

DERECHO Y ARGUMENTACION CRITERIOS DE DECISION JUDICIAL

MODULO TRES APLICACIÓN DEL DERECHO

1. *La aplicación espontánea del derecho*

Corresponde analizar cómo el derecho se *realiza*, cómo se *incorpora* a la vida social. Toda norma jurídica, ya se la considere como un *mandato*, como un *imperativo*, como una *regla de conducta*, o como un *criterio* de decisión de conflictos, existe siempre con la pretensión de que la realidad social se *ajuste a ella*. Esta *realización* del derecho se configura y define como el problema de la *aplicación* o *adjudicación* del derecho.

Existe un cumplimiento *espontáneo* del ordenamiento jurídico. El derecho se *aplica* espontáneamente sin que, en la mayoría de los casos, los sujetos *tomen conciencia* de que se están comportando de acuerdo al derecho.

El derecho se cumple ordinariamente en virtud de múltiples factores, entre ellos, por su obligatoriedad moral, por hábitos sociales, por convicciones políticas, o por temor a la sanción. Los sujetos *ajustan* su conducta a normas preestablecidas. En estos casos la persona *aplica espontáneamente* el derecho.

2. *Proceso de creación y aplicación de la ley*

Además de esta aplicación espontánea, tenemos la aplicación del derecho a través de los *órganos del Estado*.

Así, el *juez* al dictar sentencia *aplica el derecho* al caso concreto sometido a su decisión. El legislador al dictar una ley, *aplica* la constitución. El gobernante, al dictar un decreto, *aplica* la ley.

La ciencia jurídica o dogmática jurídica se refiere al proceso de *creación del derecho*, sólo como caso de *excepción* del proceso de *aplicación del derecho*. Se razona que se trata del supuesto de *aplicación del derecho* siempre que el caso a decidir se halle *regulado legalmente*; supuesto que se resuelve mediante el proceso de *subsunción*. Si el caso a decidir *no se halla regulado legalmente*, entonces, se afirma, estamos ante el supuesto de *creación del derecho*, debiéndose recurrir en este caso, a falta del recurso de *subsunción* a *colmar* la laguna de la ley mediante los recursos de la *analogía*, o del argumento *a contrario*, o mediante la *libre creación judicial del derecho*.

3. *Aplicación como subsunción.*

Una concepción tradicional de raíz racionalista concibió el ordenamiento jurídico como una *ciencia normativa*. Esta concepción ve al derecho como un *conjunto sistemático de normas*, es decir, de *objetos racionales* aplicables al caso judicial mediante *métodos lógicos*. La aplicación del derecho es vista, por lo tanto, como *subsunción*.

El concepto de *subsunción* opera bajo la forma de un *silogismo*, donde la *premisa mayor* es el *supuesto de hecho* de la norma jurídica. La *premisa menor* es el *caso concreto* sometido a decisión, y la *conclusión* es la *consecuencia jurídica* prevista en la norma.

Veamos un ejemplo del modelo de aplicación del derecho por subsunción:

El artículo 880 del CCyCN establece: “El pago realizado por el deudor que satisface el interés del acreedor, extingue el crédito y lo libera”.

El art. 880 constituye la *premisa mayor*, que prescribe que el *pago realizado por el deudor que satisface el interés del acreedor (supuesto de hecho)*, *extingue el crédito y lo libera (consecuencia jurídica)*.

El caso concreto es la *premisa menor*, en la que debe afirmarse el *hecho* concreto del pago del deudor.

La sentencia es la *conclusión* del silogismo, donde por *subsunción* se aplica al caso planteado, la *consecuencia jurídica* prevista en la norma.

Premisa mayor: “El pago realizado por el deudor que satisface el interés del acreedor, extingue el crédito y lo libera”.

Premisa menor: Juan García en su calidad de deudor acreditó en su calidad de deudor haber realizado el pago que satisface los intereses de su acreedor.

Conclusión: Por lo tanto corresponde declarar a favor de Juan García que el pago realizado determina la extinción del crédito y la liberación de su calidad de deudor.

Premisa Mayor	El pago realizado por el deudor que satisface el interés del acreedor	Debe ser	La extinción del crédito y la liberación del deudor.
Premisa menor	Juan García (deudor)	(constatación)	Realizó el pago que satisfizo el interés del acreedor
Conclusión	Juan García	Debe ser	La extinción del crédito y la liberación del deudor.

Concretamente: en la aplicación del derecho como subsunción, el juez cumpliría una función de mera *constatación* o de *homologación*.

En el caso, se trata de determinar si la hipótesis de la ley (*supuesto de hecho*) se realiza o verifica en el caso judicial.

Como argumentaremos más adelante la aplicación del derecho *no se reduce* a una *simple subsunción*. La subsunción sólo es posible cuando la ley utiliza conceptos *unívocos* o conceptos *numéricos*. Pero fuera de estos dos supuestos, todos los demás conceptos son susceptibles de *extensión*, por lo tanto, la generalidad de los supuestos de *aplicación del derecho* son al mismo tiempo supuestos de *creación del derecho*.

Se suele distinguir a este respecto los denominados *casos fáciles*, *casos difíciles* y *trágicos o problemáticos*.

Son *casos fáciles* aquellos en los que no existen dificultades en identificar la norma a aplicar y el supuesto de hecho objeto de decisión.

Así serían casos fáciles aquellos en que la norma utiliza conceptos unívocos, como por ejemplo *aeronave*, *cheque*, *hecho imponible*, etc. O cuando utiliza conceptos numéricos, como por ejemplo, cuando establece la mayoría de edad a los 18 años, o requiere la existencia de 2 testigos en los testamentos por escritura pública.

El caso se lo considera *fácil*, en la medida en que el ordenamiento otorga un único sentido a las expresiones *aeronave*, *cheque* y *hecho imponible*, o en el hecho de que

expresiones como *28 años y, 2 testigos* constituyen conceptos numéricos de fácil comprobación.

De allí que se afirme que en los casos fáciles, sea más evidente la caracterización de la aplicación del derecho como subsunción.

Pero en la experiencia judicial casos fáciles son los menos. El legislador utiliza frecuentemente conceptos *equivocos y ambiguos*, y en la resolución de los casos se presentan dificultades en la prueba de los hechos, por lo que cuando se dan estos supuestos se habla de *casos difíciles*.

Si además el caso difícil requiere una decisión que inevitablemente implique un daño a las partes intervinientes en el proceso, se lo denomina *caso trágico o problemático*.

Existe un caso trágico cuando los cónyuges divorciados y radicados en distintos países se disputan la tenencia de un hijo. Cualquier decisión del tribunal implicará privar al menor de la posibilidad de crecer junto a sus dos padres, aún divorciados, en la medida en que la distancia entre los domicilios impida o dificulte notablemente el contacto con cada uno de ellos.

Otro ejemplo lo constituye cuando los abuelos biológicos disputan la tenencia de sus nietos, nacidos de padres desaparecidos y criados por sus padres adoptivos. Cualquier resolución que adopte el Tribunal dañará los intereses afectivos de los menores involucrados en tales disputas.

Volvamos al texto del artículo 10 CCyCN, ya mencionado en el módulo anterior.

En las cuestiones relacionadas con su interpretación, y las relacionadas con la prueba de los hechos a los que deba aplicarse se plantean al decisor una serie de problemas que hace que tales cuestiones caractericen al caso como *difícil*.

Artículo 10: *“El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo de la situación jurídica abusiva, y si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”*. Las expresiones *la buena fe, la moral y las buenas costumbres* no son conceptos unívocos y requieren en el intérprete una tarea de elaboración conceptual que torna su caso en un *caso difícil*.

Por lo tanto, así como se afirma que en los casos fáciles, es más evidente la caracterización de la aplicación del derecho como subsunción, se sostiene que en los casos *difíciles* y en los *casos trágicos*, el proceso de aplicación del derecho *en modo alguno se reduce* al proceso de subsunción.

Al expresar que la aplicación del derecho *no se reduce* a una simple subsunción se quiere significar que es necesario distinguir entre la *elaboración* y la *exposición* de la decisión judicial, es decir entre la *búsqueda de la conclusión* y su *justificación*

La decisión judicial implica una doble tarea: la de *buscar* la solución del caso planteado a la luz del ordenamiento jurídico, y al mismo tiempo, la de *justificar* ante las partes, los tribunales superiores y la sociedad, la *decisión adoptada*.

En este sentido, *justificar* significa *dar las razones* por las cuales se decidió de una manera determinada y no de otra.

Por lo tanto, en todo proceso de aplicación del derecho se desarrollan ambas tareas, la de elaboración y la de exposición de la decisión, la de búsqueda y justificación de la decisión, pero la *teoría de la aplicación del derecho como subsunción* sólo se preocupa de la

exposición, de la *justificación* de la decisión judicial. No desarrolla ni explora las cuestiones relacionadas con la *elaboración* y la *búsqueda* de la conclusión que deriva en la toma de la decisión judicial.

De allí la crítica de los autores. La *teoría de la aplicación del derecho como construcción normativa* intenta explorar y exponer ambas cuestiones, afirmando así que la decisión judicial *no se reduce a un mero proceso de subsunción*, sino que ésta representa solamente la última fase del proceso de decisión judicial.

4. Aplicación del derecho como construcción normativa.

El método de la subsunción no resuelve la totalidad de los casos judiciales. En realidad, el juez *presenta* su sentencia mediante consideraciones lógicas y dentro de un esquema de subsunción, en donde, la *norma* es la premisa mayor, los *hechos probados* son la premisa menor, y la *sentencia* es la conclusión.

La sentencia, así, se presenta como la *derivación lógica* del ordenamiento jurídico.

Pero la *presentación* de la sentencia bajo la forma de un *silogismo*, en realidad es *precedida* de una actividad compleja desarrollada por el juez de *selección* de las *normas* (premisas mayor), y la *selección* de los *hechos relevantes* (premisas menor) para la solución del caso. Por tal razón, todo supuesto de *aplicación del derecho*, requiere del juzgador una actividad previa de *selección de normas a aplicar* y de *selección de hechos relevantes a considerar*.

Esta selección implica que la actividad de aplicación del derecho es *valorativa* y no *exclusivamente lógica*.

La lógica no da respuesta en los casos de *incertidumbre* acerca de las normas aplicar, en caso en que las normas a aplicar sean *contradictorias*, o en el caso de que el juez deba *preferir* aplicar una norma y no otra *también* aplicable al caso.

Por ejemplo, cuando en un caso de ejercicio de la *libertad de prensa* se invoca por un tercero su *derecho a la intimidad*. Ambos son derechos de raigambre constitucional y de igual jerarquía normativa: el derecho a la información y el derecho a la intimidad, pero ante un conflicto de intereses el juez debe decidir cuál de ambos derechos *prevalecerá* en el caso planteado. La aplicación del derecho por parte del juez genera la necesidad de resolver el problema de la posibilidad del juez de *elegir* entre una o más soluciones. El razonamiento deductivo, por lo tanto, no basta.

Ante una pluralidad de normas aplicables es necesario elegir *una*. Y esa elección se efectúa mediante una *valoración*.

Para Carlos Cossio, el pensamiento del juez no sólo refiere el caso a la ley por *subsunción deductiva*, sino que también refiere la ley al caso por *dialéctica estimativa*, es decir mediante *valoraciones*. El caso está sometido a la ley por subsunción sólo después que el juez mediante un proceso de *selección* y *valoración* la considera aplicable al caso planteado.

Por lo tanto, el fallo judicial no es nunca la conclusión *necesaria* de un silogismo, sino que siempre es una *decisión* que como tal, presupone la posibilidad de optar por *otras* soluciones.

Mientras en el silogismo la verdad de las premisas se traslada *necesariamente* a la conclusión, siempre que la inferencia se haya establecido correctamente, no ocurre lo mismo cuando se trata de pasar de un *argumento* a una *decisión*.

5. La aplicación del derecho como procedimiento analógico

Para Kaufmann la aplicación del derecho es un procedimiento analógico, donde la *ley (deber ser)* y el *caso (ser)* se elaboran *interrelacionados* de tal forma uno con el otro, que de la *ley abstracta* mediante el proceso de *interpretación*, resulta un *tipo legal concreto* mediante una *construcción normativa*, donde el *tipo legal* y la *situación fáctica* se corresponden.

Esta correspondencia entre el *tipo legal* y la *situación fáctica* se realiza mediante un procedimiento de *analogía* ya que ningún caso de la realidad es *igual a otro*.

Ningún homicidio es exactamente igual a otro, ningún hombre coincide con otro en su efectiva responsabilidad o grado de culpabilidad.

Esto hace que en todo proceso de *aplicación del derecho* entren en juego factores valorativos.

Expresa Kaufmann que se suele afirmar que la creación judicial del derecho tiene lugar en dos actos separados uno del otro:

(1) Por una parte la tarea de la *comprobación de los hechos*, donde el juez en forma parcial y equidistante reflexiona a partir del *conocimiento puro* acerca de una situación fáctica hasta ahora desconocida por él, sin mezclar ningún elemento subjetivo, con intención de *verdad*, teniendo que *reconstruir* desde el pasado.

(2) Por otra parte la tarea de *aplicación del derecho* que sucede temporalmente después de la comprobación de los hechos que consiste en la tarea de determinar interpretativamente y con intención de *justicia* el sentido y el alcance de una norma o normas ya confeccionadas o dadas de antemano.

Pero lamentablemente, afirma Kaufmann, las cosas no suceden así, *la lógica y la realidad son diferentes*. No existen esos *dos momentos* separados entre sí temporalmente.

El *caso* y la *norma* sólo constituyen la *materia prima* de un proceso metódico. Ambos elementos de la decisión judicial deben ser *elaborados* y *coordinados* mutuamente. La *norma* pertenece al *deber ser*, como *forma abstracta general*. El *caso*, en cambio, pertenece al mundo del *ser*. Corresponde al juez extraer de la *norma* el *sentido concreto* relacionado con el caso. El juez *halla* en la *norma* la *solución* del caso. No existe, por la tanto, para Kaufmann, un *dualismo metódico* en la aplicación del derecho, sino un *monismo metódico*, un único proceso por el cual el juez, extrae de la norma abstracta, el *sentido concreto* aplicable al caso.

6. La racionalidad de la ley.

Cuando se atribuye *racionalidad* a la ley, se quiere significar que no existen en el sistema *contradicciones* o *inconsistencias*.

La racionalidad de la ley debe entenderse como *consistencia lógica*. La racionalidad hace a la *forma* de derivación normativa, constituye la *racionalidad técnica*.

Bernal Pulido enumera los criterios de la racionalidad judicial de las cortes o tribunales superiores:

1. El primer criterio es el de la *claridad y consistencia conceptual*. Este primer criterio implica que el significado de los argumentos pueda ser *comprendido* por las partes que intervienen en el proceso y por la comunidad jurídica y política. Los argumentos interpretativos utilizados por la corte deben seguir las reglas lingüísticas de la comunidad. Bernal Pulido, Carlos, "El Derecho de los derechos", Universidad Externado

de Colombia, 2005, p.61/69 La *consistencia conceptual*. Se refiere a la no contradicción de los argumentos y al uso constante de los conceptos que componen tales argumentos. Esto quiere decir que la Corte debe atribuir a los mismos conceptos siempre los mismos significados.

2. Segundo criterio: Consistencia normativa: El fundamento de las sentencias será tanto más racional cuanto más se funde en argumentos que puedan justificar los mismos resultados interpretativos cuando se apliquen a hechos idénticos o análogos. La aplicación de los mismos argumentos a hechos distintos o la producción de resultados interpretativos diferentes deben ser siempre justificadas.

3. Tercer criterio: Saturación. Máxima de la saturación: Todo argumento debe ser completo, es decir, debe contener todas las premisas que le pertenezcan.

4. Cuarto criterio: Respeto de la lógica deductiva.

5. Quinto criterio: Respeto de las cargas de la argumentación.

6. Sexto criterio: Consistencia argumentativa y coherencia.

Consistencia argumentativa: Ausencia de contradicciones entre las proposiciones que componen los argumentos.

Coherencia: El criterio de coherencia exige que las proposiciones utilizadas en el fundamento de las decisiones encuentren sustento en las reglas, en los valores comunes o en los principios generales. El conjunto de justificaciones adoptadas por la Corte constitucional no es otra cosa que un sistema de proposiciones inmerso en la práctica jurídica.

Una nueva proposición interpretativa producida en este sistema es tanto más coherente

(1) Cuanto más encuentre respaldo en otras proposiciones del sistema o en premisas normativas, analíticas o empíricas que sustenten también otras proposiciones del mismo sistema,

2) Cuanto más responda a las reglas de preferencia o de prioridad estatuidas por el sistema, y

(3) Cuanto más se base en conceptos generales propios del sistema. Como criterio general, existe un elemento común a todas las reglas de racionalidad.

Estas reglas constituyen ideas regulativas, es decir ideales, que por una parte orientan la tarea del Tribunal, y por otra parte funcionan como criterios para valorar, criticar y analizar las decisiones y motivaciones de la Corte.

7. *La razonabilidad de la ley.*

Cuando se atribuye *razonabilidad* a la ley se subraya la *conexión* entre la moral y el derecho, y se requiere que la ley incluya elementos de *moralidad*, de tal manera que el derecho, además del *principio de racionalidad*, cumpla con el *principio de razonabilidad*.

El derecho así, constituye el resultado del ejercicio de la *razón práctica*.

Distintos autores han esbozado este principio: *Nino* ha expresado que no todo *principio moral es una norma jurídica, pero en cambio, toda norma jurídica que tiene un rol de razón operativa en el razonamiento práctico es un juicio moral especial*, y *Herber Hart*, admitió un cierto *contenido mínimo del derecho natural*.

Bernal Pulido identifica dos criterios de razonabilidad.

Según un criterio propuesto por Manuel Atienza la razonabilidad sería un concepto subsidiario de la *estricta racionalidad* de los procedimientos y razonamientos que conducen a las decisiones jurisprudenciales.

Según Atienza una decisión es estrictamente racional:

- (1) si respeta las reglas de la lógica deductiva,
- (2) si respeta los principios de la racionalidad práctica (consistencia, coherencia, generalidad y honestidad),
- (3) si encuentra fundamento en una fuente jurídica, y
- (4) si no está fundada en criterios éticos o políticos no previstos por el ordenamiento jurídico.

Cuando no es posible reunir estos cuatro requisitos, como en los casos difíciles, entonces, debe adoptarse una decisión razonable.

Una decisión es razonable:

- (1) Si presenta un punto de equilibrio entre las exigencias contrapuestas que necesariamente deben tenerse en cuenta en el caso concreto, y
- 2) Si ella es admisible para la comunidad, entendida como un auditorio ideal.

Este objetivo puede alcanzarse mediante la búsqueda de mayor número posible de argumentos compartidos para poder fundamentar una ponderación adecuada de las exigencias jurídicas que se contrapongan en el caso. Si no se encuentran estos argumentos generalmente aceptables se estará frente a un caso trágico.

En otro significado, más restringido, una decisión razonable es una decisión *no arbitraria*, es decir, fundada en una *razón jurídica* legítima.

En definitiva, admitir la distinción entre *racionalidad* y *razonabilidad* implica admitir la existencia de *sistemas jurídicos lógicamente racionales pero injustos y carentes de razonabilidad*. Consiste en afirmar que el derecho no se agota en la *racionalidad técnica*, sino se *fundamenta* en *criterios morales* en *criterios de razonabilidad*.

La CSJN ha caracterizado la razonabilidad en estos términos: *Se entiende por razonabilidad de las leyes la relación según la cual deben conformar medios aptos para el cumplimiento de los fines estipulados por la Constitución. Si carecen de aptitud para lograr el fin que se propuso esta última, pueden ser descalificadas por carentes de razonabilidad. Los medios adoptados han de ser rectamente apropiados en todas las circunstancias. La reglamentación legislativa no debe ser infundada o arbitraria sino justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido. Lo razonable en sentido jurídico político supone equilibrio, moderación, armonía. Lo razonable, en fin, quiere decir lo axiológicamente válido según las circunstancias del caso, lo oportuno, lo conveniente en función de todos los valores.*

8. Justificación interna y justificación externa

En el ámbito de la justificación jurídica se distingue entre justificación interna y justificación externa:

La justificación *interna* se refiere a la *validez* de las inferencias lógicas de la decisión judicial. Se refiere a la *validez lógica de los argumentos jurídicos*. La justificación interna hace a la racionalidad de la decisión judicial.

La justificación *externa* se refiere a la *solidez o corrección de las premisas*. La justificación externa hace a la razonabilidad o aceptabilidad de las premisas que sustentan la conclusión de la decisión judicial.

La justificación interna remite al debido respecto de los principios de la lógica. Impone al legislador la exteriorización de la totalidad del *itinerario racional* para arribar a una solución determinada: determinación de la premisa normativa o derecho aplicable, determinación de la premisa fáctica o hechos relevantes probados. Su decisión dependerá de la previa ponderación de las razones que sostiene su decisión y de los argumentos que sostiene la posición contraria, explicando las razones que corresponde acoger y aquellas que corresponde desestimar. Debe explicar las razones en virtud de las cuales motiva la resolución. En una palabra, la justificación interna requiere la correcta consideración razonada del marco normativo e interpretativo de la premisa normativa y la correcta consideración razonada de la base práctica y probatoria, expuestas como premisa mayor y premisa menor del silogismo judicial. Estos son requisitos *racionales* e insoslayables de toda decisión judicial.

La justificación externa de las resoluciones judiciales no se reduce a la correcta enunciación de premisas y conclusiones.

Requiere además que se justifique el juicio de valor que subyace en la elección de la premisa mayor y por la cual se elige un texto o una determinada interpretación respecto de otra posible.

Por tal razón cuando el juzgador basa su sentencia en una interpretación determinada, respecto de cuyo texto normativo pueden admitirse otras interpretaciones, esta decisión para estar justificada, deberá sustentarse en argumentos que expliquen y sostengan la coherencia, utilidad y conveniencia del criterio adoptado y además la demostración del desacierto o inconveniencia de admitir la tesis contraria.

Debe demostrar que su decisión, además de *racional* es *razonable*.