

Segunda parte

Doctrina y Jurisprudencia



Revista de la Academia
Colombiana de Jurisprudencia
Julio-diciembre 2022

EL SISTEMA JURÍDICO EN EL SIGLO XXI*

Ricardo Luis Lorenzetti**
Académico correspondiente extranjero

Introducción

Un problema fundamental de nuestros tiempos consiste en asegurar que la sentencia judicial pueda dar previsibilidad basada en precedentes estables, en un contexto de incertidumbre legislativa y con grandes cambios sociales, económicos y tecnológicos.¹

La seguridad jurídica ha sido estudiada en el campo de la ley, que debe establecer un horizonte para que las personas puedan ajustar sus conductas, generar confianza y bajar los costos de transacción.

En el siglo XXI se consolidaron alteraciones profundas en la arquitectura de los sistemas jurídicos. La globalización originó una gran cantidad de tratados internacionales que se

* Discurso de Ingreso como Miembro correspondiente Extranjero de la Academia Colombiana de Jurisprudencia – Sesión Solemne del 10 de octubre de 2022.

** Ex presidente y actual magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, catedrático, tratadista, y expresidente de la comisión redactora del Código Civil y Comercial de la Nación.
Contacto: rlorenzetti@csjn.gov.ar

¹ Ampliamos en Ricardo LORENZETTI, *Fundamentos del derecho y razonamiento judicial* (Bogotá: Editorial Ibáñez - Universidad Javeriana, 2011), 528.

han incorporado, directa o indirectamente, en los derechos nacionales. Los cambios sociales se han acelerado y han generado transformaciones, como ocurre, por ejemplo, en el “derecho de las familias”. La evolución económica hizo surgir nuevos tipos de contratos, y la tecnología abrió toda un área nueva en el mundo jurídico. El terrorismo, el narcotráfico, el lavado de dinero, la trata de personas, hicieron nacer nuevos bienes tutelados y tipos delictivos en el derecho penal.

Este fenómeno que quebró en gran medida el monopolio legislativo pensado desde la codificación del siglo XIX, incorporó lenguajes normativos e instituciones de diversas culturas, al deteriorar la pureza de las reglas, a la vez que obligó a que el Derecho tuviera las puertas cada vez más abiertas a las modificaciones constantes.

En el modelo anterior, el legislador fijaba de modo definitivo el sentido preciso de una ley, pero, ahora, esa tarea está a cargo de quien interpreta y aplica el sistema de derecho.

Por esta razón, el problema de la seguridad jurídica no se limita a una ley estable, sino a una multiplicidad de fuentes que integran un sistema de derecho que debe ser aplicado e interpretado.

En este contexto, la sentencia judicial debe asumir el desafío de desenvolverse en una diferente concepción de la interpretación y aplicación del Derecho. Las sentencias, típicas o atípicas, han sido estudiadas profundamente en el ámbito procesal,² como acto que concluye un proceso.

En este ensayo abordaremos, brevemente, el problema epistemológico, que se concentra en el modo en que se decide.

En primer lugar, es necesario precisar que nos referimos a la decisión judicial cuando se interpreta y aplica el Derecho, que implica poner de acuerdo la Constitución, los Códigos, las leyes y una pluralidad de fuentes, y no solamente una ley. Estas situaciones, habituales, demandan un diálogo de fuentes.

² Véase, Ricardo LORENZETTI, “Complex Judicial Remedies in Environmental Litigation: The Argentine Experience”, *Oxford Journal of Environmental Law* (2017). Y, en Argentina, “Remedios judiciales complejos en el litigio ambiental. La experiencia argentina”, *Revista La Ley*, n.º 31, A, año LXXXI (13 de febrero de 2017): 1-6.

En segundo lugar, no se trata de describir las diversas normas jurídicas, sino analizar el proceso de decisión, mediante el cual se aplica el derecho a un caso; estudiaremos, entonces, el proceso de interpretación y aplicación del Derecho en un caso.³

Esta concepción ha sido incorporada en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), que claramente distingue el Derecho de la Ley, incorpora la pluralidad de fuentes (arts. 1 y 2) y establece que se aplica a los “casos” (art. 1), es decir, el “derecho en acción”.

Este nuevo contexto influye sobre el método deductivo que se enseña en numerosas facultades. Tradicionalmente, se ha dicho que la tarea judicial consiste en describir los hechos probados y subsumirlos en la norma aplicable, o, en otras tradiciones, hacer un juicio deductivo que involucre la regla y el supuesto de hecho descrito por ella.

Las transformaciones descritas provocan la insuficiencia de este método y es el problema que abordaremos en este trabajo. Veremos, brevemente, algunos aspectos:⁴

El proceso de descodificación: la coherencia *a posteriori*

Los códigos civiles o comerciales, o penales, del siglo XIX eran un producto que buscaba la coherencia hecha por el legislador y, por lo tanto, cerrado, en el que la tarea judicial solo consistía en aplicarlos. El proceso de descodificación se ha acelerado con una multiplicidad de microsistemas dispersos.

La coherencia legislativa *a priori* de la decisión judicial se ha visto deteriorada por la multiplicidad de leyes, tratados internacionales, pluralidad de fuentes, que obligan a una “reconstrucción *a posteriori*” de la coherencia del sistema, de carácter judicial y casuística.

³ Chaim PERELMAN y Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica* (Madrid: Gredos, 1989).

⁴ Véase, Ricardo Luis LORENZETTI, *Las normas fundamentales de derecho privado* (Sante Fe: Rubinzal y Culzoni, 1995). En Brasil se publicó, en el año 2009, “Fundamentos do direito privado” en la *Revista dos Tribunais*. “Teoría de la decisión judicial” fue publicado en Argentina el año 2006, luego en Perú, también en el año 2006, en México en el año 2008, y, en Colombia, en el año 2011.

El Derecho precisa una comunicabilidad de principios entre la Constitución, los códigos y los microsistemas jurídicos, que le confiera estabilidad al sistema. Es parte de la seguridad jurídica, porque, si la Constitución tiene unos principios y los códigos y las leyes especiales otros diferentes, no hay previsibilidad posible.

Por esta razón, el Código Civil y Comercial vigente no se basa en una especialidad civil o comercial, sino en la articulación del sistema entre la Constitución, el derecho privado y los diversos microsistemas.⁵

Esto se nota en especial en el título introductorio, que es una norma general del Derecho, y en el que la sentencia consiste en elaborar un diálogo de fuentes, aplicables al caso (arts. 1 y 2 del CCCN).

Conflicto individual y conflicto colectivo

La diferencia entre conflicto individual resuelto por los jueces y conflicto colectivo, habitualmente resuelto por la política, y la noción de esferas independientes y desconectadas entre el Derecho público y privado requieren una reformulación debido a dos tipos de tendencias.

En primer lugar, las consecuencias públicas de las acciones privadas por la interconexión y complejidad de las relaciones económicas, sociales, tecnológicas, es un fenómeno innegable. Un contrato de construcción tiene impactos ambientales; un acuerdo entre empresas incide en el mercado y la competencia; una imputación de responsabilidad a un operador de Internet incide en el funcionamiento de la red; una afirmación en materia familiar puede tener efectos discriminatorios; un incremento de precio en un contrato afecta a los consumidores y así, sucesivamente.

Por esta razón, el Código establece un orden público de coordinación entre el ejercicio de los derechos individuales y los de incidencia colectiva, incluyéndolo en el Título preliminar para darles un carácter general (art. 14 CCCN). Los derechos individuales pueden ser ejercidos, pero con buena fe (art. 9 CCCN) y con prohibición del abuso del derecho (art. 10 CCCN),

⁵ Ampliamos en LORENZETTI, “Introducción”, *Código Civil y Comercial de la Nación* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2014).

lo que permite sostener cierta articulación social.⁶ Los derechos económicos y de propiedad se relacionan con la organización del mercado (art. 11 CCCN) y el ambiente (art. 240 CCCN).

En segundo lugar, estamos asistiendo a una transformación del estatuto del poder constitucional. La tecnología disolvió la distancia entre gobernantes y gobernados que ofrecía la intermediación en el siglo XX. El control social y judicial se ejerce en plazos muy breves y cada decisión de gobierno es impugnada, prácticamente, en el mismo día en que se adopta.

La consecuencia es que los sistemas políticos de base electoral resultan fuertemente incentivados a orientarse hacia decisiones que confieran beneficios a quienes los votan, ya que nadie gana elecciones prometiendo costos.⁷

Los problemas más complejos requieren soportar costos actuales para obtener beneficios futuros, y por esa razón se trasladan hacia los sectores que no dependen de los sistemas electorales. Ello explica la judicialización creciente de los conflictos. Los poderes judiciales deben resolver cuestiones sobre discriminación, filiación, cambio climático, presupuesto, conflictos de coparticipación, enfrentar el narcotráfico o el terrorismo y un largo etcétera que conforma una agenda inimaginable hace cincuenta años.⁸

El repliegue de la doctrina de las cuestiones no justiciables, es evidente. Ello incrementa los casos difíciles con efectos colectivos que implican una lógica jurídica diferente.

La decisión razonablemente fundada

La decisión es un juicio de concretización,⁹ en el sentido de que obliga a quien decide a examinar el ordenamiento jurídico, sus diversas fuentes, identificar la coherencia y con base en las pruebas producidas, resolver

⁶ Ronald DWORKIN, *El imperio de la justicia* (Barcelona: Gedisa, 1992).

⁷ Nicolas BERGGRUEN y Nathan GARDELS, *Intelligent governance for the 21st Century. A middle way between West and East* (Cambridge: Polity Press, 2013).

⁸ Una enumeración de temas abordados por la CSJN puede verse en la Sentencia “Anadon” (Fallos: 338:724), considerando 12.

⁹ Se puede ampliar en Friedrich MÜLLER, con su teoría estructurante del derecho, desarrollada en su obra “Normstruktur und Normativität” (Berlin: Duncker & Humblot, 1966).

el caso, de modo que se establezca una regla aplicable a otros supuestos similares y cuyas consecuencias económico-sociales sean sustentables.¹⁰

Este tipo de razonamientos es más complejo, que el simple silogismo, textualismo o bien el originalismo.

En el contexto actual, se requiere un razonamiento más completo, con argumentos sólidos, que consiste en lo siguiente:

1. Primer paso: la delimitación de los hechos (elemento fáctico), la identificación de la norma aplicable (elemento normativo), para elaborar el juicio de subsunción (elemento deductivo).
2. Segundo paso: comprobar que la solución deductiva sea coherente con los precedentes judiciales en los que se establecieron reglas jurídicas para casos con circunstancias fácticas similares (elemento de consistencia), a fin de garantizar que la ley se aplique en forma igualitaria y previsible.
3. Tercer paso: requiere asegurar que la solución también sea coherente con el resto del sistema jurídico, cuyas reglas es preciso armonizar (elemento de coherencia).
4. Cuarto paso: debe enfocarse en las posibles repercusiones futuras de la solución (elemento consecuencialista).¹¹

La exigencia de fundamentar mediante argumentos suficientes y circunstanciados al caso ha sido incorporada en el Código Civil y Comercial de la Nación, que establece: “El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada” (art. 3).

El requerimiento de una decisión razonablemente fundada es una regla que tiene relación con la seguridad jurídica, porque da estabilidad a las decisiones y permite el control sobre la base de los argumentos. Su pu-

¹⁰ Ello, en el marco de una concepción moderna del proceso que, como dice la CSJN “... exige poner el acento en el valor “eficacia” de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere” (Fallos: 334:1691).

¹¹ Véase, Corte Suprema de Justicia de Argentina, “Price” del 12 de agosto de 2021, voto del juez Lorenzetti.

blicidad hace a la transparencia de los actos de gobierno pilar del sistema republicano.¹²

También está relacionado con el pluralismo y la diversidad, porque es necesario asumir criterios comprensivos de las distintas posiciones para arribar a un consenso entrecruzado, que, si bien no será lo que cada uno desea, en cambio permitirá lo que todos desean, es decir, una sociedad ordenada acorde con un criterio más realista de justicia.¹³ El funcionamiento de las sociedades democráticas requiere de una “cooperación compleja”,¹⁴ y las decisiones judiciales pueden colaborar en ello. Por eso, la necesidad de una argumentación que busque equilibrios encaminados a la paz social,¹⁵ para lo cual es preciso desarrollar una arquitectura procedimental del razonamiento.

La decisión que solo se basa en la autoridad es cuestionada en los tiempos actuales, y esto genera elementos de presión muy fuertes sobre el sistema legal.¹⁶ No se cuestiona solo la decisión, sino la legitimación de quien la dictó.¹⁷

¹² Doctrina de Fallos: 342:1261.

¹³ John RAWLS, *Justice as Fairness. A restatement*, editado por Erin Kelly (Cambridge-London: Harvard University Press, 2001).

¹⁴ Richard SENNET, *Together: The rituals, pleasures and politics of cooperation* (London: Penguin, 2013).

¹⁵ Véase, Fallos: 344: 809, voto Lorenzetti.

¹⁶ Se ha dicho que en la Edad Media, los juzgamientos eran un espectáculo caracterizado por la sobreexcitación y la cruel satisfacción por la justicia ejecutada, lo cual se contraponen a la idea tímida y vacilante que nuestras sociedades han desarrollado sobre la justicia. Véase, Johan HUIZINGA, *El otoño de la Edad Media*, traducción de Jorge Gaos (Madrid: Alianza, 1993). Este autor contraponen esa visión con la actual, obviamente fundada en el debido proceso, que fue una conquista respecto del juzgamiento medieval. Otros, en cambio, sostienen que hay un retorno a la Edad Media, en el sentido de que la sociedad retorna al espectáculo, a la pasión por la ejecución.

¹⁷ Por ejemplo, si fuera un juez/jueza, se cuestiona su autoridad (criticando su formación, sus concepciones sobre la vida, calificándolas como parciales y discriminatorias), se lo conecta con otras cuestiones que lo desmerecen (vinculaciones políticas, económicas, etc.), se lo amenaza con pedidos de juicios penales, políticos, denuncias mediáticas, se recurre su decisión, de modo interminable (ante tribunales superiores nacionales y transnacionales), se plantea el mismo conflicto ante varios jueces, se libra una batalla mediática, se construyen escenarios de presión para obtener una resolución favorable. La tarea de decidir los complejos conflictos que presentan las sociedades actuales se ha vuelto altamente insalubre para cualquiera que intente afrontarla.

Tanto la crítica sobre el discurso, como la deslegitimación de la autoridad de la cual emana, tienen un alto impacto sobre el Derecho, porque se llega a una discusión permanente que no termina, con lo cual la ley se transforma en un consejo no obligatorio y la decisión del conflicto no genera cosa juzgada. Si bien ello es más común en países con instituciones débiles, es un fenómeno que se va generalizando.¹⁸

La protección de los ciudadanos requiere fortalecer las instituciones, y que el discurso jurídico recupere su capacidad de convencer.¹⁹

La sentencia debe fundarse en argumentos comprensibles para que la sociedad hable el lenguaje del derecho y no se afecte el carácter persuasivo que también deben tener los precedentes. En esta tarea es importante la “transparencia argumentativa” en dos planos, que veremos seguidamente:

El primero se refiere a los principios y reglas, donde la tarea del juez o de la jueza es explicar la colisión que se produce y por qué otorga primacía a uno sobre otro. El segundo es el tema de lo que no se dice, los principios ocultos o ideología o paradigmas de la decisión, porque un mismo caso, con una misma ley, es decidido de modo diferente por distintos jueces basados en esas valoraciones.

La importancia de la distinción entre reglas y principios

Los conflictos difíciles requieren siempre un razonamiento complejo, que implica entender que la justicia no es todo o nada, sino dar a cada uno lo suyo, lo que normalmente requiere un juicio de ponderación.

¹⁸ Un panorama elocuente lo da Roberto BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva “quantistica”* (Milano: Franco Angeli, 2013).

¹⁹ Para este propósito es interesante recordar a HUME: “Para aquellos que estudian las relaciones humanas desde un punto de vista filosófico, no hay nada más sorprendente que ver la facilidad con que muchos son gobernados por unos pocos y observar la sumisión implícita con la que los hombres renuncian a sus propios sentimientos y pasiones en pos de aquellos de quienes los gobiernan. Cuando cuestionamos qué causas provocan esta magia, observamos que mientras la fuerza está siempre del lado de los gobernados, el único sustento de los gobernantes es la opinión. De este modo, entonces, podemos afirmar que el único sustento de los gobiernos es la opinión, y esta máxima se extiende tanto a los gobiernos más despóticos y militares, como a los más libres y populares.” Robert BURT, *Constitución y conflicto* (Buenos Aires: Eudeba, 2000).

Para estos fines, la distinción entre principios y reglas es de fundamental importancia para garantizar la razonabilidad de las decisiones jurídicas.

Las reglas (por ejemplo, “el límite de velocidad máxima es de 100 km”) tienen una determinación precisa del supuesto de hecho, de manera que su aplicación consiste en subsumir los hechos en la regla y deducir la solución (deducción). Uno no puede decir que por razones de principio no la respeta o que tiene otro principio más importante en el caso (por ejemplo, urgencia, porque pierde el trabajo) y dejar de lado la regla: se obedece o hay una sanción.

Los principios son indeterminados, porque no tienen un supuesto de hecho específico (por ejemplo, si se utilizara un principio en lugar de una regla para regular la velocidad, diría “conduzca de manera prudente para no dañar a otro”, pero ello sería muy difícil porque cada conductor haría una valoración diferente, demandaría mucho trabajo tomar la decisión sobre la velocidad a cada instante (altos costos de transacción) y ocasionaría una gran inseguridad, porque los demás no sabrían de antemano cómo decide otro conductor en cada situación). Al no haber un supuesto de hecho, no se aplica la deducción (subsumir el hecho en el derecho). Los principios son guías para el razonamiento legal, y ordenan que se cumplan lo máximo posible, porque siempre habrá otro principio con el cual se contraponen.²⁰

Pero la colisión entre principios no puede resolverse mediante una opción, sino que requiere una ponderación, puesto que frente al caso concreto hay que sopesar cómo se mide la importancia de cada uno de ellos.²¹

La diferencia tiene su explicación. Los principios proclaman un valor, son mandatos de optimización, mientras que las reglas, aun siendo funcionales

²⁰ Véanse: Robert ALEXY, *El concepto y la validez del Derecho* (Barcelona: Gedisa, 1994); *Teoría de la argumentación jurídica* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989); *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993).

²¹ “En el caso no se trata de una antinomia de reglas, sino de una colisión de principios. La diferencia es relevante a la hora de argumentar y resolver un conflicto, porque el primer supuesto conduce a aplicar una de ellas y excluir a la otra ya que sus efectos son incompatibles, mientras que la aplicación de un principio no desplaza al otro, sino que lo precede conforma el juicio de ponderación en el caso concreto encontrando un punto de equilibrio (arg. de Fallos: 337:205, voto del juez Lorenzetti, considerando 13). Los principios son normas que establecen juicios de deber ser que receptan valores aspiracionales, de modo que su configuración normativa es, *prima facie*, inacabada y susceptible, por lo tanto, de ser completada”. Corte Suprema, Fallos 344: 1151, voto juez Lorenzetti, considerando 7.

a la realización de algún valor, no hacen referencia explícita a este, sino que imponen, directamente, un determinado comportamiento.²²

La tarea de la sentencia judicial es exponer un principio, cómo se desarrolla su plena satisfacción a costa de otro competitivo con él, y explicar por qué se logra un equilibrio.²³

El problema de los paradigmas en la decisión

El vocablo “paradigma” tiene muchos sentidos diferentes. En nuestro caso se hace referencia a los modelos decisorios que tienen un estatus anterior a la regla y condicionan las decisiones.²⁴ Quien solo se basa en paradigmas, da preeminencia al contexto por sobre la norma, mediante un procedimiento que consiste en subsumir un término legal en un contexto que le da sentido, y que no es el ordenamiento, sino el modelo de decisión adoptado por el intérprete de antemano.

En algunos casos estos paradigmas surgen de la formación previa de quien toma la decisión. La solución puede ser diferente si quien la toma es formalista, intervencionista, realista, feminista, racista, conservador, progresista, como se advierte en los ejemplos que damos más adelante.

Los problemas que plantean los paradigmas son su falta de control por parte del ciudadano porque permanecen ocultos; la falta de articulación entre las distintas visiones y la expansión de paradigmas pensados para una realidad a otra. Desde otro punto de vista, plantean incentivos que pueden ser perjudiciales para el sistema republicano de balance de poderes.

Supongamos que hay dos grupos, uno blanco y otro azul; el primer incentivo será que si gobiernan los blancos intentarán designar jueces de su mismo color, lo cual ha sido frecuente en la historia del derecho. En una

²² Stephen PERRY, “Two Models of Legal Principles, 82 *Iowa Law Review* n°. 787 (1997): 788: “In other words, the explicit content of principles is value oriented, whereas that of rules is action-oriented”.

²³ Véase: CSJN, Fallos: 344: 809, voto del juez Lorenzetti; Fallos: 332:1835, voto conjunto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni; causa “Price” del 12 de agosto de 2021, voto del juez Lorenzetti.

²⁴ También se los ha denominado “principios ocultos” o “programas informales”, refiriéndose con ello a las reglas no explícitas de la actuación judicial. Guido ALPA, “I principi generali”, en *Trattato de Diritto Privato*, editado por Giovanni Iudica y Paolo Zatti (Milano: Giuffrè, 1993).

sociedad más evolucionada se designarían jueces blancos y azules, para que haya un equilibrio en las decisiones.

Sin embargo, en la actualidad, cuando predomina el multiculturalismo, ello no es suficiente, porque habrá problemas transversales a los colores ideológicos en los que blancos coincidirán con azules, y habrá muchos otros grupos (rojos, verdes, amarillos) que no se sentirán representados.

Por esta razón, el derecho requiere, cada vez más, juristas capaces de comprender la diversidad, trascendiendo su propia formación para hacer una sociedad más integrada.

Proponemos que resulta necesario establecer un mínimo de criterios de corrección que limiten la interpretación jurídica meramente subjetiva. Por ello sostenemos que se debe penetrar críticamente en el modelo, examinando sus límites y contradicciones internas, para explicarlo y armonizarlo en la decisión, teniendo en cuenta el modelo de la democracia deliberativa. Quien toma una decisión de este tipo es consciente de que existen valoraciones diferentes, pero que hay un “metavalor”, que es el pluralismo de valores.

La sociedad pluralista actual encomienda a la Constitución la tarea de realizar la condición de posibilidad de la vida en común, dada la dificultad de establecer un proyecto de vida determinado. El objetivo por lograr es una sociedad más inclusiva, tratando de superar la dialéctica binaria amigo-enemigo.

El juez debe adoptar una actitud prudencial basada en la persuasión, el análisis enfocado en problemas y la búsqueda de la pacificación, antes que la imposición de una verdad determinada o su verdad.

Como lo ha recordado la Corte Suprema, nuestro sistema constitucional no admite que los jueces se guíen en la determinación del derecho aplicable al caso, por sus patrones o valoraciones personales.

Algunos ejemplos

¿Qué hacer con el mercader de Venecia?

Supongamos que una persona ha solicitado un préstamo de dinero, pero llegado el vencimiento del plazo no puede cumplir porque su actividad se

ha visto seriamente afectada por causas ajenas a su voluntad, con lo cual el acreedor (Shylock) decide solicitar a la Justicia la ejecución de sus bienes. Un tribunal integrado por tres jueces debe decidir, opinando de la siguiente manera:

- El “juez formalista” dice que un contrato es ley para las partes y debe ser cumplido, sin tomar en cuenta ninguna otra consideración. Simplemente, aplica la ley que determina expresamente la sanción frente al incumplimiento y condena al deudor. Se trata de una decisión que aplica una regla y se basa en la justicia formal (considera que otros criterios ajenos al derecho no pueden tomarse en cuenta).
- El “juez piadoso” dice que las reglas deben ser moderadas por el abuso del derecho, la buena fe (cláusulas generales) y el principio protectorio de la parte débil. Sostiene que el juez no puede ser ajeno a la realidad económico-social y debe considerar aspectos como la crisis económica que afectó al deudor, la situación de los grupos menos aventajados y los objetivos distributivos que el derecho debe tener. Por lo tanto, decide intervenir modificando los términos del contrato para que el deudor pueda pagar. Es una decisión basada en principios, y que toma en cuenta criterios de justicia material.
- El “juez consecuencialista” coincide con el primero, y dice que la ley establece claramente la sanción por incumplimiento. Dedicar un amplio espacio de su argumentación a sostener que si la ley favorece al deudor, sin una buena razón, naturalmente habrá menos seguridad y menos contratos, porque quienes tienen aversión al riesgo no entrarán en un juego de esta naturaleza. Si alguien celebra un contrato espera que será forzado su cumplimiento, pero, si en lugar de ello el deudor se queda con el bien, no volverá a contratar en el futuro. Ese criterio destruirá la cooperación, porque para que esta exista y los contratos se celebren las promesas deben ser exigibles. Por lo tanto, un contrato legalmente exigible convierte un juego de solución no cooperativa en un juego de solución cooperativa; permite que los individuos cooperen y conviertan un juego de soluciones ineficientes en uno eficiente. La decisión está basada en una regla y se la controla mediante el análisis de las consecuencias.

Este debate, bastante común, muestra una postura basada en reglas (aplica una ley que contempla el caso) y la justicia formal (prioriza el procedimiento formal antes que el resultado, sin otras consideraciones que no sean jurídicas); otra basada en principios (toma en cuenta todo el sistema jurídico y hace dialogar las reglas y los principios) y la justicia material (toma en cuenta el estado socio-económico) y otra consecuencialista, que aplica la regla, pero la controla en función de las consecuencias que produce. A ello habría que agregar la opinión pública, que a lo largo de la historia ha leído la obra de Shakespeare (hemos modificado los hechos), y, en general, ha mostrado posturas contrarias al acreedor (Shylock). Se producen, entonces, tensiones derivadas de concepciones acerca del mundo (paradigmas) que pueden influir en los jueces, de modo gravitante, según las épocas.

¿Qué hacer con quien comete un delito por razones de necesidad?

Es ineludible citar este caso que se ha convertido en “clásico” y que ha sido planteado del siguiente modo: los acusados eran exploradores de cavernas que quedaron atrapados en una de ellas; luego de varios días, los rescatis-tas pudieron establecer comunicación con ellos y les dijeron que demorarían unos diez días más para poder sacarlos y que morirían de hambre si no se alimentaban; como no tenían alimentos, los exploradores consultaron si podían comerse a uno de ellos; no se encontró a ningún médico ni sacerdote, ni nadie que quisiera asumir la responsabilidad de autorizarlos. Cuando fueron rescatados, se supo que, a los veintitrés días, uno de ellos había sido asesinado y comido por sus compañeros. Se había establecido acuerdo entre ellos y un procedimiento de sorteo, con la anuencia de la víctima. Sometidos a juicio, los miembros de la Corte dijeron lo siguiente:

- El voto del presidente del Tribunal, Truepenni, dice que el juez de grado los sentenció a ser ahorcados porque la ley no permite discreción alguna respecto de la pena de muerte, y que, por más simpatía que se tenga, no se puede considerar la trágica situación en que ocurrieron los hechos porque la ley no lo menciona. Es una decisión basada en la justicia formal que decide con base en reglas, no reconoce grado de discrecionalidad del juez.

- El voto del ministro Foster dice que la conclusión de condena es “monstruosa” y que debe aplicarse el derecho natural, y que lo que estos hombres hicieron fue el resultado de un acuerdo entre ellos para resolver una situación que no difiere del contrato que autoriza al Estado a imponer la pena de muerte. El segundo fundamento es que la interpretación de la ley debe ser razonable, aunque ello no se ajuste estrictamente a sus términos. Es una decisión basada en la justicia material que admite corregir las reglas, desplazándolas por principios, en este caso de derecho natural.
- El ministro Tatting critica la posición de Foster y dice que la Corte es un tribunal de derecho positivo y no de derecho natural; pero sostiene que el caso lo perturba de un modo tal que no le ha encontrado solución y que no debió ser sometido a juicio, y que, por ello, él renuncia a participar en la decisión. Es una posición abstencionista, no admisible en nuestro derecho, donde el juez tiene obligación de fallar.
- El ministro Keen dice que la clemencia es cuestión que debe ejercer el poder ejecutivo, y que decir si fue justo, injusto, malo o bueno es ajeno al tribunal, que no debe aplicar sus concepciones de moralidad, sino la ley. Dice, además, que a sus colegas no les gusta lo que la ley dice, y por ello discuten, pero eso es moral, no derecho. Su argumento se basa en que el moralismo de la decisión de absolver tiene graves consecuencias en el mediano plazo, porque si el poder judicial hace excepciones, se convertirá en un peligro. Diciendo que una decisión rigurosa jamás es popular, propone la condena. Es una decisión basada en la justicia formal, procedimental, y consecuencialista, en tanto toma en cuenta el impacto de la decisión, en este caso, sobre el sistema de derecho futuro.
- El ministro Handy dice que se debe resolver con base en la sabiduría práctica, tomando el modelo del buen administrador que obra con eficiencia y sentido común, teniendo en cuenta la opinión de los gobernados. Recurriendo a la trascendencia social del caso y la opinión pública, sostiene la inocencia. Es una posición argumentativa que toma en cuenta el sentido común, entendido como la opinión de la mayoría.

Hallándose dividido el tribunal y habiendo ratificado su posición el ministro Tatting, se confirma la decisión y se ordena la ejecución de los acusados.

Este caso puede ser considerado fácil para muchos, mientras que para otros será extremadamente difícil, según la posición que cada uno tenga frente al derecho y al modo de decidir. Para algunos es aplicar la pena, para otros es valorar el estado de necesidad, ambos en el plano de las “reglas”; pero, para otros, es un problema de principios (de derecho natural o de derecho positivo).

El tema podría ser también analizado teniendo en cuenta si estamos dispuestos a mantener la solución en otros supuestos similares: si condenamos a los exploradores por asesinato, sin contemplar la situación, ¿deberíamos hacer lo mismo en el caso de un médico que separa a dos gemelas, muriendo una de ellas?; ¿mantenemos el mismo criterio en el caso de la eutanasia? El planteamiento no se refiere a la cuestión técnica de la analogía, sino a la percepción que puede tener la comunidad acerca de si los casos son resueltos aplicando los mismos criterios. Puede verse que hay fundamentos basados en reglas (el código penal), en principios (de derecho natural o positivo) y en concepciones ideológicas del juez (que llamaremos “paradigmas”).

Este último aspecto ha sido puesto de relieve en sucesivas discusiones sobre el tema; por ejemplo, sosteniendo que el caso tiene en mente a hombres blancos, varones y heterosexuales, y postulando que se deberían designar jueces feministas o de otro origen para equilibrar el juzgamiento, lo cual revela la importancia de la ideologías previas del juez.

El problema de la indeterminación del Derecho

La conclusión es que el derecho está sometido a un proceso de indeterminación creciente, es decir, que la decisión se adopta teniendo en cuenta criterios de todo tipo y concepciones diferentes que conviven de modo tenso y contradictorio. ¿Cuál es el problema práctico que ello produce?

El excesivo apego a las reglas (justicia formal) puede consagrar injusticias graves (justicia material), lo que ha llevado a trascender las reglas, pero, en muchos casos, sin saber exactamente qué hay más allá de ellas, y cómo debe trabajarse con principios y valores.

Un sistema basado exclusivamente en principios, también ocasiona problemas porque podría llevar a decisiones tomadas sobre la base de valoraciones personales, al producir con ello una gran inseguridad.

Muchos autores señalan que hay una “Babel jurídica”, en la que los conflictos no tienen un lenguaje común para su resolución, y en la que los debates se parecen a una guerra de posiciones irreductibles entre grupos, que piensan que la única salida es ganar o ser derrotados. Ello produce una crisis conceptual que podría llevar a un colapso, al diluirse progresivamente la especificidad del discurso jurídico y la posibilidad de tener un mínimo de orden jurídico compartido .

También podría sostenerse que no hay ninguna necesidad de “racionalizar”, porque, en definitiva, las decisiones se basan en la sabiduría profesional del jurista y en su experiencia.

Desde nuestro punto de vista y, en particular con base en algunas decisiones adoptadas en la Corte Suprema, se debe sostener lo siguiente:

1. El Estado de derecho exige decisiones que no se basen en la pura autoridad, sino en razones que puedan convencer a los ciudadanos logrando la paz social. De allí la importancia de la “decisión razonablemente fundada” (art. 3 CCCN).
2. La razonabilidad y el juicio de ponderación deben responder a criterios controlables. En este sentido, el Código Civil y Comercial tiene muchas normas que establecen procedimientos para razonar a fin de evitar la pura discrecionalidad; del mismo modo que en el derecho penal se define el contenido de la “sana crítica racional”.
3. Los controles judiciales se hacen mediante los recursos, pero también es importante el debate con participación ciudadana en audiencias públicas.
4. Es necesario que exista una regulación que permita que la sentencia fije de modo estable un precedente con una clara determinación de cuál es el contenido.
5. Es relevante el control de los procedimientos que permitan asegurar la designación de jueces imparciales, que tengan plena conciencia del rol que cumplen en la sociedad y estén dispuestos a exponer argumentos razonables que sean debatidos.

Con relación a la formación del juez-jueza sería importante sugerir criterios generales, como los siguientes:

- No debe sustituir las decisiones de las mayorías por sus propias convicciones, sino tratar de reforzar los procedimientos, para que estas se expresen (posición procedimental).
- Debe identificar los consensos básicos de la sociedad para que la vida en común sea posible, y no sustituirlos por sus propias apreciaciones.
- Debe ser consciente de que existen principios y valores en tensión, pero que hay un “metavalor”, que es el pluralismo de valores. La sociedad pluralista actual encomienda a la Constitución la tarea de realizar la condición de posibilidad de la vida en común, y abandonando la de establecer un proyecto de vida determinado. El objetivo por lograr es una sociedad más inclusiva, tratando de superar la dialéctica amigo-enemigo.
- El juez no es necesariamente un científico, en el sentido de que su preocupación principal es citar doctrina, jurisprudencia y, en virtud de ello, construir un concepto normativo preciso. Nunca ha sido así, ya que los jueces no ejercitaron la *ratio especulativa* sino la *juris-prudentia*, es decir, la persuasión, el análisis enfocado en problemas, y la búsqueda de la pacificación.
- El juez debería utilizar como argumentos básicos las razones que se darían recíprocamente dos personas que dialogan para ponerse de acuerdo y buscan elementos de consenso, siempre que exista una situación igualitaria, libre de coacciones y en igual capacidad.

Se debería tomar en cuenta el grado de maduración que la sociedad muestra sobre la concepción de la justicia, entendida como los principios morales que aceptarían personas libres, iguales, racionales y razonables que permitan una convivencia basada en la cooperación y que no son otros que los del Estado de derecho constitucional.

Bibliografía

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989).

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994.
- ALPA, Guido. “I principi generali”. En *Trattato de Diritto Privato*, editado por Giovanni Iudica y Paolo Zatti. Milano: Giuffrè, 1993.
- BERGGRUEN, Nicolas y Nathan Gardels. *Intelligent governance for the 21st Century. A middle way between West and East*. Cambridge: Polity Press, 2013.
- BIN, Roberto. *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva “quantistica”*. Milano: Franco Angeli, 2013.
- BURT, Robert. *Constitución y conflicto*. Buenos Aires: Eudeba, 2000.
- DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa, 1992.
- HUIZINGA, Johan. *El otoño de la Edad Media*, traducción de Jorge Gaos. Madrid: Alianza, 1993.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Las normas fundamentales de derecho privado*. Sante Fe: Rubinzal y Culzoni, 1995.
- LORENZETTI, Ricardo. *Fundamentos del derecho y razonamiento judicial*. Bogotá: Editorial Ibáñez - Universidad Javeriana, 2011.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. “Introducción”. *Código Civil y Comercial de la nación*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2014.
- LORENZETTI, Ricardo. “Remedios judiciales complejos en el litigio ambiental. La experiencia argentina”. *Revista La Ley*, n.º 31, A, año LXXXI (13 de febrero de 2017): 1-6.
- MÜLLER, Fiedrich. *Normstruktur und Normativität*. Berlin: Duncker & Humblot, 1966.
- PERELMAN, Chaim y Lucie Olbrechts-Tyteca. *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Madrid: Gredos, 1989.
- PERRY, Stephen. “Two Models of Legal Principles”, *82 Iowa Law Review*, n.º 787 (1997): 788.
- RAWLS, John. *Justice as Fairness. A restatement*, editado por Erin Kelly. Cambridge-London: Harvard University Press, 2001.
- SENNET, Richard. *Together: The rituals, pleasures and politics of cooperation*. London: Penguin, 2013.