

XXIX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

Título: ***“Equidad judicial, fundamentación y motivación”.***

Comisión: El rol del juez en la actualidad

Autor: ***Leandro Fabián Barusso***

-Abogado (UBA),

- Docente Cátedra Elementos de Derecho Procesal Civil y Comercial (UBA) a cargo de la Dra. Ángela Ledesma.

- Docente Cátedra Derecho Procesal Civil y Comercial (UNIVERSIDAD JOSÉ C. PAZ) a cargo del Dr. José María Salgado.

- Miembro del Ateneo de Estudios Procesales de la Ciudad de Buenos Aires “Lino E. Palacio”.

Fecha de nacimiento: 6/04/1964

Dirección: Av. Rivadavia 666 Piso 4º Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CP: 1002)

Teléfono: 4343-6565/64/63 - Celular: 1549488034

Correo electrónico: leandrobarusso@gmail.com

SUMARIO: I. Introducción. El nuevo perfil del Juez y los subsistemas de equidad judicial. II. Como prevenir la discrecionalidad. Nuevas exigencias en el deber de fundamentación y motivación. III. Motivación y fundamentación. Un ejemplo del derecho comparado. IV. Cierre.

Participa de los concursos: Sí.

I. Introducción. El nuevo perfil del Juez y los subsistemas de equidad judicial.

Subyace al análisis que llevaré a cabo en la presente ponencia la idea de que los cambios legislativos introducidos por el Código Civil y Comercial van a modificar el paradigma de la función jurisdiccional en materia civil y comercial y el perfil del Juez Civil. Considero que en los años por venir podremos observar un juez civil con un rol más creativo, más comprometido con la eficacia de sus decisiones, y con mayor compromiso en la tutela de situaciones que antiguamente se excluían del ámbito jurisdiccional.

En un trabajo previo he intentado relacionar esta transformación del rol del Juez con la antigua noción de “equidad judicial”. La hipótesis es que instituciones tales como el reconocimiento legal de la función preventiva de la responsabilidad civil y la acción preventiva de daños, la ampliación de las facultades judiciales para determinar medidas cautelares, anticipatorias y autosatisfactivas, y la autorización para adoptar medidas de oficio en cuestiones donde está involucrado el orden público, han creado dentro de nuestro sistema jurídico subsistemas de “equidad” que se articulan como tales dentro de la jurisdicción “de derecho” que establece el art. 18 de la Constitución Nacional.

Dado que la palabra “equidad” es utilizada en diversos sentidos tanto en el lenguaje moral extrajurídico como en el lenguaje jurídico, es necesario aclarar los acepciones que considero relevantes para el análisis y que son aquellos sentidos que refieren a: **a)** A la función **flexibilizadora** que se da “*secundum legem*” cuando la regla legal positiva autoriza expresamente al Juez a evaluar la situación jurídica mediante clausulas generales, estándares jurídicos tales como el “buen hombre de negocios” o los conceptos normativos como el “orden público”, el “interés público” o los medios “razonables”. Estos conceptos de intencional vaguedad y textura abierta constituyen una autorización expresa del legislador para que el órgano judicial aprecie la situación en concreto con los innumerables factores y matices que puede asumir y que serían imposibles de prever legislativamente. **b)** A aquella función **correctiva** que se da cuando el juicio de equidad tiende a evitar la aplicación de

reglas legales a hipótesis en las cuales se revelan inadecuadas. Esta acepción se asimila al sentido más tradicional de la función de equidad como corrección de la justicia legal, tal como era ejercida por el Pretor en el derecho romano, o la Corte de Cancillería en el derecho inglés y que modernamente se da mediante el control de constitucionalidad o de convencionalidad cuando el Juez neutraliza la aplicación de una ley o reglamentación administrativa al caso concreto porque su aplicación implica vulnerar derechos o principios de un orden superior, que se encuentran garantidos en el plano constitucional o convencional¹. **c)** A la equidad “*praeter legem*”, que se aplica cuando no hay ley exactamente aplicable al caso; o sea que aplica para solucionar el conflicto no reglado legalmente.

II. Como prevenir la discrecionalidad. Nuevas exigencias en el deber de fundamentación y motivación.

El ejercicio de la equidad judicial, aunque se remonta al pensamiento Aristotélico y al derecho romano, en la figura del pretor peregrino, no obstante hoy resulta innovador en el marco de nuestra cultura jurídica “continental”, tributaria del Código Civil Francés.

Ello dado las ideas de la ilustración y la revolución francesa motivaron un cambio radical en la concepción del papel de los jueces, restringiendo la función judicial a la aplicación mecánica y acrítica de soluciones legisladas en forma preexistente y con notoria desconfianza hacia cualquier atisbo de aplicación de soluciones de equidad en el caso particular. Dentro de esta concepción el Juez se consideraba axiológica y políticamente neutral y no tenía necesidad de recurrir a valores o principios ajenos al derecho codificado, el que por definición proveía un catálogo completo de soluciones específicas para la resolución de cualquier controversia que se le planteara. Tampoco precisaba de interpretación, dado que se concebía que el sistema instaurado por los Códigos carecía de lagunas, ambigüedades o contradicciones normativas.

El movimiento neoconstitucional ha implicado un cambio de paradigma en la forma de legislar, ya que ha dado lugar a una política legislativa en la cual los textos

¹ Aunque el apelativo “contra legem” tiende a resaltar el efecto de neutralización de una norma que goza de una legalidad formal, en realidad la decisión en ese caso no es “contra legem” sino que constituye el más pleno acatamiento del principio de legalidad, toda vez que este implica el respeto de la jerarquía normativa y la supremacía de los derechos fundamentales.

de los nuevos códigos se encuentran más orientados a establecer finalidades, estándares y cláusulas generales, que reglas específicas de conducta.

El Código Civil y Comercial sin duda se enrola en esta corriente legislativa.

Cuando la norma legal se expresa mediante cláusulas generales, conceptos normativos de textura abierta o institución de finalidades, otorga amplias facultades de interpretación al Juzgador para la individualización de la norma general en el caso concreto, ejerciendo un razonamiento de equidad “secundum legem” en los sentidos de *función interpretativa-individualizadora, flexibilizadora y correctiva*. Esta ha sido la política legislativa del CCyCN en las materias de tutela preventiva, tutela cautelar y urgente y también en otras áreas.

Sin embargo, la contrapartida de esa técnica legislativa, es que la amplitud interpretativa pone en riesgo los valores de certeza y previsibilidad de las resoluciones judiciales.

Como acertadamente apunta González Zavala²: “las normas que reenvían a principios y valores tienen una contrapartida: no sirven como guías seguras de conducta. Al ser “demasiado interpretables” estos preceptos dificultan los pronósticos (lo cual, evidentemente, incrementa la conflictividad). Generan más “casos grises”, donde criterios opinables pueden conducir a resultados diversos.

¿Cómo puede prevenirse entonces que el ejercicio de la equidad judicial derive en decisiones discrecionales e imprevisibles?

Entiendo que el arma más importante para restringir la discrecionalidad en el plano normativo reside en *redimensionar la exigencia de fundamentación y motivación de las sentencias*.

El Código Civil y Comercial da cuenta de esta necesidad y establece un nuevo estándar de fundamentación de las decisiones judiciales al imponer en su art. 3º al Juez resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante “*una decisión razonablemente fundada*”.

La exigencia de una “razonable fundamentación” parece exceder el tradicional “fundar en ley”.

² GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M., *Cómo no debe ser una sentencia*, Revista La Ley, 29 de Julio de 2016, LL, To. 2016-D.

El tradicional requisito de “fundamentación” tal como se encuentra plasmado en el art. 34 inc. 4º del Código Procesal de la Nación exige “fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia”.

Tradicionalmente la “fundamentación” se entendió como la identificación de la norma legal positiva que juzgaba aplicable y su subsunción al caso en relación al juicio de hecho mediante un razonamiento legal silogístico.

Sin embargo existen diversos factores que hacen que la tradicional exigencia de “fundar en ley”, no constituya hoy suficiente motivación para que el Juez rinda cuenta de sus decisiones.

Dos de esos factores son: a) la ampliación de las fuentes y b) la argumentación en base a principios.

Ferrajoli³ se refiere a la “crisis de la razón jurídica”. Explica este autor que el concepto de sujeción a la ley que es propio del “Estado de derecho” se identifica con el carácter positivo de las normas producidas y con el rasgo de que la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales como sustanciales, de derecho positivo.

El gradual cambio de paradigma hacia un “Estado Constitucional de derecho” -que coincide con una crisis del Estado Nacional- se refleja hoy en que: “son los mismos modelos axiológicos del derecho positivo y ya no sus contenidos contingentes – su deber ser y no sólo su ser- los que se encuentran incorporados al ordenamiento del estado constitucional de derecho, como derecho sobre el derecho en forma de vínculos y límites jurídicos a la producción jurídica. De aquí se desprende una innovación en la propia estructura de la legalidad, que es quizá la conquista más importante del derecho contemporáneo: la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no solo en cuanto a las formas de producción, sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos”.

En este contexto se ha ampliado el contexto de la “legalidad”, antes restringida al texto legal y a la interpretación dogmática del mismo, para considerar como fuente al “derecho” interpretado en forma amplia, de modo que los jueces

³ FERRAJOLI, Luigi, Derechos y Garantías. La ley del mas débil., Ed. Trotta, 7ma. Edición, Madrid 2010.

pueden hacer aplicación de los principios y estándares que surgen de los textos constitucionales y de las convenciones internacionales de derechos humanos.

El art. 1 del CCyCN integra los tratados internacionales entre las fuentes que los jueces deben tener en cuenta al decidir un caso judicial, estableciendo que: *“los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte...”*.

Sin embargo, como destaca María Belén Redondo⁴, el legislador no solo ha postulado a las convenciones de derechos humanos como fuente, sino que ha ido un poco más allá y ha establecido que sus principios y directivas deben guiar la interpretación de las leyes infraconstitucionales.

De esta manera, el precitado art. 1º menciona al citar las fuentes legales que en su aplicación: *“...se tendrá en cuenta la finalidad de la norma...”* pero asimismo el Código dedica un artículo específico, el 2º, a los métodos de interpretación postulando que: *“La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”*.

Estas consideraciones nos llevan a la cuestión del valor hermenéutico de los principios y del tipo de razonamiento que apareja su consideración en el razonamiento judicial.

En la década de 1970 Ronald Dworkin⁵ revolucionó el pensamiento iusfilosófico al destacar que en la argumentación legal además de reglas derivadas de la legislación o de los precedentes, los operadores legales utilizaban en sus argumentaciones directrices y principios que no tenían una consagración legal explícita pero a los cuáles no obstante consideraban indudablemente cómo parte del “derecho”. Esta concepción desafiaba las ideas dominantes del positivismo jurídico conforme las cuales la validez de una norma dentro de un sistema jurídico estaba dada por el cumplimiento de sus requisitos de origen (vg: su sanción

⁴ REDONDO, María Belén, *La jurisdicción preventiva en el paradigma (neo) constitucional*, en en Peyrano (Director) y otros, *“La Acción Preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación”*, Rubinzal Culzoni Editores, 2016, pág. 199/252 (Libro Faep).

⁵ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Editorial Planeta-De Agostini, 1993.

legislativa). Para esta concepción los principios no eran reconocidos como normas válidas del sistema jurídico.

Hoy en día este debate de alguna manera se ha transparentado. Por un lado se acepta sin cortapisas que de hecho los jueces recurren a principios para resolver casos difíciles. Por el otro, muchos principios de raigambre constitucional han sido incorporados a la legislación positiva en las mismas Constituciones Nacionales o en Convenciones Internacionales a las cuales se les otorga carácter de fuente del derecho en el plano interno. Asimismo como lo ilustran los artículos precitados del CCyCN en muchos casos el derecho positivo autoriza expresamente al órgano judicial a motivar sus sentencias en aquellos, con lo cual el recurso a los mismos ya no sería “extra legem” sino “secundum legem”.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la argumentación basada en principios es diferente de la basada en reglas. A diferencia de las reglas, los principios no son aplicables a la manera “todo o nada” pues no establecen condiciones que hagan necesaria su aplicación. Enuncian una razón para decidir en un determinado sentido sin obligar a una decisión particular y pueden concurrir con otros principios que den una razón para decidir en sentido contrario. De igual manera, un principio admite contraejemplos sin que los mismos vayan en detrimento de su validez, de modo que el principio que es desplazado en un caso en particular no es derogado sino que permanece intacto en cuanto a su validez y será válidamente utilizado en otro caso concreto.

Por otra parte, a diferencia del conflicto entre reglas legales que puede ser resuelto por reglas de segundo grado que específicamente proporcionan criterios para su resolución (criterios cronológico, jerárquico y de especialidad), el conflicto entre dos principios no se resuelve por una regla o por un tercer principio que decide cuál prevalece; se resuelve por el “peso” o “importancia” relativo de ellos en el contexto del caso concreto.

Dadas estas características, la argumentación que decide entre principios que compiten en su aplicación en un caso concreto se ha dado a llamar “*juicio de ponderación*”, operación racional por la cual se compara la importancia de los bienes

jurídicos protegidos y se determina si se justifica *en la situación concreta* un determinado grado de restricción de uno para privilegiar a otro⁶.

Ante la multiplicidad de fuentes, y la compleja naturaleza de la argumentación basada en principios, parece que la mera cita de la norma legal que el Juez considera aplicable al caso, no alcanza para constituir la “razonable fundamentación” que exige el Código.

Aunque obviamente determinar el contenido de la “razonable fundamentación” excede el objetivo de este trabajo, se pueden postular algunos requisitos que debería contener la motivación “razonable” de una decisión judicial. Obviando la problemática que rodea al “juicio de hecho”, postularé algunos requisitos mínimos del “juicio de derecho”: a) La identificación del conjunto de reglas positivas que considera aplicables al caso, detallando las razones por las cuales se aplican al sustrato fáctico del mismo. b) La metodología que se utiliza para la interpretación de esas reglas. c) Para el caso en que la norma se exprese mediante conceptos normativos de textura abierta o “estándares”, el Juzgador debería hacer explícito cual son los hechos del caso particular que considera lo autorizan a aplicar o no el concepto correspondiente. d) De igual manera, en el caso de recurrir a principios para motivar su decisión, debe identificar de manera explícita los valores en juego en el conflicto a examen y establecer en su caso las razones por las cuales se justifica en la situación concreta un determinado grado de restricción de uno para privilegiar a otro.

III. Motivación y fundamentación. Un ejemplo del derecho comparado.

En un interesante artículo, González Zavala⁷ comenta las soluciones que en esta materia incorporó el nuevo Código Procesal de Brasil, que en su art. 489 que establece, además de los elementos esenciales que tiene que contener una

⁶ BARUSSO, Leandro Fabian, *Principios procesales, conflictos normativos y ponderación*, ponencia presentada en el XXVI Congreso Nacional De Derecho Procesal, SANTA FE, 2011. Consultable en https://www.academia.edu/6597311/Principios_procesales_conflictos_normativos_y_ponderacion-donde_abordo_la_cuestion_sobre_la_ponderacion_de_derechos_y_principios_competitivos_y_si_el_derecho_proporciona_mecanismos_racionales_para_justificar_tales_decisiones.

⁷ GONZALEZ ZABALA, Rodolfo M. , *Cómo no debe ser una sentencia*, Revista Jurídica LL, 29/07/2016, año LXXX, No. 142, LL, To. 2016-D.

sentencia, algunas situaciones en las cuales cualquier decisión judicial, sea ella interlocutoria, sentencia o acuerdo, no se considerará fundamentada.

La norma identifica seis tipos de vicios que pueden invalidar una sentencia. González Zabala interpreta que esta lista no es taxativa y que el legislador ha querido ejemplificar los defectos que más frecuentemente se constatan en la práctica, queriendo dejar en claro que ciertas maneras de resolver constituyen solo motivaciones aparentes.

El primer supuesto que daría lugar la invalidez se refiere *“a la indicación, a la reproducción o a la paráfrasis de un acto normativo, sin explicar su relación con la causa o la cuestión decidida”*⁸. Como su texto claramente lo indica, refiere a la mera invocación de una norma jurídica sin fundamentar su relación con el sustrato fáctico del caso concreto, situación que en nuestro medio es bastante frecuente, más cuando los jueces utilizan textos estandarizados y del tipo “plantilla”, en los cuales se preestablecen citas legales y jurisprudenciales que anticipan la decisión, con notable indiferencia por los matices fácticos de la causa.

El segundo considera como no fundamentadas a las resoluciones que *“utilizan conceptos jurídicos indeterminados, sin explicar el motivo concreto de su incidencia en el caso”*⁹.

Esta situación tiene directa relación con la cuestión que el presente trabajo identificamos con ejercicio de la equidad entendida en sentido interpretativo-individualizador, pues se trata de los casos en los cuales el legislador intencionalmente delega al órgano judicial la subsunción en la norma, haciendo uso de estándares tales como “el buen hombre de negocios” del art.59 de la Ley de Sociedades Comerciales, el “interés familiar” al que refiere el art. 721 CCyCN, o la adopción de medidas “razonables” para asegurar el pago de la sentencia de alimentos tal como lo prevé el art. 553 CCyCN

Aquí es un deber del Juez hacer explícitos los presupuestos de su decisión, identificando aquellos hechos que considera como condiciones para la aplicación o

⁸ He seguido la traducción de González Zabala. El texto original en portugués dice: *“1§.I. - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;”* (Art. 489 CP Brasil).

⁹ Art. 489 CP Brasil, § 1. II: *“empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;”*

no del concepto indeterminado. En el caso de los conceptos normativos de textura abierta o estándares el órgano judicial debería precisar no solo los factores del caso que le autorizan a evaluar el incumplimiento del administrador societario por no cumplir con el estándar del *“buen hombre de negocios”*, sino también cuales constituirían los deberes exigibles a un buen hombre de negocios antes los mismos condicionantes fácticos, de modo que de constatarse hubiera sentenciado en sentido inverso, pues de lo contrario el concepto indeterminado es utilizado como un “comodín”, con un valor meramente retórico. Ello es aplicable al uso del “interés familiar”, el “orden público” u otros conceptos indeterminados. Como concluye certeramente González Zabala: “Que los códigos sean indeterminados no significa que los fallos puedan ser indeterminados”.

Este requisito se encuentra íntimamente relacionado con el tercer supuesto que menciona la norma considerando viciosas aquellas decisiones que: *“invocan motivos que se prestarían a justificar cualquier otra decisión”*, y que en verdad complementa a los anteriores.

El art. 489 también descalifica a la decisión que *“no enfrenta todos los argumentos deducidos en el proceso capaces, en teoría, de invalidar la conclusión adoptada por el juzgador”*¹⁰.

De igual modo considera defectuosa a aquella que: *“se limita a invocar un precedente o un enunciado “de expediente” sin identificar sus fundamentos determinantes ni demostrar que el caso bajo juzgamiento se ajusta a aquellos fundamentos”*¹¹ y en el acápite V. refiere a aquella que *“deja de seguir el enunciado de expediente, jurisprudencia o precedente invocado por la parte, sin demostrar la existencia de distinción en el caso bajo juzgamiento o superación de entendimiento”*¹².

En ambos casos la norma hace referencia a la corruptela común en nuestro medio -pero según parece también en la República del Brasil- en la cual incurrimos

¹⁰ Art. 489 CP Brasil, § 1- IV: “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;”

¹¹ Art. 489 CP Brasil, § 1- V – “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;”

¹² Art. 489 CP Brasil, § 1-VI “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

por igual abogados y magistrados, de pretender justificar una decisión citando la autoridad de un precedente, haciendo caso omiso de la metodología de la teoría del precedente conforme la cual la validez de este razonamiento depende de que se determine precisamente la semejanza entre casos de modo que puedan considerarse substancialmente análogos o similares y se explicita cuál es la regla general, *holding* o *ratio decidendi* del precedente.

Como destaca Alberto Garay¹³ criticando esta práctica: “cuando se citan sentencias (fenómeno harto frecuente), se mencionan resoluciones “al bulto”, es decir, sin discriminar entre lo que se resolvió en esos casos y lo que se dijo en ellos y, entre estas últimas consideraciones, no suelen distinguirse las razones que son necesarias para llegar al resultado arribado, de aquéllas otras que o tienen relación indirecta con lo decidido o son resueltamente sobreabundantes. Citas de este tipo no confieren soporte racional serio a un fallo, ni contribuyen a revestirlo de objetividad.”

El segundo supuesto incurre en vicio similar pero en sentido inverso, al apartarse de un precedente sustancialmente análogo sin explicar cuáles son los rasgos del caso presente que justifican el apartamiento de la *ratio decidendi* que motivó la decisión precedente.

Por último, el inciso 2º del art. 489 prescribe que: “*En caso de colisión de normas, el juez debe justificar el objeto y los criterios generales de ponderación efectuados enunciando las razones que autorizan la interferencia de la norma apartada y las premisas fácticas que fundamentan la conclusión*”¹⁴.

Aquí la norma se refiere al “juicio de ponderación” al cual hice referencia precedentemente y en particular cuando invocando un principio, se hace una excepción a una regla positiva.

IV. Cierre.

El Código Civil y Comercial ha otorgado facultades y herramientas para que los jueces puedan ejercer la equidad judicial en ámbitos como la tutela preventiva, cautelar, anticipatoria y autosatisfactiva. Esta revalorización del rol judicial permitirá

¹³ GARAY, Alberto F. *La doctrina del precedente y la seguridad jurídica*, ponencia general presentada en el XXVIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL celebrado en San Salvador de Jujuy 2016.

un ejercicio más creativo del rol judicial y con un mayor compromiso con la tutela efectiva -siempre que sea acompañado por las reformas procesales necesarias-.

Sin embargo nuestra cultura jurídica carece de criterios para el ejercicio de la equidad judicial, con lo cual se considera que la construcción colectiva doctrinaria y jurisprudencial de los mismos será una de las tareas prioritarias en los años por venir. Sin embargo, se considera que la habilitación de mayores facultades para el órgano judicial no debería implicar una renuncia a los valores de previsibilidad y seguridad jurídica.

En el presente se ha considerado que uno de los mecanismos que puede prevenir que el ejercicio de la equidad judicial devenga en arbitrariedad reside en el redimensionamiento y redefinición del concepto de motivación de las resoluciones judiciales, procurando una rendición de cuentas más transparente de las decisiones adoptadas ante la sociedad.