada (72.1.12).

Para evitar la reiteración de demandas de revisión, se dispone expresamente que no es procedente la revisión, cuando se sustente en una causal ya conocida y no invocada por el impugnante en una solicitud de revisión anterior.

La interposición de la revisión está sujeta a plazos de caducidad es decir, que una vez transcurridos no es posible presentarla y si se presenta será rechazada de plano como demanda improponible (35.5.3). El plazo para interponer la demanda de revisión es de tres meses, contado a partir del momento en el cual el perjudicado tiene la posibilidad de alegar la causal respectiva (72.2). Y no procederá, cuando hayan transcurrido diez años desde la firmeza de la sentencia que motiva la revisión (72.2).

La legitimación para la interposición de una demanda de revisión, se atribuye a quienes hayan sido parte, sus sucesores o causahabientes. Además, a la Procuraduría General de la República, cuando los hechos invocados afecten el interés público. Pero también se confiere legitimación a las demás instituciones públicas para la tutela de los fines establecidos en sus leyes, y los terceros, cuando se trate de causales establecidas en su interés (723).



## PROCEDIMIENTO DE LA REVISIÓN

La demanda de revisión debe presentarse ante la sala de casación correspondiente y debe tener los siguientes requisitos (72.4):

- El nombre, las calidades, el lugar de notificaciones del recurrente y de las otras partes, o de sus causahabientes.

- La indicación de la clase de proceso donde se dictó la sentencia, la fecha, el tribunal y la oficina en donde se encuentra el expediente.

- La indicación expresa de la causal y los hechos concretos que la fundamentan. Deberá invocar todos los motivos que conozca al momento de interponerlo.[327]

- La proposición de prueba necesarias. Como una manifestación del principio de conservación de los actos procesales y de que no hay nulidad sin perjuicio, a pesar de la existencia de la causal, si esta no fue determinante de la decisión impugnada, se puede mantener incólume lo resuelto (72.6.pá. lº).

327 Cómo lo dice el mismo código, no es procedente otra demanda de revisión, cuando se sustente en una causal ya conocida y no invocada por el impugnante en una solicitud de revisión anterior (72.1. al final).

Una vez dictada la sentencia, se debe remitir el expediente al tribunal que dictó la resolución impugnada para que proceda conforme se disponga. Si es necesario reponer actuaciones, mantendrán su eficacia las pruebas recibidas y practicadas en la Sala que conoció de la revisión (72.6.pá. 2º).

La nulidad declarada producirá todos sus efectos legales; salvo los derechos adquiridos por terceros, que se deban respetar (72.6.pá. 3º).

No siempre la revisión tiene como efecto la nulidad de la sentencia impugnada. Si la causal invocada es que la sentencia es contradictoria con otra anterior que produjo cosa juzgada material, la Sala debe anular la sentencia impugnada y dictar la que corresponda (72.6.pá. 4º).

En caso que la revisión sea declarada con lugar, se debe condenar al vencido al pago de las costas, daños y perjuicios, si hubiera tenido participación en los hechos determinantes de la nulidad de la sentencia (72.6.pá.5º).

No siempre la revisión tiene como efecto la nulidad de la sentencia impugnada. Si la causal invocada es que la sentencia es contradictoria con otra anterior que produjo cosa juzgada material, la Sala debe anular la sentencia impugnada y dictar la que corresponda (72.6.pá. 4º).

En caso que la revisión sea declarada con lugar, se debe condenar al vencido al pago de las costas, daños y perjuicios, si hubiera tenido participación en los hechos determinantes de la nulidad de la sentencia (72.6.pá.5º).



En el supuesto, que la demanda de revisión se declare sin lugar, se debe condenar al demandante al pago de costas, daños y perjuicios. Y si se rindió garantía para suspender la ejecución del fallo impugnado, ésta se le debe girar a quien o a quienes se haya causado perjuicio por la suspensión, como indemnización mínima, según la proporción que determine la Sala que conoció de la impugnación (72.7).

Contra la sentencia que resuelva la revisión no cabe recurso alguno. El rechazo por razones meramente formales, no impide la interposición de una nueva demanda de revisión (72.8).

*La interposición de la demanda de revisión no tiene como efecto la suspensión de la ejecución de la sentencia recurrida. No obstante, de acuerdo con las circunstancias y a petición del impugnante, se puede suspender la ejecución de la sentencia, previa fijación por la Sala de un monto de garantía, para cuya fijación se debe atender al valor de lo discutido en el principal y los daños y perjuicios que se pudieran causar (72.4. al final).*

*Si la demanda no cumple los requisitos la Sala previene su subsanación (72.5). Se entiende que el plazo para subsanar será de cinco días, bajo apercibimiento de inadmisibilidad y que es posible hacer una segunda prevención, en casos excepcionales, cuando sea evidente la intención de la parte de cumplir con lo requerido (35.4).*

*Si la demanda cumple los requisitos, solicita el expediente a la oficina donde se encuentre (72.5). Una vez recibido el expediente, la Sala resolverá sobre su admisión y sobre la garantía de suspensión, si se hubiera sido solicitado. La demanda y el expediente se deben unir (acumular) para los efectos de la revisión (72.5.pá.1º).*

Volver al índice

*Admitida la demanda, se debe emplazar a quienes hubieran litigado en el proceso o a sus causahabientes, para que en el plazo de quince días contesten la demanda (72.5.pá.2º).*

*Contestada la demanda o transcurrido el plazo para hacerlo, de oficio o a solicitud de parte, y siempre que la Sala lo estime pertinente, se convocará a una audiencia oral en la que se admitirán y practicarán las pruebas y se expondrán conclusiones.*

*Hemos podido determinar en este apartado los rasgos fundamentales de la materia recursiva que envuelve el derecho procesal. Concluimos, en primer lugar, acerca de su importancia dentro del sistema democrático de administración de justicia, que presenta, por un lado, un control interno propio de la toma de decisión y, por otro lado, un control externo al que tienen derecho las personas usuarias del sistema para quedar convencidas en cuanto a la decisión tomada. Cada uno de los medios de impugnación establecidos, tiene su razón de ser dentro del sistema, tiene una función clara, la cual debe ser conocida a fondo por la persona que administra justicia para que no sea un obstáculo a ese derecho de las partes respecto de la revisión de las decisiones.*

**ACTIVIDAD DE EVALUACIÓN**

- De acuerdo con la clasificación de los medios de impugnación, elabore un cuadro comparativo de las resoluciones susceptibles en los procesos laboral, civil, contravencional, tránsito, pensiones alimentarias y violencia doméstica.



# Bibliografía


- LÓPEZ GONZÁLEZ, Jorge Alberto. (2008). Nulidades procesales. San José: Costa Rica.
- Editorial Juricentro.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, Jorge Alberto. (2017). Curso de derecho procesal civil costarricense. Tomo I.

# Unidad IV

## Contextos personales en la toma de decisiones judiciales

- Los factores sociales que influyen en la persona juzgadora
- La decisión final y la influencia de la motivación interna de la persona juzgadora

# Breve introducción

Debido a que la discreción judicial es un elemento natural de la condición de la persona juzgadora, se convierte en una facultad que está sujeta a consideraciones subjetivas, las cuales pueden influir en la persona juzgadora al momento de decidir respecto a un asunto específico.

Ante este panorama, en esta unidad, se abordarán, en primer lugar, los distintos factores sociales donde se encuentra inmersa la persona juzgadora, producto de las connotaciones propias del mundo que la rodea y que se encuentra en constante transformación; entre ellas, de tipo social, económico y cultural que no se pueden apartar de los contextos donde vive quien juzga.

En segundo lugar, al momento de la toma y emisión de las decisiones en un proceso determinado, la jueza o el juez puede estar sometido a diversos riesgos y amenazas del entorno, así como de los que provienen del trasfondo político, lo que afecta especialmente el ámbito de su propia seguridad personal y de su núcleo más cercano.

Por último, existen construcciones subjetivas que la propia persona juzgadora ha ido elaborando a través de su vida, a partir de sus pensamientos, producto de su educación, entre otros, que también tienen influencia en el tema de la toma de decisiones. Podemos citar aquí las preconcepciones, mitos y estereotipos acerca de temas concretos, lo que hace necesario revisar y determinar la forma en que deben enfrentarse, ya que es posible que se trate de situaciones que, de una u otra forma, pueden determinar la opción que se adopte en la toma de las decisiones judiciales. De ahí surge la importancia de analizar la forma en que se deben considerar estos aspectos y propiciar el desarrollo de las habilidades y competencias necesarias para evitar que estos puedan determinar una solución viable al caso concreto.



# Objetivos específicos

- Determinar los factores sociales que se encuentran presentes en el entorno de la persona juzgadora para la toma de las decisiones judiciales.
- Valorar cada una de las situaciones de riesgo y amenaza a las que se enfrenta la persona juzgadora cuando toma la decisión en el proceso.
- Identificar las preconcepciones, mitos y estereotipos para la toma de una decisión objetiva en un proceso judicial.

Volver al índice

# 4.1. Los factores sociales que influyen en la persona juzgadora

Al momento de decidir un caso, existe una alta posibilidad de que la persona juzgadora tenga , de una u otra forma, motivaciones derivadas de los factores sociales que rodean su propia vida. Cuando se está en esta posición, resulta difícil apartarse de esas consideraciones.

Cada una de las personas que cumplen el encargo de tomar decisiones judiciales se desenvuelve en un ámbito social y económico particular que influirá en las motivaciones cuando deba emitir la decisión correspondiente.

El siguiente texto de César Manzano (2004) rescata esa corriente inevitable del ser humano en la judicatura y nos conduce hacia una valoración de los múltiples factores sociales que nos rodean:

*INTRODUCCIÓN*

*Dentro de cualquier investigación sobre la construcción social de la legalidad, analizar la instancia judicial y concretamente el papel de los jueces como agentes centrales en los sistemas de administración de "justicia", o más correctamente, como aplicadores de las leyes resulta una cuestión imprescindible, y sobre todo, resulta necesario hacerlo desde la óptica de la sociología del derecho debido a los motivos que a continuación se exponen, y que ya han sido brillantemente presentados, desde esta óptica por los autores clásicos.*[328]



*A primera vista, desde un punto de vista formal, podría parecer innecesario por ser obvia, dar una relevancia sustancial a la función que la administración del estado otorga a los jueces precisamente como operadores del derecho. Sin embargo, nuestra mirada va tratar de desvelar la transcendencia de esta cuestión, relativizando esas atribuciones formales, puesto que busca contrastarlas desde su lógica interna, sustentada en principios tales como independencia, discrecionalidad o arbitrio judicial, con los criterios, factores y dinámicas tanto extra como intrajudiciales —pero en cualquier caso ajenas al mero ejercicio técnico o mecánico de interpretación y aplicación de las leyes— que inciden en la producción de las decisiones judiciales. Por otra parte, en cuanto damos el primer paso para aproximamos al tema, que consiste en la recopilación y análisis documental nos encontramos con que es un tema central en los asuntos que preocupan a las ciencias políticas y jurídicas existiendo una amplia reflexión sobre la forma de operar de jueces y magistrados.*[329]

*Existe una extensa y amplia literatura jurídica sobre las cuestiones relacionadas con la independencia del poder judicial, y por tanto de los jueces o con los dispositivos para garantizar la objetividad en la toma de decisiones que dentro de los criterios de discrecionalidad garantice la imparcialidad,[…] sin embargo, es*

328 Son muy diversas las investigaciones que se han realizado sobre los y las jueces decisiones judiciales, algunas de las más relevantes de entre las consultadas son: Clavero B. (1988): los derechos y los jueces, Civitas Ediciones; De Asís, R. (1995): Jueces y normas: Decisión judicial desde el ordenamiento, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales; Garapon, A. (1997): juez y democracia, Flor de Viento Ediciones; García de Enterría, E.; Menéndez, A. (1997): El derecho, la ley y el juez '• dos estudios, Civitas Ediciones; Martín del Burgo, A. (2001): La justicia como problema. El juez administrador del derecho, Editorial Bosch; Ruíz, J. S. (1981): Juez y sociedad, Agora; Sobral]., Prieto, Á. (1994): Psicología y ley: un examen de las decisiones judiciales, Ediciones de la Universidad Complutense de Madrid, Tobaría,J. ]. (1975): El juez español: un análisis sociológico, Tecnos.

329 Sobre la lógica particular del derecho positivo no podemos dejar la referir la obra clásica de Bobbio, N. (1991): El problema del positivismo jurídico, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política.

*más escasa la producción científica socio-jurídica que analice en profundidad, y con la distancia crítica que toda reflexión científica requiere, como funciona la toma de decisiones en el ámbito de la administración de justicia […]*

*No podemos perder de vista los importantes matices, factores subjetivos y sociales que se esconden bajo la denominación genérica del verbo aplicar o administrar la ley, matices referidos a procesos tales como adaptar la ley a la realidad, fijar criterios de procedimiento y decisión, interpretar el contenido de la ley en relación con hechos siempre singulares en términos de similitud o antecedentes, inferir y deducir las consecuencias sociales en términos de ejecución de medidas, a partir de hechos sociales radiografiados por la lógica particular del "derecho positivo",[330] descifrar y demostrar que la realidad es tal y como el conjunto de elementos procesales exige (pruebas, testimonios, documentos, versiones, etcétera) interme- diados por actores con desigual grado de influencia política y jurídica a la hora de realizar la reconstrucción de esa realidad en términos procesales por las diversas partes en litigio.*

*Así pues, cuando nos referimos a los criterios extrajudiciales que inciden en las decisiones de los jueces, hacemos alusión a los factores e indicadores que, por muy diversas circunstancias y en diferentes acepciones necesarias de explicitar, condicionan, alteran, determinan o pervierten -en supuestos similares y aplicando la lógica estricta del derecho positivo- el tipo de decisión judicial y la evaluación jurídica de los hechos por parte de los jueces que va a tener consecuencias directas en decisiones claves como incoar un expediente, dictar una u otra sentencia, condenar o absolver, etcétera. Estos indicadores y factores que los denominamos extrajudiciales, son objeto central de nuestra observación.*

*Ejemplificando, la cuestión que apuntamos, trata de obtener posibles respuestas a muy diversas preguntas: ¿Cómo es posible que dos jueces ante un mismo caso tomen decisiones distintas e incluso diametralmente opuestas?, ¿Por qué en determinados ámbitos jurisdiccionales se dictan sentencias similares ante casos muy distintos? o ¿Cuales son los motivos por los que se modifican sustancialmente las sentencias dependiendo del órgano jurisdiccional que evalúe un expediente?... Estas y muchas otras preguntas son las que trataremos de afrontar a lo largo de este trabajo. La importancia e interés que revisten estas cuestiones, además de ser de interés social general, son asuntos que también preocupan a los propios operarios del derecho y particularmente a jueces y magistrados: "Ante un mismo expediente de separación, hay criterios muy distintos entre unos y otros jueces. (EPJFD) [...] Sobre los diferentes criterios que utilizamos los jueces ante un mismo caso, creo que cada uno de nosotros daríamos más importancia a un matiz que a otro, de hecho se ven las mismas sentencias cuando se apelan pues muchas veces se revocan y son pequeños matices. Pero yo creo que ahí entra el componente humano" (EPJFBA).*

*Inicialmente para ahondar en estas cuestiones es determinante distinguir dos componentes claves. La primera es el tipo de intervención judicial. Es muy distinta la intervención judicial según la jurisdicción a la que nos refiramos, puesto que el papel que se otorga a los jueces varía de una jurisdicción a otra, y sobre todo del tipo de proceso aún dentro de la misma jurisdicción, teniendo funciones con trascendentales matices diferenciadores según opere en el ámbito penal, laboral, administrativo, matrimonial, etcétera, y dentro de cada ámbito según la naturaleza del proceso (contenciosidad, transcendencia de su decisión, etcétera) que va de atribuciones meramente notariales (por ejemplo, firmar un mutuo acuerdo de separación matrimonial previamente convenido por las partes) a aquellas directamente impositivas (por ejemplo, sentenciar a pena de muerte).*



330 *La relación entre política y justicia, debido a que el sistema judicial no deja de ser un subsistema del sistema político ha ocupado una parte importante de las reflexión en las ciencias políticas y del derecho con obras tales como Aulet,* J.L. (1997): Jueces, política y justicia en España e Inglaterra, Cedecs Editorial; Correa, ]., Garrido, C. M. (1993): Situación y políticas judiciales en América Latina, Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho; De Julios, A. (2000): En los encrucijadas de la modernidad política, derecho y justicia, Universidad de Sevilla. Secretariado de Publicaciones; Díaz, E.; Colomer, J. L. (2002): Estado, justicia, derecho, Alianza Editorial.

Volver al índice

*El segundo condicionante que influye sobremanera en las decisiones judiciales es el carácter ordinario o extraordinario del proceso, entendiendo por tal el grado de importancia del mismo en relación con las políticas de seguridad, la intervención mediática y por tanto del grado de alarma social suscitado, o por la presencia de actores con poder político o económico en el litigio. De este modo podemos afirmar que existe una aplicación ordinaria y rutinaria de las leyes (clientes habituales, casos cotidianos) que frecuentemente imprimen una inercia administrativa en términos analógicos a la hora de tomar las decisiones, y una aplicación extraordinaria de las leyes esta vez condicionada por elementos tales como la implicaciones de los jueces en el propio proceso, las consecuencias políticas que se derivan de sus decisiones jurídicas, entre otras. Esta aplicación excepcional de la ley quiebra la lógica interna del derecho positivo en el único espacio donde es posible pervertirlo, precisamente en la intervención judicial, sobre todo, aunque no únicamente, por lo intrincado del proceso de control sobre los jueces y órganos jurídicos jerárquicos en relación con las resoluciones y sentencias judiciales que se producen supeditadas a decisiones extrajurídicas.*

*Esto se da por ejemplo en la jurisdicción penal, en aquellos casos de delitos que normalmente no son procesados de ordinario por la justicia, pero que por razones políticas y no como fruto de la investigación judicial, llegan a manos de la administración de justicia implicando a clientes inusuales puesto que sus pleitos normalmente los solucionan extrajurídicamente. Valga como ejemplo el procesamiento por delitos económicos tales como financiación ilegal, malversación de fondos públicos, enriquecimiento ilícito, blanqueo de dinero, crímenes de guerra, crímenes de estado por parte el ejército o la policía en tiempos de paz como asesinatos, mutilaciones o torturas, violación de derechos territoriales, entre otros. Estas dos cuestiones claves son muy importantes de dilucidar a la hora de plantearnos una investigación sobre los criterios que influyen en las decisiones judiciales, puesto que varían tanto los factores sociales que inciden en los criterios que utilizan los jueces como en los dispositivos jurídicos que las condicionan.*

*Por último, no podemos olvidar la importancia que tienen los mecanismos legales y lo políticos que posibilitan la mayor o menor dependencia del poder judicial con respecto a otros poderes del estado, sobre todo con respecto a los poderes ejecutivos. Existen administraciones donde la dependencia hace imposible un funcionamiento autónomo del poder judicial (regímenes presidencialistas, sistemas de designación política de los responsables de los órganos supremos de justicia, sistemas de designación corporativa de los jueces, proximidad estructural que facilita la complicidad directa de la judicatura con la policía o la fiscalía, etcétera), en cambio otros, establecen dispositivos aptos para evitar esta dependencia de los poderes ejecutivos, mecanismos en los que habría de ahondar quien pretendiera garantizar la independencia del poder judicial. En las diversas investigaciones empíricas que se han venido realizando sobre los jueces tanto en América como en Europa y examinando las funciones sociales que despliega la intervención judicial se ha venido demostrando que en diversos contextos históricos la administración de justicia está ocupada en hacer efectivos los intereses particulares de la corporación que la aplica, de grupos de interés político o de una clase dominante, cerrándose a las influencias que pueden provenir de otros sectores.*[331]



*Este punto de partida, a riesgo de ser una generalización excesiva, es fácil de contrastar desde una perspectiva histórica y además nos sirve como hipótesis de trabajo a la hora de hacer explícitos los factores que pueden influir en las decisiones judiciales para desentrañar las formas de supeditación a otros poderes, y en un sentido más amplio, para explicitar los indicadores sociológicos, económicos, políticos, culturales y morales con que actúan los jueces dentro de su margen de discrecionalidad. A continuación vamos a centramos en relación con todas las cuestiones apuntadas anteriormente, en la exposición sistemática de algunos de los factores más importantes que inciden en las decisiones judiciales. Lo vamos a hacer desde las vivencias y percepciones que los propios jueces tienen de su papel social y de dichos factores.*[332] *La recopilación de*

331 No son muchas las investigaciones que sobre los jueces se han realizado fuera de los libros escritos individualmente por ellos mismos o aquellas biografías realizadas sobre determinados jueces. De entre esa escasa producción podemos destacar por ejemplo el trabajo de Marida, M. (1996): Hablan los jueces, Plaza & Janes.

332 Las citas literales aquí incluidas son el fruto de la recopilación de ésta información específica sobre los criterios

*información está hecha mediante entrevistas en profundidad y grupos de discusión con jueces y magistrados que llevan muchos años de ejercicio en España en diferentes jurisdicciones, centrándonos sobre todo a la hora de elegir la muestra tipológica en la jurisdicción civil y penal.*[333]

*Quizás sea interesante desde un punto de vista simbólico comenzar la exposición sobre los factores que inciden en las decisiones judiciales con una anécdota bastante significativa sobre cuál es la reacción unánime de jueces y magistrados cuando en un contexto no formal, donde se da un clima de confianza (puesto que está garantizado el anonimato y sobre todo la trasparencia que ha de guiar la dinámica de toda entrevista personal o de grupo) se les formula la siguiente pregunta genérica: ¿Las decisiones que en sus resoluciones o sentencias toman los jueces y magistrados, están exentas en todos los casos de la influencia de factores extrajudiciales y si no siempre es así, en qué sentido pueden influir?. La reacción es unánime: nada más plantearles esta cuestión en algunos casos se sonríen tras mostrar su sorpresa ante esta cuestión, y en otros, se ríen e inmediatamente contestan: claro que influyen, siempre y mucho, negarlo sería hipócrita (GDJP1).*

*Cabe destacar que esta respuesta contrasta con el discurso oficial y formal que de cara a la sociedad se reproduce en el que se niega la influencia de cualquier factor extrajudicial en la toma de decisiones en cualquier ámbito de la justicia. En este sentido resulta de transcendental importancia rescatar las reflexiones autocríticas de algunos jueces y magistrados que iluminan el oscurantismo que muchas veces se camufla tras los discursos dogmáticos y formalistas que habrían de limitarse a dotar de calidad técnica al ejercicio del derecho y sin embargo muchas veces son figuras de representación que fabrican apariencia de objetividad y cuya función real es ocultar las deficiencias y perversiones en la administración de justicia.*[334]

*Para analizar sistemáticamente los factores sociales que inciden en las decisiones judiciales, vamos a agruparlos y dentro de cada grupo de factores, especificamos algunas de las variables más significativas que clarifican a que nos referimos cuando hablamos de factores que inciden o influyen en las decisiones judiciales. Nuestro interés aquí no es hacer un análisis exhaustivo de todos los factores, ni siquiera sumergirnos en todas y cada una de las intrincadas aristas que tiene cada factor o variable. El interés se centra en tratar*



que inciden en las decisiones de jueces y magistrados, que se han introducido de un modo transversal en otras investigaciones básicas y aplicadas realizadas en el ámbito de la sociología del derecho, además de las realizadas expresamente dentro de la investigación comparativa que venimos realizando sobre este particular tema entre México y España. Todas las citas que comienzan por las siglas EP, se refieren a testimonios recopilados mediante entrevistas en profundidad a jueces que en el momento de la entrevista ejercían su labor en la jurisdicción civil, mientras que las que comienzan con las iniciales GD, son testimonios extraídos mediante la técnica de grupos de discusión con jueces que en el momento de la realización de los grupos de discusión ejercían su labor en la jurisdicción penal. El resto de las siglas son de identificación de grupos y personas, que lógicamente son identificables por sus autores, pero anónimos para el lector. El contexto de las investigaciones de donde se han extraído estas citas y se ha introducido transversalmente el estudio mediante el método cualitativo y las técnicas de entrevistas en profundidad y grupos de discusión, aparecen en las siguientes obras: Manzanos C. (1999): "Visiones de los jueces de familia sobre la aplicación de la legislación en materia de separación y divorcio", en La Ley de Divorcio en España: criterios y propuestas de modificación, Dykinson; Manzanos C. (2000): "La intervención judicial", en La separación matrimonial, Fundamentos; Manzanos C. (2002): "Percepción social de la administración de justicia versus autopercepción de los jueces de su imagen social", en La construcción de la imagen social del delito, sin publicar.

333 Algunas de las obras, más destacables que los propios operarios de derecho han escrito en un loable intento de posibilitar mediante la autoreflexión un proceso de profundización democrática en la aplicación de la justicia son las obras de Carmena, M. (1997): Crónica de un desorden: notas para reinventar la justicia, Alianza Editorial; Tomás y Valiente, F. (2000): La tortura judicial en España, Editorial Crítica; Tomás y Valiente, F. (2001): Antología del disparate judicial, Plaza &. Janes Editores; Cantos, F. (1998): La injusticia en España: análisis pragmático, práctico y racional (no jurídico ni técnico) de la administración de justicia en España, Quatto Ediciones.

334 El concepto de "justicia de clase" está acuñado de la obra de Bergalli, R. (1983): "El control formal: la instancia judicial" en El pensamiento criminológico 11: Estado y control, Homo sociologicus, Editorial Península.

*de construir un marco general de reflexión que sirva de referente tanto para visualizar lo compleja que es la valoración de los hechos sociales desde la óptica jurídica, como para vislumbrar la necesidad de desarrollar multitud de líneas de investigación para una comprensión de lo que supone el ejercicio de aplicación de las leyes en nuestra sociedad.*

## 1. FACTORES RELACIONADOS CON SU ESTATUS SOCIAL Y PROFESIONAL.

*Hace alusión a la extracción social, aspiración socio-económica y funcionarización de los jueces, es decir, a la pertenencia originaria del juez a un estatus socio-económico u otro, a sus aspiraciones de ascenso en la escala de estratificación que le exigen la fidelidad a los intereses tanto de sus superiores como a los intereses de los grupos de presión, o de las élites de poder a las que se articulan, para mediante una carrera profesional pertenecer a los mismos. Pero también es un factor decisivo el proceso de desarrollo de una práctica judicial fundamentada en rutinas burocráticas y formas de hacer que vienen vinculadas a la inercia judicial y al desarrollo de un tipo de juez funcionario que se deriva de diversas dinámicas que más adelante exponemos. Vamos a analizar estas tres cuestiones por separado. Son un grupo de factores decisivos que hacen referencia al concepto de justicia como "justicia de clase":[335] "en el fondo existe una clara justicia de clase, muchos jueces tienen claro a quienes están defendiendo y a quienes definen como culpables, es nuevamente una cuestión ideológica y la mayoría de los jueces somos conservadores, de ideología y de estatus social" (GDJP1).*

### 1.1 La extracción y el estatus social adquirido en la escala de estratificación.



*En relación a la extracción y estatus social adquirido y estrechamente unido a él,- estarían las influencias que vienen reflejadas mediante indicadores muy diversos como son su trayectoria profesional a través de su historial dentro y fuera de la judicatura, el tiempo que lleva ejerciendo su labor que nos indica así mismo la velocidad de ascenso en la escala de estratifi- cación, su vinculación a cargos de responsabilidad política o administrativa, la pertenencia a determinadas escuelas de formación, familias o grupos de poder, los mecanismos de designación por los que se incorporaron a la carrera judicial en determinadas épocas entre otros.*

*Existen en la escala de estratificación de los jueces diferencias en cuanto al prestigio y estatus social adquirido que se establecen en función de diversas variables, siendo una de ellas la antigüedad de desempeño de su función y la forma de acceso a la judicatura: "Existe diferencia entre las personas que han accedido a la judicatura por oposición con respecto a quienes vienen desde la abogacía o desde la universidad. Los de primera son los del turno libre, con respecto a los del tercer y cuarto turno. Hay una percepción y es que la gente que se considera de pata negra son los de la oposición libre, luego los del cuarto turno (diez años de ejercicio y acceso directo) que son los jamón serrano y los del tercer turno (procedentes de la abogacía y pasan por la escuela haciéndose concurso oposición) son los jamón York" (GDJP1).*

335 Un estudio sobre la imagen social de los jueces lo encontramos en Tobada, J. J. (1993): Actitudes de los españoles ante la administración de justicia, Centro de Investigaciones Sociológicas.

*Pero quizás el elemento más importante se relaciona con los factores de adscripción de un estatus económico o un prestigio político, sea su vinculación a cargos de responsabilidad política, jurídica o administrativa: "En principio no existe diferencia entre tipos de jueces según el tipo de acceso a la judicatura, porque en la mayoría de los puestos se accede por antigüedad, salvo en los tribunales de rango mayor que la designación tiene ya que ver con criterios más políticos y en este momento más que nunca" (GDJP3). Una cuestión que pudiera influir en la actitud de los jueces a la hora de ejercer su función es saber si éstos se sienten distintos al resto de la sociedad, es decir, si su extracción social o el estatus que alcanzan por el hecho de ser jueces influye en el trato que otorgan a los usuarios de la administración de justicia: "En algunos sí. Pero eso ocurría más antes, en otros tiempos cuando la gente que había acabado la carrera jurídica era, no sé cómo decirlo, de la aristocracia rústica, como de otra casta. Nosotros ahora tenemos compañeros de muy diverso origen social. Hijo de un camionero o de un carpintero. Sin embargo en general somos un estamento muy conservador" (GDJP3).*

*Este talante distante y conservador que forma parte de la imagen social de los jueces,[336] quizás originada por ser vistas como personas omnipotentes, es decir, que tienen poder de decisión sobre cuestiones transcendentales en la vida de los demás es en gran medida ratificada por algunos jueces, no tanto como una actitud específica de su estamento, sino de toda profesión que se caracteriza por tener capacidad de decisión sobre otras personas y que otorga su extracción social: "De todos formas hay un factor muy importante. La gente en general, al margen de que sea juez o lo que sea (alcalde, médico, político o lo que sea) cuando tiene el tipo de acceso a la judicatura, porque en la mayoría de los puestos se accede por antigüedad, salvo en los tribunales de rango mayor que la designación tiene ya que ver con criterios más políticos y en este momento más que nunca" (GDJP3). Una cuestión que pudiera influir en la actitud de los jueces a la hora de ejercer su función es saber si éstos se sienten distintos al resto de la sociedad, es decir, si su extracción social o el estatus que alcanzan por el hecho de ser jueces influye en el trato que otorgan a los usuarios de la administración de justicia: "En algunos sí. Pero eso ocurría más antes, en otros tiempos cuando la gente que había acabado la carrera jurídica era, no sé cómo decirlo, de la aristocracia rústica, como de otra casta. Nosotros ahora tenemos compañeros de muy diverso origen social. Hijo de un camionero o de un carpintero. Sin embargo en general somos un estamento muy conservador" (GDJP3).*

*Este talante distante y conservador que forma parte de la imagen social de los jueces,337 quizás originada por ser vistas como personas omnipotentes, es decir, que*



336 Destacan de entre las investigaciones sobre la crisis endémica de la administración de justicia los trabajos de Fernández, D. (2000): La justicia manchada en España: reflexiones y vivencias de un abogado. Primera parte, Arráez Editores; García, R. (1994): La justicia en crisis, Autoedición; Gentile, F. (2001): E! ordenamiento jurídico, entre la virtualidad y la realidad, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

337 Algunas de las aportaciones más interesantes que plantean los problemas de supeditación del poder judicial y del derecho a lo político dentro de nuestro modelo de sociedad mercantilista, lo cual plantea grandes retos con respecto al mantenimiento y desarrollo del estado de derecho y de las sociedades democráticas son las siguientes: Belloso, N. (1999): El control democrático del poder judicial en España, Moínho do Verbo; Bergalli, R. (1984): Estado democrático y cuestión judicial: (vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial), Depalma Editores; García, C. (1997): Legitimidad democrática y poder judicial, Ediciones Alfonso el Magnífico, Generalidad Valenciana; Gargarella, R. (1996): La justicia frente al gobierno : sobre el carácter contramayoritario del poder judicial, Editorial Ariel; Guarnieri, C., Pederzoli, P. (1999): Los jueces y la política: poder judicial y de-

*tienen poder de decisión sobre cuestiones transcendentales en la vida de los demás es en gran medida ratificada por algunos jueces, no tanto como una actitud específica de su estamento, sino de toda profesión que se caracteriza por tener capacidad de decisión sobre otras personas y que otorga su extracción social: "De todos formas hay un factor muy importante. La gente en general, al margen de que sea juez o lo que sea (alcalde, médico, político o lo que sea) cuando tiene poder se convierte en conservadora y arrogante, y además, cuando prevé que ese poder es para siempre aún más. Hay muchos jueces que dicen si, el político mandará, pero ese en las próximas elecciones, le derrocarán, y a mí no. Dicen explícita o implícitamente Yo me voy a jubilar mandando, y cada vez mandando más y mandando mucho, ese es un factor importante a tener en cuenta en la actitud que puede provocar el tener poder de decidir sobre los demás en cuestiones tan importantes sobre las que deciden los jueces" (GDJP3). Claro está que esta capacidad que hemos calificado de omnipotente de decidir sobre la vida de los demás, no es el único factor que incide en el talante del juez o de cualquier sujeto que toma decisiones sobre los demás, puesto que puede ser neutralizada por otras actitudes: "Esta capacidad de ejercer el poder transforma a una persona, y a no ser que seas consciente de ello y realmente no te importe, o de que tengas afortunadamente otras cuestiones en la vida que valores como más importantes a la hora de ejercer tu profesión" (GDJP3).*

### 1.2. La funcionarización profesional y la inercia judicial.

*Parece un rasgo común a muchos países del mundo occidental y occidentalizado el hecho de que en el ámbito de la judicatura cada vez está más extendida la figura del juez funcionario, sobre todo en lo que se refiere a la administración ordinaria de la justicia, que consiste en la preponderancia de su función instrumental, intermediaria y legitimadora y se concreta en la asunción del papel a desempeñar como mero administrador de lo que le llega, como un mero tramitador de papeles en función de rutinas y criterios preestablecidos. Además de los diversos elementos que apuntamos en este apartado, en el caso español, y demás países donde concurren, existen dos circunstancias que pudieran influir poderosamente en la funcionarización de jueces y magistrados: la no exigencia de una experiencia profesional previa para ejercer la profesión, y sobre todo la condición definitiva del cargo, es decir, el hecho de que la expectativa del cargo sea a perpetuidad.*



*Sobre la primera cuestión, hay que destacar que evidentemente existe una gran distancia entre lo que se aprende en la formación Universitaria o en las Escuelas de Práctica Jurídica y lo que alguien se va a encontrar en la realidad, que puede crear importantes disfunciones en el ejercicio de su tarea: "Procedo del ámbito de la Universidad y cuando hablaba a mis alumnos de que los jueces son los aplicadores del derecho penal y que van a fundamentar sus decisiones en un libro que es el Código Penal y que no van a más que aplicar los artículos ese código. En las facultades de derecho se transmite y se tiene esa visión. Cuando posteriormente he tenido contacto con los aplicadores, me he dado cuenta de que las cosas no son así y eso me chocó mucho, me he tenido que ir acostumbrando" (GDJP5).*

mocracia, Taurus Ediciones, Grupo Santillana; Manzanos C. (1998) "El derecho: mecanismo de resolución o de control de los conflictos sociales", en Derecho y Sociedad, Tirant lo Blanch.

*En cuanto a la expectativa del cargo a perpetuidad, como factor que incide directamente en la funcionarización de jueces y magistrados, y por tanto en la forma de ejercer su profesión que comporta como vamos a indicar más adelante ciertos riesgos, hemos de destacar que no existe una cultura de formación jurídica única sino que hay importante variaciones entre países y que otras fórmulas pueden evitar estos riesgos: "Una cuestión sobre la expectativa de acceso a la judicatura que resulta peligroso es el hecho de que el cargo sea a perpetuidad. En países como España e Italia se dan estas condiciones, pero en otros países de nuestro entorno eso no es así. En algunos se exige una edad, también como en el caso de Inglaterra son cargos para unos años. En Alemania tienen un sistema según el cual después de seis años de carrera en la Universidad, exigen dos años de prácticas obligatorias en tres períodos: seis meses en un bufete de abogados, seis meses en la fiscalía y seis en un juzgado. Después les hacen un examen y los que aprueban eligen: o son abogados o jueces. Esa categoría amplia de jurista hace que pueda ser juez durante diez años y luego fiscal durante otros diez o pueda irse tranquilamente a ejercer de abogado. En estos sistemas no necesita un juez tener la perpetuidad porque en un momento dado puede cambiar de trabajo, de perspectiva sin necesidad de variar su retribución salarial" (GDJP1).*

*Aunque más adelante nos referimos a la edad como uno de los factores subjetivos que pueden incidir en las decisiones judiciales, de la reflexión apuntada en el anterior párrafo se desprende que además de la expectativa del cargo a perpetuidad, un elemento que podría contribuir a la institucionalización de un tipo de juez funcionario es la no existencia de una edad mínima para ejercer como juez, que tiene que ver, no tanto con la edad en sí, puesto que dos personas con la misma edad pueden contar con trayectorias personales y profesionales muy distintas, sino sobre todo con la experiencia vital de la persona que accede a la judicatura, teniendo en cuenta que' en muchas ocasiones, debido a lo largo y dificultoso del ciclo formativo, muchos se estrenan como jueces sin tener una experiencia práctica o vital previa como operarios del derecho, lo cual puede facilitar convertirse en aplicadores "mecánicos" del mismo: "Una cuestión que me parece importante es que se habría de exigir una edad mínima para ser juez, situada en la madurez, porque resulta importante la experiencia previa como ser humano, incluso aunque se sea imprescindible habría de valorarse que tuviera experiencia previa en algo relacionado con el derecho. Me parece importante que un juez haya vivido y no que termine la carrera y se incorpore directamente a los veintisiete años" (GDJP4).*



*Esta funcionarización de los jueces y magistrados podría visualizarse a riesgo de una excesiva estereotipación, mediante la imagen del distanciamiento del sujeto. Sería así un proceso de objetivación con el fin de evitar su implicación emocional y la complicación de sus tareas. Es decir, lo que tratan de hacer los jueces en general es de distanciarse lo más posible desde esa idea del juez funcionario, cuya imagen tipo sería la de introducir los datos por ordenador para imprimir el resultado de aplicar el programa (códigos y leyes procesales) en forma de sentencia, finalmente la firmo y punto final. Cuanto menos relación con los implicados en los conflictos sociales judicializados mejor, con la justificación de que si no los conozco, garantizo mejor la objetividad aplicando limpiamente el derecho positivo: "Tras el argumento de potenciar la efectividad de los jueces impulsado por los órganos de gobierno del poder judicial se esconde la potenciación de un juez funcionario que se convierte en un mero administrador y que ni investiga, ni contrasta, no busca elementos probatorios, ni nada, simplemente despacha*

*y firma. La economía de la justicia consiste en que hay menos jueces en España que en el resto de los países de la Unión Europea, pero esto no es casual es necesario para potenciar ese papel del juez de mero tramitador" (GDJP1).*

*Parece además a la luz del anterior testimonio que surge en la discusión entre jueces, que la reproducción de los sistemas judiciales necesita de esa función meramente administrativa otorgada a los jueces. Pero, además, no solamente ésta es funcional para los intereses de quienes establecen las políticas judiciales en lo que se refiere por ejemplo a la inversión económica en materia de justicia para incrementar las plantillas, sino que también parece que resulta funcional para un ejercicio más fácil y cómodo de la profesión entre los propios jueces y magistrados: "A lo que se tiende es a la creación de un juez funcionario y eso creo que es negativo... Un delito fiscal o económico en general tiene un mayor volumen de trabajo y tramitarlo y resolverlo lleva mucho más trabajo y sin embargo puede puntuar igual que uno que se resuelve en diez minutos (GDJP1)... Por ejemplo, en los juzgados de lo penal le tienen pánico a los alzamientos de bienes porque son tomos de papel y sólo para situarte ahí dentro tienes que dedicar una cantidad inmensa de tiempo. Además, con los intereses que se juegan ahí, vienen abogados más influyentes que el abogado de oficio del guineano (acusado de tráfico a pequeña escala). La mentalidad del juez funcionario es mira a mi no me compliques la vida, yo hago mis cuatro sentencias que me puntúan cuarenta y siete y punto final" (GDJP2).*

*Un ejemplo sobre las repercusiones que pueden tener sus decisiones, en el ámbito de la jurisdicción penal, es pensar si condicionaría las mismas el tener o no conocimiento o experiencia sobre las condiciones de las prisiones y su adecuación o no a las funciones resocializadoras formales. Para el juez puede resultar más cómodo no saber qué es lo que pasa en la cárcel, si realmente cumple o no sus objetivos. Una percepción social bastante generalizada es que el juez es un mero tránsito entre la policía como seleccionadora de unos tipos de delincuentes y los funcionarios de la ejecución penal que los reciben. La policía me trae a los inculpados, hago caso de su versión en la mayoría de los casos, con ese criterio los proceso y les envío a los profesionales de la ejecución y queda en manos de ellos bajo cierto control judicial, frecuentemente simbólico, para que los traten. Prefieren los jueces no saber que ocurre después, porque dentro de su mentalidad es más fácil no saberlo: "En general, los jueces prefieren no planteárselo, no les importa si la cárcel cumple su función o no, no es su competencia, el juez cumple su función, ejecuta y la cárcel hará lo que tenga que hacer, existen técnicos que lo harán muy bien y los tratarán convenientemente" (GDJP4).*

*A continuación vamos a profundizar en las dos cuestiones anteriormente apuntadas: la funcionalidad para el sistema judicial en particular, y político en general, de relegar al juez a funciones administrativas mediante dispositivos tales como la escasez de jueces que parece ser uno de los elementos que genera las crisis endémicas y la percepción social de ineficacia en la administración de justicia,[338] y por otra parte,*



338 Algunas de las aportaciones más interesantes que plantean los problemas de supeditación del poder judicial y del derecho a lo político dentro de nuestro modelo de sociedad mercantilista, lo cual plantea grandes retos con respecto al mantenimiento y desarrollo del estado de derecho y de las sociedades democráticas son las siguientes: Belloso, N. (1999): El control democrático del poder judicial en España, Moínho do Verbo; Bergalli, R. (1984): Estado democrático y cuestión judicial: (vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial), Depalma Editores; García, C. (1997): Legitimidad democrática y poder judicial, Ediciones Alfonso el Magnífico, Generalidad Valenciana; Gargarella, R. (1996): La justicia frente al gobierno : sobre el carácter contramayoritario

*la funcionalidad que para los propios jueces y magistrados tiene el ejercicio fácil y cómodo de la profesión.*

*Sobre la primera cuestión, hemos de destacar que profundizar en el desarrollo de una sociedad democrática supone incrementar la mayor independencia del poder judicial, el control jurídico sobre los poderes ejecutivos, hacer que los órganos superiores de justicia y sus representantes no estén supeditados a intereses políticos, etcétera. Sin embargo, en muchas sociedades democráticas se constata que cada vez los poderes judiciales retroceden en estas tendencias hacia la democratización y las reformas que se vienen operando traen consigo el incremento del déficit democrático que supone la supeditación de lo jurídico a lo político.*[339]

*Precisamente la escasez de jueces, el otorgarles funciones administrativas, el incentivar la productividad en función de criterios cuantitativos y de eficiencia son elementos que contribuyen a profundizar en estas tendencias y repercuten directamente en cuestiones tales como la calidad de las sentencias desde un punto de vista tanto probatorio como de fundamentación jurídica: "La calidad de las resoluciones judiciales muchas veces es como el sexo de los ángeles. Es un tema que está planteado pero que nadie lo analiza y lo aborda. Se ha de abordar desde el punto de vista técnico, de su afectación a los intereses humanos en juego, desde el punto de vista de la motivación y fundamentación de las resoluciones, etcétera" (GDJP2)... "Al final más que los puntos lo que más me afecta como juez es el volumen de papel. Me come el papel. Muchas veces no puedo permitirme el lujo de estar una hora u hora y media con un caso y muchos requerirían una dedicación casi exclusiva" (GDJP3)... "Muchas veces se utiliza el argumento de que habría que pagar más para incentivar el trabajo. Esto no es verdad, más bien es al contrario, cuanto más se gana, menos se trabaja. En todo trabajo necesitas diferenciar el polvo de la paja, hasta que sepas lo que realmente merece las horas de dedicación pasa tiempo de dedicación a la profesión... Dentro de los jueces y magistrados hay como en toda profesión gente que trabaja y que no, y eso no se mide con puntos. Además para eso están las inspecciones, y en ellas no se trata de estar mirando los módulos, sino que ha de trabajar la inspección poniendo patas arriba el juzgado y viendo lo que hay allí, pero eso no le interesa a la administración" (GDJP1).*

*Sobre la actitud profesional de los jueces, hemos de abordar dos fenómenos que inciden en sus decisiones. Una es la tendencia de la burocracia a facilitar lo más posible las operaciones creando una rutinización de su actividad*[340] *que le facilite un ejercicio más cómodo de su tarea: "Lo que ocurre es que a muchos jueces si les quitaras la versión de la policía como garantía de veracidad se volverían locos, no se puede ni plantear,*



del poder judicial, Editorial Ariel; Guarnieri, C., Pederzoli, P. (1999): Los jueces y la política: poder judicial y democracia, Taurus Ediciones, Grupo Santillana; Manzanos C. (1998) "El derecho: mecanismo de resolución o de control de los conflictos sociales", en Derecho y Sociedad, Tirant lo Blanch.

339 Sobre los motivos y efectos de la rutinización algunas aportaciones destacables las encontramos en Cantarero, R. (1995): Administración de justicia y obstruccionismo judicial, Editorial Trotta; Cobreros, E. (1998): La responsabilidad del estado derivada del funcionamiento anormal de la administración de justicia, Civitas Ediciones; Gómez del Castillo, M. (1997): La crítica al funcionamiento de la administración de justicia : ensayo de aproximación al tema, Universidad de Huelva; Nieto, A., Fernández, T. R. (1998): El derecho y el revés: diálogo epistolar sobre kyes, abogados y jueces, Ariel; Parada, ]. R. (1988): La administración y los jueces, Editorial Jurídica Venezolana

340 Véase De la Torre, F. J. (2000): Ética y deontología jurídica, Dykinson Libros; Gómez, R. (1999): Deontología jurídica, Eunsa, Ediciones Universidad de Navarra; Lyons, D. (1998): Aspectos morales de la teoría jurídica, Editorial Gedisa; Masia, C. (2000): Refranes, dichos y sentencias sobre abogados, jueces y magistrados, Ediciones Añil

*ni cuestionar. Partir de la reconstrucción que de la realidad del delito hace la policía supone poder funcionar con una comodidad y y se da una tendencia a penas fijas de privación de libertad, por ejemplo los robos con fuerza, la gran mayoría de seis meses y un día, y se llega a determinar por conformidad. Existe una tendencia a fijar siempre las penas en los mínimos. Un ejemplo está en las multas, el sistema del Código Penal nuevo de las multas tienes que decir cuántas cuotas y la cantidad no es lo mismo a dos euros diarios que a treinta euros y el Código dice que hay que aplicar una cuota u otra según la situación económica del reo. En la gran mayoría de los casos no miro la situación económica del inculpado y ante la duda le pongo el mínimo. Hay personas por ejemplo por conducción etílica con multas de 2 euros diarios durante tres meses que son 180 euros, mucho menos de la multa que le pone tráfico por vía administrativa. Lo que se da es una inercia judicial en la aplicación de las sentencias" (GDJP2).*

*Por último, en relación con esta cuestión, también influyen las rutinas personales que preesta- blecen en función de su experiencia personal o profesional, de tal modo que normalmente, en supuestos similares, utilizan criterios preconcebidos a partir de sus anteriores resoluciones actuando según una especie de jurisprudencia personal, es decir, según una línea argumental y resolutiva rutinizada y a veces difícil de alterar: "La casa, por ejemplo, yo soy partidaria de venderla, de solucionar las cosas y zanjarlas. De conceder pensiones compensatorias limitadas en el tiempo, a lo mejor de cuarenta años, la casa uso en el tiempo, porque no es justo que luego se hagan los hijos mayores y la señora se quede el uso de la casa y el marido pagando el alquiler toda su vida sin la posibilidad de hacer otra nueva familia ni levantar cabeza, porque el domicilio, más en un Bilbao con lo caro que está, es fundamental. A quien das el domicilio le das una riqueza grandísima, no paga el alquiler, de cualquier manera comes pero tener que buscarse aquí piso es muy duro" (EPJFBJ4).*



## 2. FACTORES RELACIONADOS CON SU IDENTIFICACIÓN IDEOLÓGICA Y CULTURAL

La identificación cultural e ideología de los jueces es otro de los factores clave que hemos de tener en cuenta a la hora de valorar los criterios que inciden en su toma de decisiones. Aquí podemos aludir a un amplio elenco de ingredientes que conforman la identificación personal y social del juez.

### 2.1 La ideología política.

*Aunque no siempre, la ideología política que toda persona explícita o implícitamente posee, puede venir vinculada a la pertenencia o grado de proximidad a la estructura orgánica de un determinado partido político, así como la vinculación entre su carrera profesional y trayectoria política. El conocimiento de la influencia de esta cuestión nos es muy útil en ciertos casos para comprender el carácter de determinadas decisiones: "Creo que influyen siempre y mucho, la carga ideológica influye muchísimo, la actitud que el juez tiene ante la vida, desde jueces que en el momento que se les sienta una persona en el banquillo empiezan a decir, por algo estará aquí hasta comentar por ejemplo mira con qué abogado viene. Fui abogada antes de juez durante muchos años y me llevé una decepción al ser juez porque pensaba que la judicatura estaba menos contaminada de prejuicios en estos aspectos, es decir, que valoraba menos toda esa posición o no tenían esa actitud, quizás porque esos comentarios no los realizaban los jueces delante de ti y entonces los ignorabas" (GDJP5).*

*Resulta interesante destacar que cuando nos referimos a la influencia de la ideología manifiesta o latente de jueces y magistrados en sus decisiones no solo hacemos alusión a la aplicación del derecho en el ámbito de lo que hemos denominado aplicación excepcional del derecho, refiriéndonos a aquellos procedimientos que no son habitualmente procesados por mimetismo absoluto. Además se argumenta que es garantía de veracidad porque la policía no tiene interés en los pleitos. Curiosamente la policía que es el invitado de honor en los procesos*

*tiene más interés que los pobres testigos a los que se les cuestiona permanentemente. Este es otro tema tabú" (GDJP2)..." Cualquier extremo que les haga dudar incomoda a los jueces porque supone un trabajo y un esfuerzo extra de verificación. Existe un rechazo a implicarse y sin embargo la imparcialidad no implica no tomar partido puesto que en el momento de la sentencia has tomado una decisión y te has posicionado ante unos hechos aunque sea para no condenarlos por falta de pruebas o por la contradicción de las versiones, pero claro, si dudas mucho entonces jamás sentenciarías y es más fácil inclinarte por la versión oficial de la autoridad policial para poder condenar" (GDJP1).*

*El segundo aspecto es la incidencia que la inercia judicial tiene en la toma de decisiones por analogía u oposición con vistas a realizar el trabajo además de con facilidad, dentro de los parámetros establecidos como los "normales y acostumbrados" en el ejercicio de la profesión: "Existen dos fases, la primera es la de determinar la pena que es la que se hace en la sentencia la administración de justicia, sino que en toda decisión judicial ordinaria, y en cualquier jurisdicción puede influir esta ideología que se expresa en los juicios de valor explícitos o implícitos, conscientes o inconscientes que realizan tanto sobre quién es el inculpado, la víctima o víctimas, la defensa o la acusación: "Si tú tienes una ideología de derechas miras de un lado y si tienes una ideología progresista o de izquierdas miras de otro lado al inculpado dentro del amplio margen de discrecionalidad que te permite la ley. Y no solo al inculpado sino a la defensa del mismo o de la víctima. La carga ideológica influye hasta en el concepto que tienes del juez, de la función que ha de tener" (GDJP1).*



*Así por ejemplo, es muy distinta la visión que un juez de lo penal tenga de la función de la cárcel (mero castigo o retribución, resocialización, etcétera) a la hora de decidir la aplicación o no de las penas sustitutivas que contempla el Código Penal en determinados supuestos donde el juez puede elegir dentro de su amplio ámbito de discrecionalidad: "El Código Penal para determinados delitos impone pena de prisión, otra cuestión es que en el mismo existe un apartado sobre medidas sustitutivas de la prisión donde el juez sentenciador o de la audiencia con penas más graves si puede intervenir y el hecho de que el juez piense que la cárcel sirve o no le hará tender a dictaminar la aplicación de penas alternativas con mayor o menor facilidad" (GDJP2).*

## 2.2 La identificación religiosa y/o moral

*De igual modo en algunos ámbitos de aplicación de las leyes su identificación religiosa y/o moral contribuye decisivamente a clarificar sus interpretaciones de los hechos y su visión de las consecuencias jurídicas que se desprenden de los mismos. El tipo de mentalidad que se ha forjado en una persona (en este caso juez/a) a lo largo de su*

*vida provoca que tenga una ideología y unas creencias que van a condicionar todo su quehacer profesional e induda- blemente van a marcar el talante y sentido de sus decisiones judiciales: "En las decisiones judiciales influye la ideología, la mentalidad religiosa, la educación, la forma en que has vivido. Con la mentalidad que tengo, porque a mí las cosas me han costado mucho, he trabajado durante la carrera, he tenido una buena posición, pero me han enseñado que yo me tengo que buscar la vida, y que si quería una colonia especial, que tenía que dar clases particulares. Entonces cuando me viene a la sala uno de treinta y un años pidiendo pensión a su padre se me cae el alma al suelo, búscate la vida que yo me la he buscado. Si hubiera sido la típica niña de papá, la típica todo fácil, lo hubiera visto más normal. Claro que influye la mentalidad, soy persona, tengo que arrastrar todo lo que he vivido, todas mis vivencias y mi vida, no puedo remediarlo (EPJFBJ4).*

*Hemos de tener en cuenta que el ejercicio de toda profesión supone implícitamente una práctica moral vinculada a las creencias, prejuicios y estereotipos internalizados de los que difícilmente nos podemos desprender, incluso siendo conscientes de que el ejercicio de objetivación en la toma de decisiones consiste en neutralizar estas influencias, pero cuando se toman decisiones concretas que afectan a la vida de otras personas (juicios de valor) esta carga es casi inevitable: "El cerebro no funciona de la misma manera si tengo delante un toxicómano que ha realizado un robo con fuerza, que si tengo un estafador que ha hecho un alzamiento de bienes, o un señor que ha intentado violar a una niña de diez años, en la percepción del hecho y su valoración está influyendo la ideología e incluso la moralidad" (GDJP2). Quizás sea de transcendental importancia investigar estas influencias informales pero no por ello menos contundentes, más allá de lo que se suele hacer, que es limitarse a especular sobre cuestiones éticas o morales en relación con ciertas prácticas judiciales.*[341]



## 2.3 La cultura jurídica a la que pertenecen.

*Un aspecto clave en relación con la identificación es la cultura jurídica a la que pertenecen o en la que se ven inmersos. La formación tanto académica como profesional de los jueces se da en un contexto histórico y social de influencias y corrientes ideológicas y dogmáticas específicas. Un indicador claro de ello es la existencia de diversas asociaciones de jueces con ideologías y planteamientos sobre cómo debe de ser la intervención judicial dispares y a veces contra- puestos. Frecuentemente las asociaciones de jueces y magistrados, sobre todo las mayori- tarias, suelen tener un carácter conservador y corporativo que funciona como mecanismo de cierre para garantizar el poder del grupo y facilitar estratégicamente el juego de complicidades que oculte cualquier posibilidad de transparencia sobre la actividad judicial. Pero a su vez, en países donde existe una pluralidad de culturas jurídicas, el asociacionismo funciona como una de las garantías básicas de la independencia del poder judicial, por ejemplo, sentando las bases jurisprudenciales para el desarrollo material de derechos y libertades que tan solo están proclamadas formalmente o creando corrientes de opinión y propuestas de modificación legislativa con la misma finalidad.*

341 La preocupación por estas cuestiones aparece en muy diversas publicaciones de asociaciones de jueces y magistrados como por ejemplo: Jueces para la Democracia (1995): ¿Hasta dónde el control penal en una sociedad democrática?, IX Congreso, Generalitat Valenciana; Jueces para la Democracia (1997): Jueces y política, XI Congreso, Jueces para la Democracia Editores.

*Por tanto, una variable más específica a tener en cuenta como posible influyente en las decisiones judiciales es el grado y tipo de corporativismo que practican los jueces, que tal y como hemos indicado, puede interpretarse en cada contexto social e histórico de un modo ambivalente. En un caso como factor de autoprotección o mecanismo de cierre, y por tanto, como un ejercicio antidemocrático de la actividad judicial. En otro como un elemento de desarrollo de un asociacionismo que supone el ejercicio plural y democrático de la actividad judicial en función de las diferentes ideologías y referentes identificativos de los jueces.*[342]

## 3. FACTORES SUBJETIVOS EN RELACIÓN CON VARIABLES SOCIALES.

A veces son elementos relacionados con la etapa vital del juez o con sus condiciones personales de vida las que nos ayudan a comprender el carácter de algunas decisiones judiciales. Así existen de entre ellas cuatro variables que a nuestro entender revisten especial relevancia.

### 3.1 La edad.

*La edad del juez por supuesto tiene que ver con su experiencia o inexperiencia dentro de la judicatura, o con el desempeño de otros cargos de responsabilidad. Es un factor que puede incidir en muchos sentidos en sus decisiones. No siempre, ni en todo tipo de procesos ocurre que a mayor edad aumenta el conservadurismo o el sometimiento a los dictados de la política o de la fiscalía, o en general, la práctica sistemática de una interpretación y aplicación más dura de la ley. Ni mucho menos, precisamente en determinados casos puede darse una actitud más relativizadora y benigna hacia las personas más desfavorecidas que se ven inmersas en procesos judiciales o puede ocurrir que su corporativismo y sentido de pertenencia a la estructura judicial les enfrente con mayor virulencia a los intentos de invasión de otros sistemas que buscan condicionar sus decisiones. Sin embargo puede ocurrir que jueces jóvenes tomen decisiones menos independientes y más dogmáticas por su inseguridad e inexperiencia y ante la duda quieran cubrirse las espaldas utilizando el peso de la ley.*

*No obstante, parece que cuando la edad viene vinculada a la inexperiencia profesional o personal es un elemento condicionante de las decisiones en el sentido de que puede existir un riesgo de no tener referentes experimentales y vitales para tomar acertadamente las decisiones, aunque en este caso no se puede generalizar, puesto que no tiene por que ocurrir así: "Y sin embargo una persona, que ha terminado la carrera, una carrera que le ha hecho aislarse del mundo para llevarla adelante, que lo único que tiene son conocimientos teóricos y que lo único que ha hecho es memorizar, puede saber de derecho, pero no tiene experiencia en los procesos de producción y aplicación del mismo, ha de contar con experiencia previa y sobre todo conocer la realidad social en la que se aplica el derecho... Es muy peligroso que a una persona de veinticinco o veintiséis años le des todo el poder del juez, puede llegar a creerse Dios en algunos casos, por suerte en otros también hay jueces de esa edad que son personas muy maduras. En ningún caso se puede generalizar porque también del tercer y cuarto turno hay jueces a los que el poder se íes sube a la cabeza" (GDJP3).*



342 Un indicador de la preocupación que los órganos judiciales tienen sobre la imagen de la justicia, la encontramos en la proliferación de trabajos sobre esta cuestión realizados o encargados por los propios órganos de representación judicial, de entre los más recientes destacan Bonal, R., Ros, A. (1991): La representación social de la justicia, Entidad Autónoma del Diario Oficial y de Publicaciones (Cataluña); Toharia, ]. J. (2001): Opinión pública y justicia: la imagen de la justicia en la sociedad española, Consejo General del Poder Judicial; Toharia, J. J., et Al. (2001): El juez y su imagen en la sociedad: pasado, presente y futuro, Consejo General del Poder Judicial.

Volver al índice

### 3.2 El sexo.

*Otro elemento que incide es el hecho de que el juez sea un hombre o una mujer. No cabe la menor duda que el tipo de educación tan distinta en la que nos socializamos los hombres y las mujeres, así como la importancia que tiene el ser hombre o mujer son elementos decisivos a la hora de tomar decisiones: "Soy jueza, y tengo un concepto de la mujer que no es paternalista, tendrán que sacarse las castañas del fuego igual que los hombres, que hay muchos jueces paternalistas, los hombres más mayores, a la mujer hay que protegerla, en esos sitios habrá mejores pensiones compensatorias que aquí. Eso es así. (EPJFD)... "En estos temas no es lo mismo una mujer que un hombre ejerciendo la jurisdicción. Hay diferente forma de resolver" (EPJFB14).*

*La cuestión del género es compleja y se puede analizar desde muchos puntos de vista. Podemos analizarlo desde el punto de vista de la relativamente reciente incorporación de la mujer a la judicatura que ha traído consigo la necesidad de ésta de adaptarse a una estructura judicial creada y desarrollada históricamente por hombres, donde el esquema masculino predomina en todos los ámbitos del derecho, hasta el punto de tener que adaptarse y frecuentemente doblegarse consciente o inconscientemente a este, lo cual repercute en su toma de decisiones: "Por lo general, la mujer que accede a la judicatura tiene que demostrar más su valía que los hombres, sobre todo al principio, cuesta más ser reconocida y valorada, pero esto no sólo ocurre en la judicatura, sino en todas las profesiones reconocidas socialmente. Eso por ejemplo en las primeras generaciones de mujeres que se incorporaron a la judicatura o en general cuando una mujer accede a ella pudo y puede generar que tome actitudes más distantes que los hombres e incluso decisiones más severas y modos más autoritarios, pero es una cuestión que con el tiempo tiende a normalizarse" (GDJP3).*



*Podemos analizar la percepción que los inculpados, testigos, acusación y defensa tienen de la mujer juez y cómo influye en la mutua interacción: "Todavía hay mucho macho que siente horror y repugnancia a que le juzgue un ser inferior para ellos como es una mujer... Por parte de las mujeres que accedemos a la judicatura hay gente equilibrada, normal, pero también sabemos que hay muchas que tienen pánico a sentirse cercanas a otras mujeres y la reacción es totalmente a la inversa, se congratulan y acercan de tal manera con el poder que lo que hacen es negar su propia condición de poder y distanciarse lo más posible para que nadie te identifique con la pobre persona machacada que tiene delante para juzgarla" (GDJP1).También existen otros factores como la selección y los mecanismos de cierre. Se dan con respecto a su incorporación a órganos superiores de justicia que responde a criterios políticos, donde la presencia en cuanto a participación de la mujer en los mismos es mucho más escasa que la de los hombres, etcétera, pero estas cuestiones trascienden a la cuestión central que aquí abordamos que es la influencia del factor género en la toma de decisiones, al menos de un modo directo.*

### 3.3 El estado civil.

*Uno de los factores que pueden incidir en las decisiones judiciales según la opinión de algunos jueces, por ejemplo en el ámbito de familia es el estado civil del juez, su propia experiencia matrimonial o la carencia de ella: "No puede ser lo mismo una juez como yo, casada y con hijos, que un juez soltero, imposible. Eso es evidente, ni un juez separado que uno casado o soltero. Es así. Entonces sí que sería mejor que hubiera unos criterios definidos tanto desde el punto de vista procesal como de fondo. Creo en general que no queremos tanto arbitrio judicial, pero queremos cumplir y hacer cumplir la ley que para eso estamos" (EPJFD).*

*De todos modos, el estado civil del juez/a no siempre condiciona de igual modo, puesto que en muchos casos es determinante y en otros no en la medida de que la persona tenga o no una vivencia u otra en su condición civil: "Me acuerdo que comenté un día con un compañero que me pareció que fue un poco grosero pero se lo perdoné. Me dice: ¿Tú eres soltera, no? le digo Sí. Dice "es que yo estoy separado y dudo que tú puedas resolver esto correctamente", y otro compañero mío dijo: "Mira ella es mejor porque no está contaminada". Pensaba que por ser soltera yo no podía resolver bien pleitos de familia, o que no los podía resolver tan bien como si estuviera casada, tuviera dos niños y supiera lo que cuestan los dodotis de los niños" (EPJFB14).*

*Así por ejemplo, el hecho de que el juez haya sido o no padre o madre condiciona decisivamente la percepción que el juez tiene de las necesidades de atención o de los gastos que acarrea el criar a la descendencia, y esto puede repercutir a la hora de establecer pensiones u otras obliga- ciones: "A la hora de tomar la decisión sobre estas cuestiones, en las jueces creo que influye si eres padre o no eres padre. Y hay muchos jueces que no saben lo que es un pañal, claro yo eso sí lo sé, y sé lo que cuestan las playeras de los niños. Y sé el rollo que es ir a buscar a los niños a la catequesis, cosa que un señor soltero, a lo mejor no lo sabe" (EPJFD).*

### 3.4 El tipo de educación familiar y de socialización.

*Aunque pueden influir en todas las jurisdicciones, puede hacerlo especialmente en los procesos civiles y administrativos, sobre todo cuando las decisiones que tiene que tomar el juez suponen un juicio de valor sobre aspectos de la vida privada de las partes como ocurre por ejemplo en pleitos sobre herencias, separaciones matrimoniales, liquidación de sociedades, por citar algunos ejemplos.*



*Efectivamente, la experiencia vital personal, es decir, el tipo de socialización que ha recibido cada juez/a es otro de los factores que le influyen a la hora de valorar y de tomar decisiones. Un ejemplo, es la valoración que una juez hace a partir de su experiencia vital sobre la concesión de pensiones compensatorias: "Ves peticiones por parte de las mujeres sobre el tema de la lucha de sexos famosa. Tú ves chicas de veintiséis y de treinta años que han convivido dos años con su marido y te piden una pensión compensatoria de sesenta mil pesetas que el chico tiene que pagar de por vida. Eso es un abuso. De más joven tuve que trabajar durante la carrera y sacar una oposición, yo no lo he tenido nada fácil, seré dura por eso. Yo sé que todo el mundo no tiene las mismas posibilidades pero que algunas de veintiséis o veinticuatro años, que han vivido un año con un él y que tienen una pensión de treinta, cuarenta o sesenta mil pesetas a pagar de por vida por él, me parece excesivo— Cada magistrado tenemos unos criterios distintos, una opinión. Esto depende de nuestra propia concepción, es que somos personas. Para mí que una mujer se quede en separación o divorcio con cuarenta años, con cuarenta años una mujer puede rehacer bastante su vida y puede, yo me pongo en mentalidad como mujer que soy y fuerte y trabajadora, y diría: bueno me pongo a limpiar. Le pongo la pensión compensatoria de adaptación, que llamo yo, de cuatro o cinco años, y a funcionar y búscate la vida. Y esto a lo mejor un compañero mío juez que tenga su mujer que es la típica ama de casa, la típica mujer tú como quieras, lo que tú quieras, piensan en su mujercita y le ponen más pensión que yo" (EP]FB 14).*

*Una cuestión en la que también influye la socialización del juez en la sacralización de las formas de escenificar los rituales ceremoniales que se dan en la administración de justicia (vistas orales, declaraciones de testigos, etcétera) de tal modo que la propia actitud física o psicológica de testigos, inculpados, víctimas, pleiteantes o abogados en la medida que los jueces o magistrados consideren significativas la interpretación que hacen de las mismas, pueden influir en su veredicto sobre los hechos que se juzgan: "Hay un fenómeno que creo paradig- mático que es el trato a los testigos*

*en los juicios. Por ejemplo el no permitir que el testigo declare en determinadas posturas físicas o con las manos en los bobillos o que tutee al fiscal o al abogado. Si como juez he de valorar ese testimonio como prueba he de considerar necesario que el testigo sea espontáneo, sea creíble y que declare con tranquilidad, y si tiene que declarar con*

*las manos en los bolsillos, que declare con las manos en los bobillos. Eso, muchos compañeros de lo penal no lo entienden, consideran que hay que guardar una compostura y el ciudadano que llega por primera vez a una sala de un juzgado, que se encuentra esa solemnidad y ese orden y que al entrar nervioso lo primero que hace es meterse las manos en los bobillos recibe la reprimenda del juez que le dice usted, póngase recto y saque las manos de los bobillos, eso lógicamente condiciona decisivamente la actitud de los testigos que a su vez van a mantener una actitud también ceremonial y teatral en sus respuestas, de miedo a no ser correctos, de falta de espontaneidad porque la situación les desborda" (GDJP2).*

*Ciertamente, teniendo en cuenta todos estos factores que condicionan la toma de decisiones, y que son factores subjetivos que inciden en la garantía de objetividad de las resoluciones en esta jurisdicción, los/as jueces/as valoran como imprescindible hacer un esfuerzo de objetividad, e intentar, dentro de su amplio margen de arbitrariedad a la hora de tomar decisiones, neutralizar todas estas características personales que les definen y les crean referentes vitales a la hora de imponer sentencias, tratando de distanciar su propia visión subjetiva mediante actitudes empáticas, positivas, distantes y no reflejadas de su propia experiencia y valores éticos o educativos. Ahí está el reto para ellos/as: "Pero también tienes que ser objetivo, por ejemplo en familia hay unos pleitos cuando la familia no se puede hacer cargo de los niños, que los maltratan, que abusan de ellos. Recurren a ti para que tú devuelvas o no devuelvas al niño. Entonces ahí tengo que hacer una lucha muy fuerte porque tengo que decir: aquí lo que se busca es lo mínimo imprescindible, no es lo mejor. Porque si es lo mejor quizás mis padres o sus padres no hubieran sido los mejores, yo quizás hubiera tenido otros padres mejores, seguro que había personas mejores que ellos pero no se trata de encontrar unos padres mejores, ni de comparar. Tienes que hacer un esfuerzo porque por ejemplo, una gente que no tiene baño en casa, que tiene que ir al baño fuera, son cosas mínimas imprescindibles, pero tienes que decir, voy a olvidarme de mi vida y de cómo vivo, y considerar qué es lo mínimo imprescindible" (EPJFB14).*



## 4. FACTORES RELACIONADOS CON LA PRESIÓN POLÍTICA Y MEDIÁTICA.

El tema central que aquí se aborda no es la imagen social de jueces y magistrados, ni la imagen que la ciudadanía tiene de la justicia, que han sido temas objeto de estudio en otras investigaciones sobre la justicia, por ser cuestiones que preocupan a la administración de justicia. Aquí nos centramos en analizar en qué medida la presión mediática y política (valga la redundancia) influye en las decisiones judiciales, y sobre todo en cómo viven los jueces la cada vez mayor influencia de estos factores en muchos procesos judiciales.[343] Parece que los medios de comuni- cación, en muchas ocasiones, son un poder que pende como una espada sobre los jueces: "Tiene una influencia brutal, la fuerza de los medios de comunicación. Un juez con tal de no salir en los medios de comunicación estigmatizado, con tal de que no digan que tiene miedo, o que es políticamente incorrecto es capaz de hacer muchas cosas" (GDJP1).

343 Véase Bell, J. (1983): Policy arguments in judicial decisions, Clarendon Press; Ruidíaz, M. C. (1997): Justicia y seguridad ciudadana, Editoriales de Derecho Reunidas.

La gran preocupación de muchos jueces y magistrados es la capacidad que los medios de comunicación están teniendo de contribuir de una manera decisiva a horadar la independencia del poder judicial que es una de las máximas garantías para hacer prevalecer los derechos y libertades en un Estado de Derecho. Efectivamente, el sistema de justicia, y los operarios del mismo son una carne de cañón fácil para librar batallas políticas mediatizadas por los sistemas de comunicación mediante la judicialización de los conflictos sociales, propiciando la exigencia al sistema judicial de que resuelva todos los problemas que no se enfrentan en otros ámbitos del sistema social. A ello contribuye la facilidad con la que se puede atacar a una estructura con graves deficiencias como es la administración de justicia en el caso de España y de muchos otros países: falta de autonomía económica, es decir, dependencia económica de administra- ciones propias de los poderes ejecutivos del estado, falta de estructuras para la investigación, escasez de medios y lentitud de los procedimientos entre otras: "Efectivamente, los medios de comunicación son actualmente un poder sobre los jueces, y además ejercen una influencia tremendamente negativa, nefasta desde el punto de vista de limitar la independencia del poder judicial y de la objetividad e imparcialidad en la toma de decisiones. Además de las propias carencias estructurales que tiene el poder judicial en España para ser independiente y que son comunes por ejemplo a muchos países latinoamericanos y en general, creo que a muchos países del mundo, como son por ejemplo la falta de autonomía económica o la ausencia de policía propia, entre muchas otras que condicionan la labor diaria, en estos momentos y durante los últimos diez años, los ataques más brutales que se vienen haciendo para dinamitar la indepen- dencia del poder judicial se están haciendo desde los medios de comunicación" (GDJP1).

Los medios de publicación de opinión no son neutrales. Son el reflejo de la opinión publicada y de una versión parcial, subjetiva y en todo caso de la interpretación previa que de unos determinados hechos realizan quienes controlan esos medios. En muchas ocasiones, antes de producirse una decisión judicial, estos1 medios ya han realizado una sentencia previa haciendo determinadas interpretaciones de los hechos que no tienen ninguna consistencia probada, sino que simplemente responden a impresiones u opiniones y que en cualquier caso no es función de estos medios la de juzgar. Sin embargo realizan al igual que las policías, a cuya versión de veracidad suelen hacer caso omiso los medios de comunicación, al igual que muchos jueces y fiscales, un juicio previo y una sentencia previa que viola todos los principiosy garantías procesales, presumiendo culpabilidades, reconstruyendo los hechos según rumoresu opiniones vagas, frecuentemente carentes de pruebas: " Por ejemplo cuando te presentan a un inculpado a quien independientemente de que sea inocente o culpable en la realidad,con los indicios existentes, no se le puede enviar a la cárcel, y el día anterior ha salido ya la sentencia condenatoria emitida por la prensa, que violando la presunción de inocencia y la lógica del procedimiento penal se considera a esta persona y se da por sentada su culpabilidad, la pregunta es obvia ¿el juez puede hacer abstracción de esto en la realidad? Si obra en derecho ha de enfrentarse al linchamiento, y eso es fuerte, es una presión insoportable. Esto está pasando en todo tipo de delitos y en todos los lugares de España" (GDJP3).

Lo que resulta grave es que esta presión mediática en muchos casos condiciona y en otros determina el sentido y el tipo de sentencia, hasta el punto de que un juez a la hora de tomar una decisión se ve coaccionado por los efectos mediáticos y políticos que su decisión tendrá. Esto supone un ejercicio coercitivo de la justicia mediante un chantaje difuso y sutil, pero efectivo y contundente



Volver al índice

sobre la independencia y anonimato que ha de guiar la administración de justicia en una sociedad democrática: “Hace falta una fortaleza para soportar la presión mediática que se despliega que resulta inimaginable para quien no lo haya padecido. En realidad los medios no informan, sino que manipulan, interpretan y sentencian sin pruebas. Un gran miedo de muchos jueces, es el temor a verte en un momento determinado en la palestra por haber emitido una sentencia condenatoria o por haber dictaminado una sentencia absolutoria que va contra de lo considerado política o mediáticamente correcto” (GDJP1).

Algunos jueces, califican esta situación, cada vez más frecuente de linchamiento mediático, y consideran que si no fuera porque la judicatura a pesar de esta presión extrajudicial trata de mantenerse fiel a la aplicación de criterios estrictamente judiciales se incurriría en una situación generalizada de prevaricación con el fin de evitar la persecución y presión: “Los jueces valoramos mucho el anonimato, la intimidad, que no te conozca nadie, que puedas ir por la calle sin que te identifiquen. Es muy fuerte sobre todo para la familia y el entorno del juez- Hay jueces que antes de soportar el linchamiento social que se provoca como consecuencia de la intervención mediática, son capaces, y de hecho hacen resoluciones, que me atrevo a decir que son claramente prevaricadoras. Simplemente por evitar ese sufrimiento. Esto está ocurriendo en los últimos años y está afectando muchísimo” (GDJP3). Existe una sensación que manifiestan algunos jueces de indefensión ante esta presión mediática puesto que no es su función social defenderse ante los medios de comunicación, ni existen en la estructura judicial gabinetes de prensa o gabinetes jurídicos dedicados a defenderles de esa presión que ejercen sobre ellos directa o indirectamente determinados agentes sociales a través de los medios de comunicación: “Los jueces ni estamos preparados, ni tenemos gabinetes de prensa, ni es nuestra función replicar o desmentir las opiniones y juicios de valor que vierten los que opinan en la prensa o hacen los artículos” (GDJP2).



Otra de las preocupaciones que no guarda relación directa con la influencia de la presión mediática en sus decisiones es la utilización política y mercantil y la creación de falsas expectativas sobre lo que la intervención judicial puede aportar a la satisfacción de sus necesidades. Determinadas instancias sociales y políticas en relación tanto con las víctimas e inculpados, como con defensa y acusación, pueden llegar a producir una verdadera victimi- zación secundaria de estos: “Lo que ocurre es que ante la desconfianza de la ciudadanía en las instituciones judiciales, y en general en las actuaciones de los operarios del derecho, recurren a entidades que se encargan de presionarnos a través de los medios de comunicación, como si fuéramos responsables de crear y de no resolverse los problemas sociales que se denuncian. Esta intermediación mediática en muchos casos lejos de ayudar a las personas que mediante la judicialización y espectacularización creen y se les convence de que se van a solucionar sus problemas, lo que hace es contaminar los procedimientos y generar falsas expectativas sobre la capacidad y atribución que la administración de justicia tiene para hacer frente a sus necesidades que no tienen que ver con lo jurídico sino con otros recursos sociales y políticos... Muchas veces se pretende obtener rentabilidad política mediante la intervención judicial y mediática de los problemas que sufren personas que están sufriendo mucho, con graves situaciones de marginación, con falta de medios, que me parece deshonesto como poco” (GDJP5). Así planteado parece que los medios de comunicación dan una interpretación que no es ni real, ni sujeta a derecho, es una construcción. Por ejemplo, se da por sentado que el recurso al derecho penal es la solución a los conflictos sociales y eso es nefasto. Cuanto más

se visibilizan y escenifican en los medios los conflictos más brutales de la sociedad, se pide como solución de continuidad el endurecimiento de las sanciones como si este fuera el remedio para evitar los conflictos de pareja, o los atentados contra la vida o la propiedad, etcétera.

## 5. FACTORES SELECTIVOS EN FUNCIÓN DE QUIEN ES EL PROCESADO.

Los criterios selectivos en función de quien es el procesados o la victimas, y de quien es la defensa o la acusación. A menudo podemos constatar que el proceso de selección de aquellos que se convierten en clientela habitual u ordinaria de la administración de justicia responde a una realidad sociológica bien específica. Así la gran mayoría de las personas percibidas, perseguidas y penalizadas por la justicia criminal son personas procedentes de sectores socio-económicamente marginados, y esto no es porque sean los pobres quienes cometen la mayoría de los delitos, sino porque existen sectores sociales culpables por definición, porque son los seleccionados por la maquinaria jurídico-penal para construir la imagen social de la delincuencia convencionalizada. En estos procesos de definición participan activamente los jueces junto a otros agentes sociales y judiciales (medios de comunicación, policía, fiscales, etcétera) tanto para administrar esta "justicia ordinaria" como para administrar la "justicia extraordinaria", es decir, para aplicar criterios de excepcionalidad o de favor hacia aquellos sujetos que no responden al perfil convencional del inculpado.

Pero esto no ocurre solamente en la jurisdicción penal sino que la fabricación de clientelas dentro de la industria judicial se da en muy diversos ámbitos de la misma, siendo los perfiles sociológicos de las diferentes clientelas y el trato específico que reciben por parte de los funcionarios de justicia mucho más homogéneo de lo que a primera vista pudiera parecer. Así son fundamentalmente las mujeres dependientes económicamente de sus maridos quienes interponen demandas de separación contenciosas o por incumplimiento de obligaciones contraidas. Son igualmente mujeres las que interponen demandas por malos tratos, son trabajadores en situación de inestabilidad laboral quienes más frecuentemente acuden a la magistratura de trabajo, y así sucesivamente. Así pues hemos de partir de la gran influencia que en las decisiones judiciales tiene la extracción social del inculpado para poder interpretar correctamente cual es la lógica real de aplicación del derecho por parte de sus operadores, más allá de la lógica teórica o formal, y más concretamente para interpretar con precisión en función de que variables se hace efectiva la garantía del derecho a la defensa o a un juicio imparcial: "Influye definitivamente. Los abogados particulares, experimentados e influyentes, los peritos de parte no los puede pagar cualquiera (economistas, auditores, ingenieros, psicólogos, médicos especialistas, etcétera). Esto además condiciona al juez porque este no tiene conocimientos evaluativos en estas materias periciales que puedan garantizar la imparcialidad" (GDJP4).



Un ejemplo sobre la influencia de la identidad y procedencia social del inculpado lo encontramos en un problema concreto que se les plantea a los jueces cuando el inculpado no responde a los perfiles estereotipados que le facilitan emitir un juicio y una calificación estándar por similitud según esa "jurisprudencia personal" a la que ya hemos hecho referencia y sobre todo según el principio de presunción de veracidad a la reconstrucción policial de los hechos:[344] "Con el tema de la presunción

344 Dos interesantes trabajos sobre este asunto son los de Cuellar, A. (2000): La justicia sometida: análisis sociológico de una sentencia, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM; González, J. (2000): Corrupción y justicia democrática: introducción a una teoría de la función judicial en las sociedades en cambio, Colección Praetor, J. González.

de veracidad de la policía, en el delito de la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas ha trastocado un poco esto. Con el robo con fuerza o la bolita de heroína es una comodidad total para el juez considerar que lo que diga la policía me lo creo y se acabó por que quien tienes delante es un heroinómano o un guineano, pero con este delito tienen verdadero problema. Porque primero critican que siempre la policía diga lo mismo y luego tienen problemas de credibilidad, porque el señor que tienen en el banquillo es una persona integrada y pone en cuestión la versión policial, es una población equivocada. En mi juzgado en el último medio año aproximadamente el 45% de las condenas son por conducción etílica, los robos con fuerza son aproximadamente el 30%. Este es el componente criminológico mayoritario en número de sentencias. Personas integradas que conducen bajo los efectos del alcohol y son detenidas por la policía" (GDJP2).

Parece que la mayor cercanía e identificación con el ciudadano acusado, que llega a ser definido como un destinatario inadecuado de la acción de la justicia, quiebra el principio de veracidad de los atestados policiales, o al menos hace que lo ponga en cuestión: "El juez nunca se va a sentir cerca de guineanos o heroinómanos, en cambio se va a poder sentir cerca de lo que te ha pasado a ti porque a él le puede pasar tres cuartos de lo mismo... lo que escuchas entre los jueces es que a ver si ponen una tasa ya en las cuestiones de imprudencia en la conducción, porque al no tener la veracidad de la versión policial necesitan algo a lo que agarrarse, por que el tema es que en un juicio donde tengas que ponerte a valorar la prueba testifical a fondo da mucho trabajo e inseguridad, me agarro a la tasa sea cual sea y ya. Y cuando no hay prueba de alcoholemia positiva es un problema enorme porque si te tienes que poner a valorar la versión de cada policía y las circunstancias del caso frente a la versión de un señor acusado que es un representante de comercio absolutamente respetable que necesita además el coche para trabajar" (GDJP2).



## 6. OTROS FACTORES RELEVANTES.

Una cuestión que aunque delicada y difícil de investigar no deja de ser clave a la hora de comprender como funciona en determinados supuestos la toma de decisiones en el ámbito del derecho, es la implicación de los jueces en los procesos de criminalidad.[345] Existen determinadas actividades ilícitas que no podrían funcionar sin la complicidad activa u omisiva de los jueces, del mismo modo, que ocurre con la policía (en el caso de la policía en mayor medida puesto que tiene facultades prejuzgatorias puesto que es quien decide si pasar o no a disposición judicial a determinados supuestos protagonistas de hechos ilícitos). En relación con la implicación de jueces en procesos de criminalidad, habría de investigarse elementos tales como el tipo de intereses, presiones o incentivos que pueden inducirles a ello, los mecanismos de actuación que les otorga su margen de decisión y en relación con ellos, las fisuras existentes en los mecanismos de control de su actividad, es decir, los dispositivos de transgresión y formas de evitar el procesamiento.

Investigar estas cuestiones no solamente resulta complicado desde un punto de vista operativo, puesto que existen multitud de estrategias de invisibilización de estos procesos. Quizá, lo que resulte más accesible es estudiar los mecanismos de connivencia de la administración de justicia con determinadas formas de criminalidad, fundamentalmente penetrando en la inadecuación de las estructuras judiciales para dilucidar determinados procesos de transgresión de las normas: "Los delitos económicos, los delitos gordos no llegan porque la gente tiene otros mecanismos para solucionarlos, y si llega alguno no tienes medios para investigarlos, llega lo que la policía quiere

que llegue y como ella quiere que lleguen desde un punto de vista probatorio o de reconstrucción de los hechos" (GDJP3).

## REFLEXIÓN FINAL

Esperemos que este repaso sistemático de muchos de los factores e indicadores que inciden en las decisiones judiciales, sirva al menos para visualizar la infinidad de aspectos que hemos de investigar sobre la forma en que los jueces y magistrados ejercen su función de interpretación y aplicación del derecho. Si al menos ha servido para esto, hemos cumplido el objetivo central de este trabajo. No podemos finalizar sin aclarar que en esta cuestión que aquí abordamos, como en toda decisión humana, lo importante para lograr una objetividad en la interpretación y aplicación del derecho no es dar por supuesto que la ley está por encima de todo, sino que más bien se consigue mediante la transparencia, es decir, argumentando a la luz de los datos de los que se dispone, cuáles han sido las conclusiones que sustentan la resolución y a que fundamento legal responden, siendo conscientes de que, tal y como venimos indicando aquí, en toda decisión judicial inciden infinidad de factores no controlados, tanto intra como extra judiciales: "Sobre el arbitrio judicial, la forma de corregirlo es precisamente fundamentarlo, cada uno va a llegar a una conclusión pero que se vea que es una conclusión lógica que tiene un fundamento, no es que a mí se me ha ocurrido hoy que estoy de mal humor. Resulta que hay una serie de datos en los que se ha fundado esa decisión y esos son los que hay que poner de manifiesto en la sentencia, aún siendo conscientes de la influencia de multitud de extremos no tenidos en cuenta " (EPJFBA)".

Reflexionamos, finalmente, acerca de la delicada función de administrar justicia. Estudiamos en el módulo de Valoración de la prueba la forma en que estos diversos factores podían influir al momento de apreciar y valorar los diferentes elementos probatorios dentro de un determinado proceso y ahora hemos visto, con la lectura, como –sin duda– esos factores también intervienen en otro momento procesal, como lo es la toma de las decisiones al momento de decidir un conflicto.



No podemos imaginarnos a una persona que administra justicia exenta de estas situaciones. Por tanto, la labor fundamental de quienes se acercan a ejercer el cargo es tener las herramientas demostradas en las competencias profesionales que se deben desarrollar, para considerar esa posibilidad y poder definir un determinado asunto sin afectación para las partes en conflicto. Esta es una labor muy delicada y compleja que requiere, además, un debido conocimiento de dichas herramientas y una adecuada preparación para asumir los retos y las vicisitudes que esto conlleva.

Volver al índice

**ACTIVIDAD DE EVALUACIÓN**

a.- Identifique sus mitos, prejuicios o preconcepciones.

b.- A partir de lo anterior, determine cómo abordaría esas concepciones subjetivas, cuando deba tomar y emitir una decisión para que esta sea objetiva.

# Bibliografía

MANZANOS BILBAO, César. (2004). Factores Sociales y decisiones judiciales. Santiago deCali. V. 7. Pp. 59 – 106 *(ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2727/1/SO-5-5.pdf)*

# Unidad V

## Fundamentación de las decisiones judiciales

- Fundamentos de la justificación
- Contenido de la fundamentación para la decisión judicial

# Breve introducción

Debido a que la discreción judicial es un elemento natural de la condición de la persona juzgadora, se convierte en una facultad que está sujeta a consideraciones subjetivas, las cuales pueden influir en la persona juzgadora al momento de decidir respecto a un asunto específico.

Ante este panorama, en esta unidad, se abordarán, en primer lugar, los distintos factores sociales donde se encuentra inmersa la persona juzgadora, producto de las connotaciones propias del mundo que la rodea y que se encuentra en constante transformación; entre ellas, de tipo social, económico y cultural que no se pueden apartar de los contextos donde vive quien juzga.

En segundo lugar, al momento de la toma y emisión de las decisiones en un proceso determinado, la jueza o el juez puede estar sometido a diversos riesgos y amenazas del entorno, así como de los que provienen del trasfondo político, lo que afecta especialmente el ámbito de su propia seguridad personal y de su núcleo más cercano.

Por último, existen construcciones subjetivas que la propia persona juzgadora ha ido elaborando a través de su vida, a partir de sus pensamientos, producto de su educación, entre otros, que también tienen influencia en el tema de la toma de decisiones. Podemos citar aquí las preconcepciones, mitos y estereotipos acerca de temas concretos, lo que hace necesario revisar y determinar la forma en que deben enfrentarse, ya que es posible que se trate de situaciones que, de una u otra forma, pueden determinar la opción que se adopte en la toma de las decisiones judiciales. De ahí surge la importancia de analizar la forma en que se deben considerar estos aspectos y propiciar el desarrollo de las habilidades y competencias necesarias para evitar que estos puedan determinar una solución viable al caso concreto.



# Objetivos específicos

- Identificar la importancia de la motivación de las decisiones judiciales para la toma de una decisión de forma fundamentada y motivada.

- Analizar el contenido necesario de la resolución judicial para el desarrollo de la fundamentación.

Volver al índice

# 5.1 Fundamentos de la justificación

La fundamentación y las motivaciones de las resoluciones judiciales son temas de gran trascendencia dentro del quehacer jurisdiccional, ya que significan la enunciación concreta de principios jurídicos de especial importancia en el ámbito procesal con la aplicación de la teoría de discreción judicial. En otras palabras, nos ubicamos en el punto de encuentro entre la indepen- dencia de la persona juzgadora al tomar una decisión judicial tomando como parámetro su discreción con el necesario y obligatorio deber de expresar, de una u otra forma, según sea el sistema en que se encuentre, cuáles fueron las motivaciones que internamente tuvo para aquella decisión. En el siguiente texto, encontramos un análisis de lo anterior, según lo concibe la reconocida profesora argentina María Cristina Redondo (2008):

***I.- INTRODUCCIÓN.***

*Los jueces, por lo común, resuelven casos individuales mediante el dictado de sentencias que presuponen diversos tipos de decisiones. Por ejemplo, decisiones concernientes a actos personales del juez, a actos terceros, a cuestiones normativas, a cuestiones de hecho, a deberes generales, a deberes individuales, etcétera. La reflexión que quiero presentar a las siguientes líneas se refiere a la justificación de la normal individual que pone fin al proceso judicial; para ello tomaré como paradigma la justificación de un deber impuesto a un tercero.*

*Algunas advertencias resultan fundamentales con relación a este tema. En primer lugar, es preciso no confundir una noción de justificación en sentido subjetivo: el acto de justificar (incluyendo su resultado verbal o escrito), y la justificación en sentido objetivo: la relación existente entre los objetivos vinculados. A su vez, en ambos casos, cabe distinguir una noción formal y una noción sustantiva de justificación. En tanto actos, la justificación formal y la sustantiva tienen idéntica manifestación externa: se realizan mediante la presentación de un argumento. Sin embargo, quien justifica un sentido formal, solo necesita suponer lógicamente un enunciado normativo como razón- premisa de dicho argumento, mientras que quien justifica en sentido sustantivo, acepta tal enunciado normativo como razón sustantiva para la acción. Esta última distinción se proyecta sobre la noción de la razón. Quien intenta justificar formalmente, invoca como fundamento lo que desde su perspectiva es una razón en el sentido de premisa formalmente apropiada. Quien pretende justificar en un sentido sustantivo, en cambio, invoca lo que desde su perspectiva es una adecuada razón sustantiva para la acción. En ambos casos el agente podría estar en un error. Es decir, aunque así lo acepte o lo crea, es posible que no haya invocado una premisa normativa o que esta no constituya una razón sustantiva.*

*El hecho de que el término "justificación" se refiera a una acción verbal o escrita, a un conjunto de enunciados resultantes, o una relación (formal o sustantiva) entre contenidos, exige especial cuidado en su utilización. Un estudio teórico no puede hacer uso de esta palabra con la ambigüedad que ella tiene en su empleo ordinario. Dentro de la filosofía jurídica, la confusión de estos significados explica en muchos casos el error de algunas tesis que se presentan como críticas a la concepción positivista de la justificación en sede judicial. A ellas me refiere más adelante.*

Volver al índice

*En la literatura actual sobre la justificación judicial es usual establecer la diferencia entre justificación interna y externa.[346] Desafortunadamente, estos conceptos padecen una profunda imprecisión, y no es claro que distinción se pretende captar a través de ellos. Bajo dicha presen- tación se entrecruzan al menos tres cuestiones: a) sobre si la razones de la justificación judicial son de carácter interno y externo al sistema jurídico; b) sobre si la obligación del juez incluye el deber de garantizar la corrección moral del argumento, y c) sobre los tipos de argumentos–lógicos o no lógicos- adecuados a cada justificación. En otras palabras, en la distinción entre justificación interna y externa confluyen problemas diversos que sería beneficioso separar. Para evitar esta imprecisión, dejare de lado la distinción entre justificación interna y externa. En lo que sigue tendré en cuenta, por separado, algunos problemas vinculados a la justificación de la decisión final o norma individual dictada por el juez, y a la justificación de las premisas normativas del argumento judicial.*

## *II.- LA JUSTIFICACIÓN DE LA CONCLUSIÓN DE LA SENTENCIA*

*Conforme a una concepción positivista, la parte dispositiva de una sentencia, para estar justificada, debe poder inferirse formalmente a partir de las premisas invocadas por el propio juez. Es decir, la justificación de la resolución final del juez está asociada a la realización de un argumento práctico, en sentido lógico, en el que las disposiciones jurídicas aplicables constituyen premisas normativas suficientes para justificar la conclusión.*

*Esta propuesta positivista ha dado lugar a dos fuertes críticas. La primera de ellas, en la que no me detendré aquí, señala la necesidad de recurrir a normas morales para que la justificación sea válida.*

*Conforme a la segunda de las críticas aludidas, un correcto análisis de la decisión judicial muestra la implausibilidad de la tesis positivista sobre la separación entre derecho y moral. La idea central de esta crítica puede resumirse presentando el problema tal como lo propone Carlos Nino:347 para justificar la imposición de un deber es preciso apoyarse en normas. En una concepción positivista, las disposiciones jurídicas deben identificarse recurriendo a fuentes empíricas, es decir, hechos. A partir de hechos no podemos obtener normas porque ello es un paso vedado por el denominado principio de Hume. Consecuentemente, las disposiciones jurídicas, cuando se identifican siguiendo criterios positivistas, son entidades empíricas, y no auténticamente normativas.*



*Lo dicho no debe llevarnos a pensar que conforme a esta crítica, un argumento que finaliza en estas disposiciones jurídicas es, por este motivo, invalido o incorrecto. En realidad, es entime- mático, porque presupone premisas auténticamente normativas. Estas se hacen explicitas una vez que indagamos por las razones que llevan al juez a aceptar las premisas jurídicas. Estas, en última instancia, siempre son morales. En concreto, conforme a este punto de vista, el positivismo no advierte que el desarrollo del argumento lógico tiene como presupuesto implícito la apelación a normas morales.[348]*

*Según Carlos Nino, las disposiciones jurídicas, o bien se aceptan porque se juzgan correctas, y en ese caso son indistinguibles de los juicios morales, o bien se aceptan porque tienen origen en determinados hechos sociales; por ejemplo, porque las promulgo un Parlamento democrático. En este caso no son genuinas normas. En el ejemplo, del hecho de que el Parlamento diga que se debe hacer algo no se sigue que realmente se debe hacer.*

346 Cfr. Wróblewski, Jerzy, “Legal Decision and its Justification”, en Hubien, H. (ed.) La raisonament juridique, Actas del Congreso de Filosofía Jurídica y Social, Bruselas, 1971, pp. 409-419. También “Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision”, Rechtstheorie, núm. 5, 1974, pp. 33 y 34.

347 Cfr. Nino, Carlos S., Derecho moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho, Barcelona, Ariel, 1994.

348 Sobre esta propuesta de Nino puede verse la discusión planteada en Moreso et al., “Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial”, Doxa,núm. 13, 1993, pp. 261-264.

*Para reconocerle el status de un deber es necesario presuponer una pauta normativa que haga relevante la acción parlamentaria; por ejemplo, el principio según el cual debe obedecerse a las autoridades democráticas. Pero este, por sus características, es ya un principio moral.*[349]

*Pueden señalarse dos aspectos problemáticos en esta propuesta. Primeo, la idea de aceptación de las disposiciones jurídicas por razones morales conviertan el argumento lógico en un argumento moral. Segundo, la tesis según la cual si una norma no es moral, entonces no es una norma genuina.*

*Respecto al primer punto, cabe destacar que la tesis del positivismo se refiere a la justificación formal de una decisión judicial, para la cual solo se requieren las normas jurídicas, las defini- ciones pertinentes y la descripción de los hechos que se debe juzgar. Esta reconstrucción no incluye ninguna tesis empírica acerca de las razones psicológicas por las cuales estas premisas de hecho se aceptan, tampoco es una propuesta prescriptiva acerca de las razones por las cuales se deberían aceptar. En contraste, la idea de aceptación que menciona Nino es la actitud psicológica de individuo que se compromete con determinadas premisas. En este caso, es la actitud del juez que se compromete con las normas que aplica. Aun si la sugerencia de Nino fuese verdadera, es decir, sin fuese cierto que los jueces necesariamente aceptan las normas jurídicas por razones morales, de ello no se sigue que las normas jurídicas no sean suficientes para la justificación deductiva (formal) de la decisión final. El hecho de que la razón que explica la aceptación de las normas jurídicas sea, a su vez, la aceptación de normas morales no convierte a las normas jurídicas en normas morales, ni exige que el argumento para ser lógicamente valido se remonte a dichas normas. Del mismo modo en que, por ejemplo, si los axiomas de un sistema matemático se aceptan en virtud de razones (normas) religiosas, no por ello es plausible inferir que los argumentos matemáticos, basados en tales axiomas, deben incluir las normas religiosas, o que los axiomas matemáticos son indistinguibles de las mismas.*



*El segundo aspecto problemático merecía una discusión independiente en a la que no puedo entrar profundamente aquí. Solo cabe destacar que la tesis positivista de las fuentes sociales o empíricas no implica que las normas sean entidades empíricas, la tesis de las fuentes sociales determina que normas pueden pertenecer o ser validas dentro de un sistema jurídico; pero no el status ontológico de las normas jurídicas. Asimismo, si por definición se decreta que todo enunciado deóntico, para expresar en norma genuina, debe expresar una razón moral, nos encontramos frente a una disputa verbal. La supuesta demostración que hace evidente la superioridad de la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral, no es más que una petición de principio. Es decir, es una tesis propuesta desde el inicio en virtud de la definición de "norma" de la que se parte. Si las únicas normas genuinas son morales, el concepto posible de justificación es el de justificación sustantiva. Sin embargo, esta propuesta normalmente no se concibe como una nueva reconstrucción conceptual de las nociones de norma y justifi- cación, diferente a la reconstrucción positivista, si no como refutación de esta última. Esta pretensión conlleva al a confusión de dos significados de "razón", uno como premisa formal de un argumento y otro como razón sustantiva para la acción. En la concepción de Nino, nada es una razón- premisa apropiada, esto es, fundamento lógico adecuado, si no es a la vez una razón sustantiva para la acción. De este modo, el interés por la justificación moral sustantiva no constituye una ampliación del elenco de temas que merecen análisis respecto a la fundamen- tación de la decisión judicial, sino una reducción que pierde de vista la distinción entre los aspectos formales, por un lado, y sustantivos, por el otro. La crítica al positivismo necesita suprimir estas distinciones entre los aspectos formales y sustantivos, puesto que es la única forma de presentarse como una objeción. De lo contrario, debería admitir que esta discutiendo sobre un problema diferente al que se estudia en una perspectiva positivista.*

349 Niño, Carlos S., El constructivismo ético, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 30.

## *III.- LA JUSTIFICACIÓN DE LAS PREMISAS NORMATIVAS DE LA SENTENCIA*

*Los problemas a los que me voy a referir a continuación son de una naturaleza diferente de los que plantea respecto de la justificación lógica de la norma individual dictada en una sentencia judicial. La pregunta, en este caso, a si las razones-premisas invocadas son de adecuadas en tanto razones sustantivas para la acción. Desde un punto objetivo, la justificación sustantiva de la decisión individual del juez exige la corrección material de las premisas utilizadas en su fundamentación. ¿La noción de sentencia judicial justificada supone el deber de justificar en este sentido?*

*Para evitar imprecisiones al respecto, es importante decir explícitamente que:*

*El requerimiento de justificación sustantiva se entiende como un requerimiento de justificación moral, donde "la moral" debe entenderse en sentido ideal y critico. Por tanto, es equivalente a una exigencia de justificación correcta.*

*Todas las nociones de argumento práctico que se citan- como estrategias para garantizar o alcanzar esta corrección- no son argumentos prácticos en sentido lógico. Son esquemas cuya aplicación permite cotejar y evaluar sustantivamente las razones en juego. Por ejemplo, atreves de la implementación de una determinado procedimiento, o por la relaciones de fuerza o peso, o de medio a fin existentes entre ellas.*

*El requerimiento de una justificación sustantiva se fundamenta en la idea de que el argumento judicial debe apoyarse en premisas garantizadas. A su vez esta idea constituye el corolario de un principio de racionalidad más general, según el cual toda justificación tiene que estar basada a su vez en razones justificadas.[350]Para este tipo de empresa la aplicación del modelo deductivo no es suficiente. El argumento práctico en sentido lógico solo sirve a un concepto formal de justificación y no asegura que las premisas constituyan razones sustantivas para la acción.*



*En este apartado no me referiré a las premisas fácticas, y solo tendré en cuenta el problema de la justificación de las normas invocadas como base de la decisión judicial. El interrogante acerca de su corrección puede responderse a partir de diversos criterios. Algunas teorías jusnaturalista clásica sugieren, por ejemplo, su adecuación a un determinado código normativo (político, moral o religioso), o su utilidad instrumental con relación a determinados fines presupuestos como valiosos. En la filosofía moral actual, la confianza en la razón práctica coloca el criterio de corrección en la propia idea de razonamiento práctico. Una condición necesaria (y en algunos casos suficientes) para garantizar la elección de la premisas correctas es que hayan sido obtenidas a través de un proceso racional de argumentación.*

*No en toda ocasión de dictar sentencia se presenta la exigencia de justificación sustantiva de las premisas seleccionadas.[351] Por ejemplo, cuando las partes y el juez identifican el derecho aplicable mediante criterios interpretativos comunes y no hay conflictos entre las normas consideradas aplicables (o no se impugna los criterios usados para resolverlos). Aunque la pregunta por la corrección de las premisas normativas puede formularse en cualquier ocasión, en la hipótesis de de hecho se formula. Ante esta hipótesis, hay dos interrogantes que se deben afrontar:*

350 Puede distinguirse un sentido funcionalista y un sentido coherentista de justificación en este sentido. Conforme al primero, habría un conjunto de normas últimas "evidentes", "auto justificadas" que fundamentan los restantes enunciados normativos. En contraste, conforme a las teorías coherentistas no existe tal conjunto de principios básicos. Un enunciado está justificado cuando es coherente con el resto de los enunciados normativos aceptados por un sujeto (teorías de la coherencia positiva) o si no e incoherente con los mismos (teorías de la coherencia negativa). Por ejemplo, Aulis Aarnio y Neil MacComick pueden calificarse como partidarios de una teoría coherentista positiva. Por su parte, Nilo Jääskinen, siguiendo a John Pollock , intenta defender la aplicación de la versión negativa de la teoría de la coherencia. Cfr. Jääskinen, Nilo, "External Justification of Proposition in Legal Science", en Bulygin, E. et al. (eds.), Man, Law and Modern Forms of Life, Dordrecht, D. Reidel, 1985, pp. 224-229.

351 Cfr. Schauter, Fredrerick, "Easy Cases", California Law Review, núm. 58, 1985.

*¿Es posible establecer racionalmente cual es la opción moralmente correcta entre dos propuesta en conflicto?*

*Cuando se presenta un conflicto en la identificación del derecho, ¿Cuál es el criterio que deben utilizar los jueces para garantizar la corrección de las premisas escogidas?*

*La primera cuestión depende de la teoría metaética que se adopte. La posibilidad de responder racionalmente a la pregunta por la corrección moral de una norma se vincula, entre otras cosas, a una toma de posición acerca de la existencia de razones para la acción en sentido sustantivo. Al respecto puede mencionarse tres posibilidades. En primer lugar, una postura escéptica que rechaza la existencia de ese tipo de razones. En la eventualidad de discrepancias acerca de la corrección de una norma, el escéptico niega que el camino hacia la solución sea una búsqueda de razones. El escepticismo sostiene que el acto de elección no tiene carácter cognoscitivo. El desacuerdo referido a normas, o a valores, es un desacuerdo emocional, y como tal debe resolverse. No puede dirimirse buscando una respuesta correcta o verdadera, porque no existe. Desde la perspectiva del escepticismo, el problema que se presenta al juez respecto a la justificación material de las premisas no tiene una respuesta racional.*

*Una idea contrapuesta a la del escepticismo es la del realismo metafísico. Para esta concepción existen hechos normativos y, entre ellos, razones justificativas para la acción, independientemente de toda percepción y actividad humanas. Si es posible conocer en este mundo normativo, entonces es factible encontrar una respuesta correcta a los conflictos o desacuerdos prácticos que se plantean. La presencia de un conflicto es solo manifestación del desconocimiento de una realidad y una jerarquía de razones objetivamente determinadas.*[352] *La búsqueda de solución a un conflicto de deberes plantea un problema epistémico. Una teoría normativa adecuada permitiría conocer cuál es la decisión correcta, la mejor o la más justa.*

*Entre estas dos posiciones extremas cabe una tercera vía. Conforme a este punto de vista, el conflicto normativo podría ser abordado como un problema teórico. Es decir, es posible contar con un medio para solucionar conflictos normativos, intersubjetivamente controlable, sin necesidad de creer en la verdad o falsedad de los enunciados acerca de razones sustantivas. El concepto de razón para la acción es un concepto teórico. En una noción delineada en la teoría metaética para referirse a aquellos datos que fundamentan el discurso normativo. Por consiguiente, sus condiciones de existencia dependen de cómo sean concebidas en cada teoría metaética.*[353] *Para una corriente realista, las razones existen independientemente de toda actitud humana. Para una posición escéptica, las razones no existen; y para la propuesta que asumo en este*



352 No toca concepción realista afirma la existencia de jerarquías objetivas. El realismo metafísico respecto de los hechos morales generalmente se define por un conjunto de tesis ontológicas, semánticas y epistémicas. La tesis ontológicas sostiene que estos hechos existen y son independientes del pensamiento y de la acción humanos. La tesis semántica afirma que los enunciados y términos morales se refieren a estos hechos morales. Es decir, se compromete con una teoría correspondentista de la verdad. Por último, la tesis epistémica se refiere a que es posible obtener conocimiento moral. Esto es, es necesario para el realismo contar con una teoría de la justificación y del descubrimiento de las verdades morales. Cfr. Moore, Michael, Moral Realism as de Best Explanation of Moral Experience, pp. 4-11. También Smith, Michael, "Realism", en singer, Peter (ed.), Ethics, pp. 171-173. Mackie, John L., "The Subjecttivity of Values", en Sayre-McCord, Geoffrey (ed.), Essays on Moral Realism, Ithaca, Cornell University Press, 1988, pp. 95-118; Brink, David O., "Externalist Moral Realism", The Southern Journal of Philosophy, vol. 24, suplemento, 1986, p. 24.

353 Las condiciones que debe satisfacer una propuesta para constituir una teoría normativa depende de lo que establezca una teoría del conocimiento apropiada para este ámbito de problemas. La precisión de estos criterios de adecuación epistemológicos excede los límites de este trabajo. En cualquier caso, la concepción sobre las razones para la acción que aquí se sigue no implica que cualquier propuesta normativa constituya una teoría normativa, esto es, un conjunto de razones para la acción. Pero si excluye la posibilidad de que haya teoría normativa verdadera, sobre la base de razones. Si se sostuviese tal posibilidad, debería admitirse el realismo metafísico respecto de las razones.

*trabajo, son entidades relativas a una teoría normativa.[354] La función de una teoría normativa es fijar, con la mayor precisión posible, bajo qué condiciones se debe, o está permitido, realizar una determinada acción. Es decir, bajo qué condiciones existe una razón sustantiva para la acción.*

*Estas razones deben servir como parámetro de crítica respecto de las pautas efectivamente aceptadas. Asimismo, deben permitir la resolución coherente de los conflictos entre deberes y permisiones, dentro de su alcance. Desde este punto de vista, es imposible individualizar una razón para la acción fuera de una teoría normativa. Identificar una razón para la acción supone utilizar alguna teoría normativa. Utilizar una teoría no implica aceptarla; del mismo modo que aceptarla no implica creer que es verdadera.[289]*

*La respuesta a la segunda interrogante depende de la teoría de ética normativa que se asuma. Cuando se presenta un conflicto en la interpretación del derecho ¿Cuál es el criterio que deben utilizar los jueces para garantizar la corrección de las premisas escogidas? Desde una ideología positivista, la justificación correcta es aquella que se conforma al derecho. Las normas jurídicas deben aplicarse y obedecerse.[355]En presencia de un conflicto, la pregunta acerca de cuál es la mejor premisa debe responderse dentro del marco del sistema jurídico. El juez es un funcionario de una institución social, y la institución tiene sus reglas propias. El deber moral de apoyar la decisión en razones exclusivamente jurídicas es el axioma básico del positivismo ideológico y, por tanto, el principal criterio de corrección del argumento justificativo. Este compromiso con el sistema establecido implica que la justificación de la corrección de las premisas se apoyará, en última instancia, en un principio de autoridad. Una interpretación es la más adecuada por ser la más acorde con los principios instaurados. De esta posición ética puede extraerse una consecuencia importante. En ella se admite que el sistema jurídico es un conjunto de pautas de justificación sustantiva. Esto es, las normas jurídicas son fuente de auténticos deberes, esto es, razones sustantivas para la acción.*

*Una concepción opuesta al positivismo ideológico es la del jusnaturalismo ideológico.[356] Desde su punto de vista solo las normas juntas deben aplicarse y obedecerse. El hecho de que una decisión se derive de las normas del sistema jurídico es irrelevante respecto de su carácter de razón sustantiva adecuada. Una decisión judicial está correctamente justificada solo si se obtiene a partir de normas cuyo contenido es moralmente correcto. Todas las disposiciones jurídicas, incluyendo las normas individuales dictadas en sentencias judiciales, deben estar subordinadas a las pautas de la moral crítica. Sólo de ese modo adquieren carácter genuinamente justificativo. Conforme a esta ideología, independientemente de la dificultad que ofrezca el caso, el juez debe buscar las normas correctas sin limitarse al contexto del sistema jurídico. La necesidad de asegurar la adecuación material del argumento no se asocia a los casos difíciles, sino al propio concepto de justificación. La asunción de esta ideología tiene también una consecuencia digna de destacar.*

*El derecho, si bien pretende hacerlo, no establece auténticos deberes: el éxito de esta pretensión está supeditado a la adecuación moral de su contenido.*



---

354 La idea de que la relatividad de las razones respecto a una teoría no debe confundirse con la tesis que sostiene su relatividad respecto de un medio cultural, o social. Por ejemplo, para una metaética comunitarita, todo deber depende de una previa concepción de lo bueno, que a su vez es ininteligible fuera de una comunidad. Una razón para la acción, esto es, aquello que indica lo que se debe o se puede hacer, depende de la concepción comunitaria de lo bueno. Por el contrario, la posición que aquí se sostiene afirma que todo deber depende de una teoría, independientemente de que ella sea concebida como universalmente valida, o restringida a un determinado grupo social.

355 Respecto al positivismo como idelogía véase Bobbio, Norberto, “Positivismo jurídico”, El problema del positivismo jurídico, México, Fontamara, 1991, pp. 46-55.

356 Cfr. Bobbio, Norberto, “Iusnaturalismo y positivismo jurídico”, El problema del positivismo jurídico, cit., nota anterior, pp. 67-90.

*En la teoría del derecho actual se defiende fundamentalmente una tesis moderada que sostiene la insuficiencia de la justificación jurídica en los casos problemáticos. En esta dirección se encuentran la mayoría de las teorías de la argumentación. En este caso, la corrección del contenido de una decisión se apoya en el respeto de un procedimiento de argumentación y no en la búsqueda de conformidad con un código de contenidos sustantivos. Estas escuelas confían en que el diseño de un esquema argumental adecuado determine la corrección material de la justificación. Está claro que se trata de un sentido no lógico de argumento. La ideología de las llamadas "teorías de la argumentación" no es equiparable ni a la ideología jusnaturalista ni la juspositivista. Un positivismo ideológico coherente debería admitir como correcta toda la justificación apoyada en el derecho. El jusnaturalismo coherente se vería en la necesidad de admitir la irrelevancia absoluta del derecho.[357] Por lo general, las teorías de la argumentación intentan armonizar los principios de las dos ideologías extremas. Por una parte, admiten el deber de justificar la decisión judicial sobre la base de las normas jurídicas establecidas, para lo cual no descartan la utilidad del modelo deductivo de argumento práctico. Por otra parte, cuando existen conflictos en la determinación de las premisas jurídicas, admiten la apelación a la moral como criterio ultimo de resolución del conflicto y, por tanto, como criterio para determinar cuál es la premisa correcta. Bajo el título de "teorías de la argumentación" se agrupan propuestas normativas con características muy diferentes. Desde esta perspectiva, el fundamento de la conexión necesaria entre la justificación jurídica y la justificación moral se encuentra en un rasgo atribuido a todo razonamiento involucrado en una justificación: el carácter unitario. Esta peculiaridad, se afirma, es la que pasa por alto el positivismo cuando admite que el argumento justificativo judicial puede finalizar correctamente en una premisa jurídica. La Tesis positivista fragmenta el razonamiento y viola una de las reglas fundamentales de la argumentación práctica. Según Carlos S. Nino, el principio de unidad del razonamiento práctico constituye el "teorema fundamental de la filosofía jurídica".[358] El próximo apartado lo dedicaré a su discusión.*

## *IV.- EL PRINCIPIO DE UNIDAD DEL RAZONAMIENTO PRÁCTICO*



*Conforme destaqué anteriormente, una de las tesis del positivismo jurídico afirma que la justificación judicial es una justificación formal a partir de premisas jurídicas. En contra de esta posición se sostiene que la justificación judicial no puede ser otra que una justificación sustantiva, y que en virtud de la unidad del razonamiento práctico, ella se apoya necesariamente en premisas morales.*

*En primer lugar, es equívoco hablar de un "principio de unidad del razonamiento práctico", ya que esta formulación recibe distintas interpretaciones.[359] Conforme a aquella que lo hace relevante en este contexto, se trata de una tesis metamética que involucra, al menos, un compromiso con las dos siguientes ideas: a) una concepción general de racionalidad, conforme a la cual existe una jerarquía entre las diversas pautas justificativas existentes, y b) la existencia de un conjunto de normas morales constitutivas del último peldaño en el orden jerárquico de pautas de justificación.*

*Conforme a la idea de unidad, si el argumento que fundamenta un deber es correcto, lo es en un único sentido. Esto no supone ignorar la existencia de distintos tipos de discursos prácticos; por ejemplo, el*

357 Este problema está conectado con la denominada "paradoja de la irrelevancia moral del derecho y del gobierno". Si las normas jurídicas coinciden con los juicios morales son superfluas, porque la decisión se puede justificar directamente en las pautas morales. Si las normas jurídicas no coinciden con esas pautas, carecen de legitimidad y deben descartarse para la justificación de la decisión judicial. Cfr. Nino, Carlos S., Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 370.

358 Nino, Carlos S., "Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico", Ragion Pratica, 1993, p. 32.

359 Cfr. Atienza, Manuel, "Lógica y argumentación jurídica", en Echeverría, Javier et al. (eds.), Calculemos… Matemáticas y libertad. Homenaje a Sánchez- Mazas, Madrid, Trotta, 1996, pp. 229-238. En adelante, para aludir al "principio de unidad del razonamiento práctico", se hará referencia, indistintamente, a la propuesta, a la idea, o al teorema de unidad.

*discurso político, el jurídico, el religioso, etcétera. Solo que todos estos discursos se consideran integrados por medio de un conjunto de pautas últimas, a las que se concede el rango de moral ideal o verdadera. Bajo esta hipótesis, la corrección del argumento del juez no puede relativizarse al ámbito jurídico. Esto significara un punto de vista parcial o insular y, con ello, el fraccionamiento del razonamiento práctico.*

*La mayor parte de los filósofos jurídicos preocupados por el tema de la justificación judicial aceptan explícitamente este principio de unidad.[360] En general, están de acuerdo en sostener que el fraccionamiento constituye un error que comete el positivismo jurídico, y dicho error es síntoma de "una profunda compresión acerca de las reglas formales a que está sometido nuestro razonamiento practico".[361]*

*Es interesante destacar que, en todas las interpretaciones que pueden ofrecerse de este principio, la posibilidad de llegar a moral como patrón unificador del razonamiento del individuo se apoya en una definición de "moral" como conjunto de reglas últimas. Esto es, en la atribución de calidad moral a los principios que ocupen el rango más alto dentro de la escala de preferencias o pautas aceptadas.[362] Una vez que se define la moral por su carácter ultimo, necesariamente, la moral constituye el último tribunal unificador del argumento practico. El problema es que bajo esta interpretación la palabra "moral" está desprovista de todo contenido, y el principio de unidad del razonamiento práctico bajo los dictados de la moral es vacuo. Su invocación se explica solo por el efecto emocional positivo que conserva. Afirmar: "la última instancia de justificación es moral" es equivalente a afirmar: "la ultima instancia de justificación es la última instancia de justificación".*

*Caben dos formas de entender la idea de unidad. La primera de ella hace referencia a un requisito de unidad sistemática, y da lugar a una versión débil del principio de unidad del razonamiento práctico. Este requisito garantiza que, dentro de una determinada concepción normativa, aun cuando ella incluya pautas de distinto tipo (por ejemplos morales, jurídicos, políticas, etcéteras), la pregunta por la corrección de un razonamiento práctico. Este requisito garantiza que, dentro de una determinada concepción normativa, aun cuando ella incluya pautas de distinto tipo (por ejemplo morales, jurídicas, políticas, etcétera), la pregunta por la corrección de un razonamiento práctico tendrá una respuesta unívoca. Esto es, en última instancia debe haber una sola forma valida de juzgar un argumento práctico. Dicho de otro modo, toda concepción normativa debe estar articulada de modo tal que, consideradas todas las cosas, o bien se debe o bien no se debe de hacer "X". El problema reside en que esta noción sistemática de unidad no excluye la posibilidad de coexistencia de múltiples concepciones normativas. Y algunas de ellas establecen que, en determinadas circunstancias, hay más de una perspectiva correcta para evaluar una situación. Ello sucede, por ejemplo, cuando se admite la legitimidad de ciertas razones excluyentes.[363] En este sentido, el principio de unidad no obsta a que una concepción normativa sistemáticamente unitaria admita el fraccionamiento del razonamiento en el siguiente sentido: en una misma situación, puede estar justificado jurídicamente hacer algo diferente de lo que está justificado hacer, consideradas todas las cosas.[364]*



360 La tesis de la unidad del razonamiento práctico está presupuesta en los trabajos de David Richards, Joseph Raz, Philip Soper, Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, Juan Carlos Bayón, Juan Ramón de páramo y Carlos S. Nino, entre otros.

361 Cfr. Nino, Carlos S., La validez del derecho, Buenos Aires, Astrea, 1985, pp. 64 y 65.

362 Al respect véase la crítica de Caracciolo al trabajo de Garzón Valdés, en Caracciolo, Ricardo, "Largomento della Credenza morale", Analisi e diritto, 1994, pp. 97-100.

363 Por ejemplo, Raz, Joseph, Practical Reasons and Norms, 2a. ed., Princeton University Press, 1990.

364 Según Joseph Raz, lo típico de la presencia de una razón excluyente es que la misma acción puede juzgarse de dos modos, que conducen a resultados contradictorios. Pero, conforme a la tesis de Raz, si la razón excluyente es válida, siempre prevalece. Lo que debe hacerse teniendo en cuenta las razones excluyentes válidas es correcto aun cuando no coincida con la que debe hacerse, consideradas todas las cosas. Al respecto véase Raz, Joseph, ibídem, Cito la versión castellana traducida por Ruiz Manero, Razón práctica y normas, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 46-51 y Postscriptum, pp. 229-231.

*Asimismo, aun cuando se niegue la posibilidad antes mencionada y se insista en que en toda concepción normativa se asienta en una última instancia de principios que unifican el juicio acerca de la corrección de un argumento, el fraccionamiento no queda descartado. Si dicho conjunto de principios es diferente en cada concepción, reaparece la pluralidad de los marcos de evaluación. Esta vez el fraccionamiento no es interno a la concepción normativa, sino que proviene de una pluralidad de concepciones normativas. Los críticos del positivismo no pueden objetar la tesis de la suficiencia de la justificación jurídica, sustentándose solo en la idea de unidad sistemática de distintos tipos de discursos normativos bajo un conjunto de principios últimos. Para demostrar el error del fraccionamiento es necesario demostrar que también es un error consentir la existencia de una pluralidad de puntos de vista igualmente correctos. Consentirlo implicaría que, desde el punto de vista metaético, seria admisibles distintos, e igualmente validos, parámetros de evaluación de los argumentos prácticos. Para evitar esto, es necesario sustentar una idea fuerte de unidad y exigir: a) que el conjunto de principios últimos sea también único, y b) que dentro de ese conjunto único no haya pautas que, siendo incompatibles, tenga igual rango o sean incomparables. Este requerimiento metaético de unidad tiene como consecuencia inevitable el compromiso con la existencia de razones independientes de toda construcción teórica. Ello es así, ya que si se admite que las razones que evalúan la concepción correcta depende de construcciones teóricas, la pluralidad reaparece. El fraccionamiento justificativo con el positivismo jurídico se compromete constituye un error solo bajo la presuposición de que existe una única concepción normativa correcta. Ello exige que el principio de unidad se vincule a una idea que usualmente no se enuncia explícitamente. En otros términos, los dos elementos antes mencionados: a) la existencia de una jerarquía entre las diversas pautas justificativas existentes, y b) un conjunto de normas morales que forman el último peldaño en esa jerarquía, no agotan el contenido del principio de unidad en sentido fuerte. Ellos solo garantizan la unidad sistemática de cada concepción normativa, pero no la unidad de concepciones normativas.*

*La defensa de un postulado de unidad en sentido fuerte no implica que el conjunto de pautas de justificación correctas ya haya sido identificado. Pero, puesto que existe, hay un buen motivo para alentar la discusión y tratar de encontrarlo. Esta empresa tropieza con un obstáculo, hasta ahora insalvable. Satisfechas determinadas condiciones, cada intento de individualizar los principios morales correctos constituye una teoría moral diferente. Toda teoría moral es la propuesta de un conjunto de pautas (criterios) de corrección de acciones. Ello torna necesario que, a nivel metaético, se cuente con algún criterio que permita establecer que teoría moral propone las pautas realmente correctas. En este punto, pueden destacarse dos fuentes de dificultades epistémicas. La primera dificultad se refiere a la aplicación del criterio correspodentista de verdad. Preguntarse por la verdad del conjunto de pautas (criterios) de corrección de acciones, esto es, preguntarse por la verdad de una teoría normativa, es equivalente a preguntarse cuáles son las razones existentes que hacen verdadera o falsa una teoría. La identificación de semejantes razones no puede depender, a su vez, de una teoría normativa. Esto conducirá a un razonamiento circular. Las razones tienen que ser independientes de toda teoría, puesto que son las que permiten identificar cual es la teoría correcta. Esta advertencia es importante. En muchas ocasiones, la propuesta que asumen la idea de unidad del razonamiento práctico como tesis metaética contraria al fraccionamiento pretende adoptar una posición constructivista respecto a la ontología de las razones morales objetivas. Esto constituye un error. Si las razones objetivas son los datos que permiten verificar o falsar las concepciones o creencias morales de los individuos, entonces dichas razones no pueden depender de dichas concepciones o creencias. En este sentido, la idea de unidad objetiva del razonamiento práctico, sumada a una concepción correspondista de la verdad, parece exigir la aceptación del realismo en el ámbito moral.*



Volver al índice

*La segunda dificultad no está desvinculada de la primera. Dados los inconvenientes de plantea el acceso al conocimiento de las razones morales, pueden sugerirse dos formas de solución. O bien el abandono de la concepción correspondientita de verdad, por ejemplo, la adopción de una concepción coherentista de la verdad moral. O bien, directamente, la estipulación de las razones con las que los principios normativos deben corresponderse para considerarse correctos. La primera opción debe desecharse si se pretende garantizar la unidad en sentido fuerte. Si la única exigencia a nivel metaético fuese la verdad en el sentido de coherencia, debería admitirse la posibilidad de que una pluralidad de concepciones satisfaga esa condición. La segunda opción es la que se adopta, por ejemplo, cuando se define lo "correcto" como aquelloque provoca el incremento de la felicidad general.*[365] *Dicha posición propone la felicidad como la única razón justificativa, y sostiene en su capacidad instrumental para promoverla. Sin embargo, si la estrategia es argumentar a favor de una única fuente de justificación, existen diversos candidatos, diferentes de la felicidad general. A la luz de cada unió de e ellos, serán distintos los conjuntos de principios que resulten moralmente correctos. En pocas palabras, a nivel metaético aparece el mismo problema que surge al nivel de la ética normativa. Así como la existencia de múltiples teorías normativas exige contar con un criterio para decidir cuál de ellas es la correcta, también la existencia de diversas propuestas metaéticas exige algún parámetro que permita determinar cuál es la metaética correcta. En conclusión, aun si se presupusiese la existencia de un único conjunto correcto de criterios de validez de los argumentos prácticos, las limitaciones epistémicas para determinar e identificar ese conjunto conducirían, inevitablemente, al fraccionamiento del razonamiento en sentido subjetivo.*

*El principio de unidad propuesto a nivel metaético no demuestra que la separación de la justificación jurídica de la justificación moral constituya un error, sino que lo postula. La idea de unidad es un axioma y conforme a él, hay un único concepto de corrección y deber, el interrogante consiste en sí, desde un punto de vista filosófico, resulta plausible la adopción de este axioma. Para tomar una posición al respecto es necesario tener en cuenta los compromisos y consecuencias ligados a esta interpretación del principio de unidad.*



*[…]*

## *V.- CONCLUSIONES*

*Retomando la pregunta que dio lugar al análisis desarrollado: ¿qué tipo de justificación se exige al juez? ¿Qué concepto de justificación se tiene en cuenta al reconstruir la sentencia judicial como una decisión justificada? El único tipo de justificación cuya exigencia puede plantearse de un modo intersubjetivamente controlable, es la justificación en sentido formal. Respecto a la justificación sustantiva en sentido subjetivo, no es posible comprobar si los jueces aceptan, o creen, en las normas que invocan como razones sustantivas para la acción. Aunque en virtud de convenciones lingüísticas existentes sea usual atribuir al juez el compromiso con las normas que utiliza, toda la tarea judicial puede llevarse a cabo sin que el juez acepte, o crea, en las normas como razones sustantivas. La afirmación de que, en virtud del principio de unidad del razonamiento práctico, la justificación judicial es una especie de justificación moral, tiene carácter retorico. Si la noción de unidad se interpreta en sentido débil, la afirmación es vacua; puesto que sólo significa que la justificación jurídica presupone ciertas premisas últimas que por esa única razón se llaman morales. Si la unidad se entiende en sentido fuerte, es imprac- ticable. Aunque existiesen razones objetivas externas a toda teoría (y, conforme a ellas, un conjunto único de pautas de justificación sustantiva), es imposible exigir este tipo de justifi- cación. Las dificultades epistémicas que se le presentarían al juez al momento de cumplir con su*

365 Esta concepción metaética corresponde a una posición naturalismo objetivista que, en ocasiones, está asociada a la teoría del utilitarismo. Cfr. Nino, Carlos S., Introducción al análisis del derecho, Buenos Aires, Astrea, 1984, p. 357.

Volver al índice

*obligación de dar la justificación correcta son las mismas que se le presentarían a quien intentase evaluar si el juez cumplió o no con su obligación.*

*El rechazo del esencialismo y del principio de unidad no clausura la posibilidad de diseñar teorías normativas, esto es, teorías sobre las razones sustantivas para la acción, que permitan resolver conflictos prácticos. Sólo el consenso o el acuerdo respecto de una determinada teoría normativa permitiría brindar o criticar "objetivamente" una justificación sustantiva y, en su caso, exigir su cumplimiento"*

De esta forma, hemos tenido un doctrinario y práctico recorrido por la forma en que el tema de la justificación de una decisión judicial se traduce en la resolución, por excelencia, de la labor jurisdiccional, como lo es la sentencia.

Con base en el texto, derivamos y concluimos una determinada forma que tiene la persona juzgadora para arribar a conclusiones correctas, conforme a los diferentes elementos que contiene ese tipo de actuación judicial y que se deben materializar en conjunto con los diversos contenidos de esa fundamentación que veremos en adelante.

# 5.2 Contenido de la fundamentaciónpara la decisión judicial



Cuando se habla de la fundamentación de la decisión judicial, se tiene la idea generalizada de que se deben plasmar en la resolución todas aquellas motivaciones que la persona juzgadora tuvo para emitir el fallo; es decir, todas las consideraciones que internamente estableció, de acuerdo con su entender. En el siguiente texto, podemos deducir ese contenido necesario, según el autor Osvaldo Gozaine (2004):

**5. Contenidos de la motivación**

*Antes de ahora hemos anunciado que fundamentar no significa lo mismo que motivar. Aplicando la ley sin más tarea que laborar exégesis pura, supone dar fundamentos; mientras que motivar implica darle racionalidad y sentimiento de justicia.*

*En tal sentido sostiene Colomer Hernández que la motivación actúa como un elemento de racionalización del sistema procesal, en cuanto constituye un presupuesto y una garantía del control que los órganos superiores realizan respecto a la actividad del juez inferior.*

*Racionalidad no siempre supone razonabilidad en el sentido estricto de la comparación, porque puede cerciorarse el juez de lo dicho y expuesto sin advertir desatinos o incongruencias, en cuyo caso, lo razonable no sería razonado.*

*A veces, también, el raciocinio aplicado en la sentencia se identifica con justificación, siendo así difícil emparentar lo deseable con lo existente.*

*Es evidente, en consecuencia de la síntesis, que buscar entre los contenidos de la motivación la razonabilidad implica una tarea casi imposible, porque es más simple deducir la incongruencia,el error, el absurdo, es decir, todo lo contrario a la regla mencionada. Por tanto, la motivación de las sentencias como parte integrante del debido proceso puede encontrarse en premisas negativas, como afirmar que no es debido proceso el que equivoca el derecho aplicable a la causa, o que tampoco lo es cuando deduce afirmaciones inexistentes, o al tener por probados hechos que se mantienen inciertos o sin verificación, entre otras variables.*

*Desde esta perspectiva, la motivación persigue la certidumbre y la confianza institucional,, más allá de servir a otras finalidades como son el control de la actividad jurisdiccional por parte del superior jerárquico, y de la misma opinión pública, o para demostrar la eficacia en laprestación del servicio jurisdiccional.*

*Bien sostiene Picó i Juno y que a pesar de que la sentencia debe motivarse en Derecho, ello no excluye que pueda ser jurídicamente errónea, constituyendo una infracción de la ley o de la doctrina legal. Sin embargo, el derecho a la tutela judicial efectiva no ampara el acierto de las resoluciones judiciales, de modo que la selección o interpretación de la norma aplicable corresponde en exclusiva a los órganos judiciales, salvo que la resolución judicial sea manifiestamente infundada o arbitraria, en cuyo caso no podría considerarse expresión del ejercicio de justicia, sino simplemente apariencia de la misma.*

*A pesar de todo cuanto se pueda abonar la conveniencia de motivar todas las resoluciones judiciales, no escapa al análisis que existen otras cuestiones posibles de ocupar al tema.*



*Por ejemplo, si la motivación se exige hacia los demás para que expresas del acto de resolver, por qué no sostener que puede ser una auto justificación de la discrecionalidad judicial.*

*Esta idea estuvo presente en el pensamiento posrevolucionario europeo del siglo XVIII, y se instaló en la legislación constitucional y procesal desde entonces, al obligar a los jueces a dictar sentencias que se sometieran al imperio de la ley, antes que a la voluntad del magistrado.*

*No se toleraba que fuera lo resuelto una justificación del poder jurisdiccional, precisamente porque jamás se admitió que el juez tuviera otro poder que no fuera el de custodiar que las normas se cumplieran.*

*[…]*

*Cualquier desvío en la inteligencia común que la ley tiene, era considerado arbitrario, y hasta una causa de mal desempeño. Por eso, comenzó la sentencia a exigir requisitos constitutivos de tipo formal, que encapsularon el discurso en la técnica de lo previsible.*

*Es decir que, ante el común de la gente, una decisión judicial se parece demasiado a un discurso que justifica la resolución y pretende convencer a quien se dirige, o a quien la lee, sobre la razonabilidad de la misma. Mientras que para el técnico, la lectura se interpreta ajustada en el molde de la congruencia y de los agravios que del pronunciamiento se derivan.*

*La distinción la profundiza Taruffo cuando muestra que una cosa es la motivación expuesta como signo, o como acto de comunicación de un contenido; y otra es la motivación como fuente de indicios. Para el primer segmento la sentencia se interpretará al conjuro de los intereses y en función de los instrumentos técnico-jurídicos que elucubrarán el discurso; mientras en el segundo, el auditorio general, la sociedad, examinará el discurso como fuente de indicios que dejarán traslucir los elementos que puedan haber influido sobre su redacción (vgr.: el nivel cultural y las opiniones del juez).*

*Pero esta faceta atiende la faz sociológica del fenómeno jurisdicente, y de alguna manera sirve para confrontar cuan lejanas están las interpretaciones jurídicas de las que la sociedad representa.*

*Atinadamente dice Colomer Hernández que la postura psicologista lo que pretende es colocar en el centro de la motivación judicial la explicación de la decisión en lugar de su justificación. Las consecuencias de ocupar la motivación en explicar las circunstancias, razones o causas que llevan al juez a tomar una decisión son muy peligrosas, pues, de una parte, quedará sin ser acreditada la aceptabilidad de la decisión, y de otra parte, quedará impedida la posibilidad de control de la misma, convirtiéndose de facto en un acto arbitrario. Y es que, en efecto, el estudio de los motivos psicológicos del juez no debe ser objeto de análisis para la ciencia jurídica por carecer de eficacia para determinar la aceptabilidad de una concreta decisión.*

*En definitiva, el contenido de la motivación no es otro que resolver con razones que se justifiquen sin esfuerzo dialéctico. Debe existir una ponderación jurídica que acompañe el proceso lógico de aplicación normativa, con el sentimiento implícito de hacer justicia y que ésta sea perceptible a quien se dirige y, en dimensión, a toda la sociedad.*



*Dicho en otros términos, como lo hace Farell: la circunstancia de que los jueces deban juzgar de acuerdo a razones excluye también la posibilidad de que ellos decidan en base a la simple expresión de sus preferencias. Los jueces emiten juicios basados en razones, y tratan de alcanzar una "verdad", entendida en este caso como una buena interpretación del Derecho vigente.*

## 6. Las distintas formas de motivar una decisión judicial

*En la formación de la sentencia primera acceden buena parte de los esfuerzos de la jurisdicción. Lógica, inteligencia, psicología y voluntad, son los principales componentes que caracterizan el proceso mental de elaboración.*

*En materia de argumentación es preciso referir a dos niveles de entusiasmos -por así indicarlos- cuando de motivar la sentencia se trata. El primero asienta en la actividad del juez de primer grado, que limita su intervención al principio de congruencia y al brocárdico secundum allégala et probata con las flexibilidades advertidas en este libro. La delimitación del thema decidendi la fijan los litigantes y no le es posible al juez desviar por otros caminos el destino de las pretensiones trazadas. En consecuencia, los hechos se incorporan por las partes, las peticiones delinean el objeto procesal, y la congruencia es el límite fijado para evitar el exceso jurisdiccional.*

*Ahora bien, una vez obtenida la sentencia, el problema de la motivación se controla desde los recursos, pudiendo señalarse deficiencias por limitación o por ausencia; en otros términos, fundamentos incompletos o insuficientes.*

*El criterio de la suficiencia -dice Colomer Hernández- es un parámetro de creación jurisprudencial para el control de la efectividad de la obligación de motivar. Es decir, la suficiencia no es más que un mínimo que debe cumplir la justificación del juez para poder ser aceptada como existente al ser controlada en vía de recurso por un superior jurisdiccional, o en vía de recurso de amparo (en España) por el Tribunal Constitucional.*

*Sin embargo, la suficiencia en modo alguno puede ser utilizada por un juez como criterio de actuación a la hora de motivar [...] Los jueces a la hora de motivar deben realizar una completa justificación de la decisión adoptada.*

*El segundo problema es el de las sentencias de tribunales de alzada, donde es más difícil aplicar los mismos conceptos antes enunciados.*

*En éstos es evidente que antes de emitir el acto definitivo será necesario contar con un acuerdo o, al menos, con una mayoría que participe de un mismo criterio. Y aun así, ¿será posible la única versión?*

*La posibilidad de armonizar las argumentaciones y conclusiones se encuentra en la elaboración particular que presenta la sentencia de segunda instancia y, en general, la de todos los cuerpos integrados a pluralidad de miembros.*



*Se parte de ciertas premisas de organización que consisten en no apartarse de las solemnidades requeridas para la emisión de toda sentencia. Es decir, los requisitos formales se mantienen invariables, pero cambia el análisis en los fundamentos y su transcripción de acuerdo con las reglas siguientes.*

### 6.1 Características de las sentencias colegiadas

*Las causas que quedan en estado de dictar sentencia son sorteadas para el estudio del magistrado que resulte seleccionado en primer tumo. En este aspecto, se respeta el principio según el cual el presidente, primus ínter pares, de manera tal que será el último en juzgar.*

*Concluido el voto del primer opinante, pasan las actuaciones al siguiente para que formule su propia argumentación.*

*Esta fase, permite adherir a los fundamentos obrantes, adherir parcialmente, discrepar en todo o en parte, o emitir el fallo con propias motivaciones pero que coinciden en la parte dispositiva del fallo.*

*El voto adhesivo es una particularidad de las sentencias de grado, y se concreta en el denominado acuerdo.*

*El pilar donde asienta esta metodología es la convergencia hacia la mayoría de opiniones en sentido coincidente.*

*Según Carnelutti, "el fundamento del principio de mayoría, está, como cualquiera ve, en aquellas relaciones entre el buen sentido y el sentido común [...] verdad es que la coincidencia entre el buen sentido y el sentido común está condicionada a un cierto grado de desarrollo espiritual de aquellos que juzgan y éste es, como a cualquiera le debe parecer claro, el problema de la democracia; pero, cuando se trata de jueces, esta condición se puede presumir cumplida".*

*El artículo 271 del CPCCN dice: "El acuerdo se realizará con la presencia de todos los miembros del tribunal y del secretario. La votación se hará en el orden en que los jueces hubiesen sido sorteados. Cada miembro fundará su voto o adherirá al de otro. La sentencia se dictará pormayoría, y en ella se examinarán las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravios".*

*Por su parte el artículo 398 del CPP establece que: "[...] Los jueces emitirán su voto motivado sobre cada una de ellas (las cuestiones que son objeto de juicio) en forma conjunta o en el orden que resulte de un sorteo que se hará en cada caso. El tribunal dictará sentencia por mayoría de votos, valorando las pruebas recibidas y los actos del debate conforme a las reglas de la sana crítica, haciéndose mención de las disidencias producidas.*

*"Cuando en la votación se emitan más de dos opiniones sobre las sanciones que correspondan, se aplicará el término medio".*



*El voto individual con sus argumentos desenvueltos responde, por lo común, a dos interrogantes: ¿es justa la sentencia apelada? y, en su caso, ¿qué pronunciamiento correspondería dictar?*

*El problema que presenta la mayoría coincidente se da cuando las motivaciones del tribunal son discrepantes entre sí, o interpretan de manera disímil las situaciones analizadas, aun cuando coincidieran en la confirmación o revocación del fallo.*

## 6.2 El caso de las mayorías discordantes

*Cuando no existe la mayoría requerida, el órgano colegiado debe integrarse con otros pares hasta reunir la supremacía de argumentos que determinen el carácter absoluto de la versión Cuando no existe la mayoría requerida, el órgano colegiado debe integrarse con otros pares hasta reunir la supremacía de argumentos que determinen el carácter absoluto de la versión encontrada (al respecto el art. 31 del decreto-ley 1285/58 establece las formas como se integran los tribunales federales o sus sedes de provincia).*

*En cambio, las decisiones de los tribunales superiores se adoptan por la mayoría simple de los ministros que integran el cuerpo, siempre que sus votos sean concordantes en la solución del caso. Si existiera desacuerdo se procede con el criterio de la mayoría absoluta.*

*Al respecto dice el artículo 281 del CPCCN: "Las sentencias de la Corte Suprema se redactarán en forma impersonal, sin perjuicio de que los jueces disidentes con la opinión de la mayoría emitan su voto por separado".*

*No existe inconveniente en dictar la sentencia de grado cuando se alcanzan las votaciones consecuentes, aun cuando reste el pronunciamiento de un tercer miembro. Igual conclusión tiene el supuesto de pronunciamientos dictados con la ausencia de uno de sus miembros, sea por vacancia, licencia o algún otro impedimento para integrar el órgano.*

### 6.3. La ausencia de mayorías coherentes

*Otro supuesto, diverso del anterior, pero interrelacionado, surge cuando la discrepancia en la votación emerge de pensamientos coincidentes en la línea a seguir para solucionar el caso, pero fuertemente alejadas de coherencia en su faz de racionalidad y fundamentación.*

*La Corte, en numerosos casos sostiene que debe preservarse la unidad lógico-jurídica de la sentencia, de manera que su parte dispositiva sea la conclusión final y necesaria de los prudentes análisis realizados sobre los supuestos fácticos y normativos.*

*Por ejemplo, en el pronunciamiento que refleja Fallos: 304:590, determina que adolece de arbitrariedad en razón de fundamentación contradictoria la sentencia en la que el primer voto se inclinó por declarar la nulidad parcial del fallo de la instancia inferior, el segundo resuelve por la nulidad total, y el tercero por la desestimación de la apertura revisora del tribunal superior; no obstante lo cual, a fin de computar la mayoría emergente, el tercer opinante adhiere al primero, con lo que demostraba que tal manifestación careció de virtualidad y dependió de la mera voluntad del magistrado, contraria a su propio convencimiento y a la conclusión razonada a que antes había llegado.*



*La ausencia de relación impide corresponder la suma de opiniones coincidentes que hacen a la mayoría computable a los efectos de fijar el curso de acción. Por tanto, una sentencia de tal naturaleza incurre en dos vicios: es arbitraria por carecer de fundamentación lógica, tal como veremos en el punto que sigue, y es nula, por estar ausente de requisitos esenciales que hacen al derecho constitucional previsto por el artículo 18.*

### 6.4. La discrepancia entre considerandos y fallo

*Puede ocurrir que una sentencia cualquiera exprese los motivos de su inclinación y convencimiento, pero que al traducirlos en la parte dispositiva del fallo, resultan alejados absolutamente de la congruencia necesaria que debiera ponderarse.*

*Los casos de autocontradicción destacan una casuística muy numerosa que la Corte prolijamente ha vertebrado postulando como regla que dicha falta de coherencia entre los considerandos y el decisorio constituyen una causal de invalidez que impide tener a la sentencia como acto procesal válido y propicio para surtir efectos legales.*

*En supuestos de los aquí citados, corresponde tener por válidos los argumentos expuestos en la parte resolutiva, únicamente, toda vez que de ella proviene la autoridad de cosa juzgada.*

### 6.5. Las dificultades para reunir coherencia interna

*La sentencia de segunda instancia requiere la coincidencia de voluntades; la armonización de argumentos y conclusiones que finalmente quedan expresados en la parte dispositiva de la resolución jurisdiccional.*

*[…]*

*En efecto, esa ausencia de voluntades coincidentes se refleja si el primer voto confirma la sentencia del juez de primera instancia con sustento en fundamentos contrarios a su propia convicción y no se da ningún supuesto de obligación legal para proceder de tal modo (en el caso que mencionamos, el juez resolvió remitiéndose a lo resuelto por la mayoría en un precedente y aclaró que ello era sin perjuicio de dejar a salvo su opinión expuesta en minoría en el mismo).*

*De esta forma, el proceder comentado importa una violación manifiesta del modo como se han de expresar la sentencia de los tribunales colegiados y, en particular, a la necesidad de que este acto sea motivado y razonado (art. 18, Const. Nac.).*

### 6.6. El error y su encuadre a los fines del recurso



*Como en el parágrafo anterior, cabe interrogar nuevamente: ¿Por qué el defecto en la sentencia?*

*¿Es un vicio formal o sustancial?*

*Estos interrogantes deben responderse a partir de una comprensión total de la forma como se debe constituir un pronunciamiento válido.*

*Teniendo en cuenta lo dicho precedentemente respecto a que toda sentencia constituye una unidad lógico-jurídica, cuya parte dispositiva debe ser la conclusión final y necesaria por derivación razonada del examen de los presupuestos fácticos y normativos efectuado en su fundamentación. No es, pues, sólo el imperio del tribunal ejercido concretamente en la decisión definitiva lo que da validez y fija los alcances de la sentencia; estos dos aspectos dependen también de las motivaciones que sirven de base al pronunciamiento.*

*En los organismos colegiados, la deliberación previa que determina el acuerdo no constituye una simple formalidad. Todo lo contrario, la sentencia de tribunales colegiados no puede concebirse como una colección de opiniones individuales y aisladas de sus integrantes, sino como un producto de un intercambio racional de ideas entre ellos. Ésta es la manera pertinente de actuar en un sistema deliberativo.*

*Va de suyo que la adhesión (voto adhesivo) no ocasiona problemas en la unidad ontológica del decisorio en la medida que expresa la mayoría coincidente.*

*En cambio, si la formación de opiniones coincide en la parte dispositiva (por ej., haciendo lugar o denegando una pretensión) pero con fundamentos divergentes para alcanzar ese resultado, se quiebra la concordancia intrínseca del acuerdo y, por ello, la mayoría real no existe e impide dotar al fallo de la mayoría racional que valide la sentencia.*

*No obstante, se ha dicho que la habitual divergencia de opiniones o fundamentos de los votantes (aun cuando por ella no se obtenga mayoría doctrinaria sobre el tema en consideración) no es obstáculo para que se estime lograda una mayoría real, cuando sobre el fondo del asunto haya vencedor y vencido en el pleito a través del cómputo de las conclusiones a que los jueces del tribunal colegiado arriben (Fallos: 311:2023).*

*De todos modos la obtención de mayorías aritméticas no es una buena técnica para auspiciar en la justicia clara e intelegible "para todos".*

*El pronunciamiento debe ser congruente con el pensamiento de quienes lo forman y recorrer los pasos necesarios para la formación de la voluntad colectiva del cuerpo.*

De acuerdo con el texto, derivamos un contenido de la fundamentación que, perfectamente, podemos trasladar a las diferentes formas de emitir las decisiones, tanto en el nivel de despachos unipersonales y las notas esenciales que se toman en cuenta, como en la labor que, dentro de esa definición, tienen los órganos colegiados en la jurisdicción, aplicando los conceptos al sistema argentino, pero que se pueden trasladar a las normas de nuestros cuerpos legales procesales, especialmente el Código Procesal Civil y el Código Procesal Penal, en cuanto a las exigencias dadas para las resoluciones y la forma en que se deben tomar para su eficacia y validez.



## ACTIVIDAD DE EVALUACIÓN

a.- Realice un resumen sobre la importancia de la fundamentación de la resolución judicial para los contextos del debido proceso.

b.- Haga un examen crítico de tres resoluciones de instancia superior donde se ha aplicado el régimen de nulidad por la no fundamentación de estas.

b.- A partir de los enunciados de los Códigos Procesales nacionales (Civil, Penal, Laboral), elabore un resumen de los requisitos que, en cada caso, se exigen en el contenido de la fundamentación de las resoluciones judiciales para las materias civil, laboral, tránsito, pensiones alimentarias, violencia doméstica y contravencional.

Volver al índice

# Bibliografía


- GOZAINE, Osvaldo Alfredo. (2004). El debido proceso. Santa Fe, Argentina: Ediciones Rubinzal Culzoni. (El derecho a la motivación en la sentencia), pp. 421–458.

- REDONDO, María Cristina. (2008). La justificación de decisiones judiciales. En: Jueces y derecho. Problemas contemporáneos. México D.F.: Editorial Porrúa, pp. 255–275.

**Toma y emisión de decisiones**

**La supervisión de esta obra estuvo a cargo del equipo de trabajo del Programa FIAJ de la Escuela Judicial de Costa Rica**

**Escuela Judicial Lic. Édgar Cervantes Villalta Ciudad Judicial, San Joaquín de Flores, Heredia Fax: 2267-1542, 2265-2287**

**Tels.: 2267-1541, 2267-1540**

**Dirección electrónica:**

**escuelajudicialFIAJ@poder-judicial.go.cr**