



Revista de la Facultad de Derecho

ISSN: 0797-8316

editor@fder.edu.uy

Universidad de la República

Uruguay

Pintos Bentancur, Clementina

Subjetividad, Convicción e Imparcialidad judicial: El Juicio Lógico

Revista de la Facultad de Derecho, núm. 39, julio-diciembre, 2015, pp. 315-332

Universidad de la República

Montevideo, Uruguay

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=568160375013>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Recepción: 15/04/2015  
Aceptación: 03/08/2015

Clementina Pintos Bentancur 

## Subjetividad, Convicción e Imparcialidad judicial: El Juicio Lógico

*Judicial Impartiality, subjectivity  
and conviction: the Logical Judgement*

**Resumen:** *Diversos estudios doctrinarios se han realizado respecto a los aspectos procesales más puros de la sentencia. Pocos de ellos, en cambio, se han detenido a examinar con relativa minuciosidad un elemento clave en la decisión judicial: la convicción psicológica del juez.*

*Nos centramos en una primera instancia, sobre los aspectos procesales que componen a la sentencia, como sus elementos, su naturaleza, la valoración de la prueba y los principios que la delimitan; llegando en último término al juicio lógico en propiedad.*

*Desde un punto de vista sustancial, transitamos por diferentes elementos relacionados íntimamente con la convicción del juez y sus limitaciones, como la imparcialidad, la discrecionalidad y la valoración al dictar sentencia.*

*A través de diversas reflexiones y análisis jurisprudencial, así como de un breve estudio comparativo respecto al derecho anglosajón, llegaremos a demostrar que la utilidad que le reputa a nuestro sistema la subjetividad judicial, es indudablemente apreciable.*

*Contemplamos, asimismo, a lo largo del trabajo, potenciales mecanismos que podrían ejercer un control sobre este elemento tan abstracto, llevándolo a cumplir su función fundamental: hacer justicia.*


**Palabras clave:** *juicio; subjetividad; convicción; decisión; imparcialidad; discrecionalidad*

**Abstract:** *There are several studies on the procedural aspects of the judicial decision. However, only few of them have examined a key aspect of such decision: the psychological conviction of the judge.*

*We focus, firstly, on the procedure aspects which compose the judgment, such as its elements, its nature, evidence and its evaluation principles; arriving, finally, to the logic judgment itself.*

*From a substantial view, we pass through different elements which are closely re-*

 Facultad de Derecho, UdelaR.

 clementina.pintosben@gmail.com

*lated with the conviction of the judge and its limits; such as neutrality, discretionality and assessment when delivering the decision.*

*Throughout different reflections and case law analysis, including a brief study on common law, we conclude that judicial subjectivity is much appreciated in our system.*

*As well, we consider through this paper, possible mechanisms that assure control on such an abstract element, always taking into consideration its main purpose: bring justice.*

**Keywords:** *trial; subjectivity; conviction; decision; impartiality; discretionality*

## Prefacio

La sentencia es el punto álgido del proceso, tanto así que puede llegar a ponerle fin al mismo. Es la forma que tiene el tribunal de comparar la pretensión introducida por las partes y el Derecho Objetivo.

Sin embargo, el positivismo y la contemplación de la normativa son sólo la parte estática en la estructura de la decisión judicial. Existe un elemento más humano, más vivaz y tal vez más volátil: la convicción psicológica del juez. Este último constituye el objeto de este trabajo, junto con algunos cuestionamientos que indefectiblemente de él se derivan.

No se pretende realizar un agotamiento del tema, sino una breve aproximación a una faceta de esta materia que consideramos ha sido relegada y poco estudiada.

## Aspectos Procesales

### *Elementos generales de la sentencia*

En primer lugar, consideramos necesario detenernos brevemente en el concepto de “sentencia”. En cuanto a su naturaleza, se trata de un acto procesal que emana de un órgano jurisdiccional, a través del cual el mismo emitirá oportunamente un juicio, según la conformidad o disconformidad de la pretensión del actor respecto al Derecho objetivo.

Es el acto de terminación del proceso por excelencia. Acogerá o no, entonces, lo solicitado por la parte, a través de un complejo proceso que tiene como finalidad llegar a alcanzar la justicia más pura aplicada al caso concreto.

Formal y teóricamente, podemos expresar que la sentencia o fallo judicial está compuesto por dos elementos fundamentales: el acto de voluntad y el juicio lógico.

El primero, refiere a la declaración realizada por el magistrado con contenido

decisorio. Podría decirse, en este caso, que el juez es la voluntad del Estado, la voz de la ley.

El juicio lógico, en cambio, consiste en comparar la pretensión y la norma, para decidir la conformidad o disconformidad de unas con otras. Esta decisión tomada por el tribunal, no está sometida –en gran medida– a reglas fijadas a priori, sino a una denominada “convicción psicológica”. Aquí empieza nuestra cuestión.

### *El juicio lógico*

Una definición tamizada es expresada por Tarigo y versa como leemos a continuación: “El juicio lógico consiste en la comparación o cotejo entre la pretensión formulada en el proceso y la norma o el conjunto de normas aplicables al caso concreto, para deducir de tal operación la conformidad o disconformidad de la una con las otras.”

Por su parte, el autor italiano Piero Calamandrei ha dedicado dos trabajos a ahondar en esta operación lógica realizada por el tribunal. En el primero (*“La génesis lógica de la sentencia civil”*), ampliamente anterior en el tiempo que el segundo, presenta al juicio lógico como un silogismo, el “silogismo judicial”. Así, plantea una forma judicial de proceder con causas y efectos inequívocos, excluyendo totalmente cualquier elemento externo que no tenga relación con este razonamiento –si se quiere, hasta matemático– para configurar una sentencia.

Años después, en su trabajo *“Proceso y Democracia”*, el autor revé su propia teoría, preguntándose si es realmente posible el desarrollo de un proceso de naturaleza tan pragmática como el que plantea inicialmente. Así, escribe: “Podemos concluir que reducir la función del juez a una simple actividad de hacer silogismos significa empobrecerla, hacerla estéril, disecarla.” Lo que concluye, en definitiva, es que esa operación tan compleja que lleva a cabo el tribunal, no puede ser reducida a simples fórmulas o procesos puramente lógicos, sino que existe un elemento humano, el de la conciencia y psiquis del juez, que al decir de GUASP, no está sometida a reglas fijadas a priori.

### *Naturaleza de la decisión*

Luego de esta breve reseña explicativa sobre nuestro objeto, nos encontramos mejor posicionados para cuestionar la naturaleza de la decisión judicial.

Reiteramos la idea de la presencia obligatoria de los dos elementos mencionados: el “jurídico” (la comparación de la pretensión con la norma) y el “psicológico”, enfatizado por Calamandrei y señalándolo como “La creación que emana de una conciencia viva, sensible, vigilante, humana”. Ahora bien, exploremos el móvil de la decisión. Dijimos que esta conclusión por parte del tribunal no se basa en reglas fijadas a priori, sino en gran parte en el convencimiento psicológico (y por qué no, subjetivo), entonces *¿cómo puede ser cuestionable este aspecto de la sentencia?*

Una providencia judicial puede ser atacada o cuestionada por la generación de dos tipos de errores: de fondo o de forma. El error in procedendo (de forma) puede asociarse más bien al primer elemento mencionado (el “jurídico”), mientras que el error in iudicando (de fondo) se relacionaría con el psicológico. Sin embargo, creo –desde el humilde punto de vista que tuvo a dar con este trabajo– que esa “conciencia viva” de la que habla Calamandrei, va más allá de un error de fondo, sino que atañe a un aspecto más vago, obtuso y abstracto –y por ende más difícil de cuestionar: la voluntad subjetiva del hombre. ¿Podría hablarse entonces de la potencial existencia de un tercer tipo de error que incumba a los estímulos psicológicos de los magistrados? Es posible. En tal caso, estaríamos abrumados por un problema de compleja naturaleza: el cuestionamiento de una decisión subjetiva.

### ***Los elementos probatorios y su valoración***

Es elemental, creemos, para poder entender la decisión judicial, detenernos en un punto fundamental y determinante de la misma: la prueba y su valoración.

Devis Echandia en su “Teoría General de la Prueba Judicial”, comienza abriendo camino en el tema de esta obra a través de una introducción a la prueba en su noción más amplia. El autor la tiene presente “en todas las manifestaciones de la vida humana”, en todas las ciencias y actividades. “Nadie escapa –expresa– a la necesidad de probar, de convencerse de la realidad o de la verdad de algo”.

Este significado externo al derecho, se adapta, precisa y restringe, para ser tomado como propio de la disciplina. Considerando el aporte que la prueba tenga respecto al proceso, distintos autores han planteado los respectivos conceptos sobre el tema en cuestión. Debido a que el objetivo de este trabajo no es ahondar en la temática de la prueba en especial, hemos seleccionado el concepto propuesto por Tarigo, que atañe a la problemática tratada a nivel general. Así, desde un punto

de vista subjetivo, el autor define a la prueba como el intento de lograr el convencimiento psicológico del juez con respecto a la existencia o inexistencia de un hecho alegado por las partes; considerándola desde el aspecto de su resultado.

Será entonces, como hemos mencionado, un eslabón fundamental a la hora de la interpretación final realizada por el juez. Sin embargo, para que la misma pueda cumplir su función con fehaciencia, se encuentra delimitada y delineada por diversos principios generales. A continuación, mencionaremos brevemente algunos de ellos, relevantes a nuestro objeto de estudio.

El primero, se trata del conocido “principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos”. Se refiere en primera instancia, a la necesidad de que los hechos en los que se funde la decisión judicial, se demuestren a través de pruebas aportadas por las partes o por el juez (en el caso de que éste esté facultado para tal función, como consagran expresamente los artículos 24 y 25 de nuestro Código General del Proceso). Lo esencial a estos efectos, y relacionado con lo que nos compete, es evitar que el juez utilice su conocimiento privado para fundar en él la sentencia. Klett y Baluga en su trabajo “Principios de la prueba en el sistema procesal civil”, expresan: “los hechos del proceso no podrán fijarse en función del conocimiento privado del juez, sin que exista medio de prueba que lo demuestre” (2000, 75). Mediante este principio y los mecanismos que de él se desprenden, se enmarca el accionar del magistrado en lo relativo a la pesquisa y valoración de la prueba. Cuando, en contrario, el juez utilizara un conocimiento particular, le sería imposible psicológicamente poder expresarse con la objetividad debida, ya que estaría juzgando al hecho con su propia percepción. En efecto, el origen de este principio se encuentra en que el magistrado no abandone la imparcialidad que lo caracteriza.

En una segunda instancia, tenemos el principio “de la imparcialidad del juez en la dirección y apreciación de la prueba”, íntimamente relacionado con el explicado con anterioridad. Más allá de los mecanismos expresamente establecidos a la hora de la valoración, el juez debe estar siempre orientado por el criterio de averiguar la verdad. Como hemos apreciado, la imparcialidad es aplicable tanto al proceso en su totalidad como a esta instancia en particular. Este precepto es, entonces, otro aporte más a las líneas directrices esbozadas para hacer llegar el proceso psicológico del magistrado a buen puerto.

El último principio que hemos seleccionado se trata del “de la evaluación o

apreciación de la prueba”. Como explicaremos más adelante, existen diversos sistemas o mecanismos de apreciación. Cualquiera sea el utilizado, la función de la prueba siempre será la misma: llevar la convicción al juez sobre hechos determinados. Así, reflexionan algunos autores sobre lo delicado de la tarea que se le encomienda al magistrado. Justamente, que se haga justicia, depende en muchos casos, del acierto o error en la instancia valorativa tratada en este apartado.

Luego de este breve pasaje por el concepto de la prueba y algunos principios que la rigen, nos inmiscuiremos en el punto álgido de este segmento que determinará en gran parte la suerte del proceso: la valoración. Dice Devis Echandía, que por valoración o apreciación de la prueba judicial se entiende “la *operación mental* que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido.” (1981, 287) Así pues, encontramos en esta definición, una vez más, la presencia translucida de un posible elemento subjetivo en la operación realizada por el juez. Cabe la aclaración: indicamos la *posibilidad* de la existencia del elemento subjetivo, ya que, como se verá más adelante, hay diversos sistemas más o menos flexibles al momento de la valoración.

Pasemos entonces, a mencionar estos sistemas. Indicamos la existencia de tres: el sistema de la “prueba legal o tasada” (donde el juez actúa y decide de acuerdo a reglas preestablecidas en la ley); el de la “sana crítica” (donde se exige un proceso de razonamiento en el cual el juez respeta las reglas de la lógica y las denominadas “máximas de experiencia”), y finalmente el de “libre convicción”. Naturalmente, será éste el que interesa más a los efectos de su fisonomía y objeto del presente artículo. Se trata de aquel en que el juez tiene la libertad de apreciar la prueba con arreglo a las convicciones que le parezcan. Así, decía Couture, citado por Tarigo, (2012, 32): “Dentro de este método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aún contra la prueba de autos.” Sin embargo, la libertad otorgada se ve limitada en cierta forma por la obligación de los jueces de explicar los motivos que lo llevaron al mencionado convencimiento: este aspecto opera de alguna manera como garantía para el correcto desarrollo de la justicia, sumado a la teórica correcta formación de los magistrados y la revisión realizada por tribunales superiores.

Como corresponde apreciar, esta es otra instancia en la que la subjetividad y la libertad son ciertas hasta el punto en el que directa o indirectamente, se establecen limitaciones o lineamientos que procuran ofrecer garantías y no dejar librada la decisión a una potencial mera arbitrariedad judicial. Sin embargo ¿qué



*tan efectivas pueden ser estas garantías? ¿Hay elementos del juicio subjetivo que podrían escapar a ellas?* Quizás, no sean las preguntas del todo acertadas a realizar en torno a la valoración de la prueba. Por supuesto, consideramos la esencialidad de un elemento garante de una buena definición. Sin embargo, tendemos a volver al carácter abstracto de la psiquis al que nos referimos inicialmente: el control es muchas veces inabarcable.

En particular en este apartado, creemos que la presencia del razonamiento psicológico no debería considerarse como negativo, sino, al contrario, como algo necesario para poder llegar a un buen fallo. Autores como Gross, llegan incluso a denominar este proceso como “psicología judicial”: en un proceso tan complejo como lo es la valoración, en donde se cristaliza la presencia de infinidad de elementos humanos, debe existir una forma de interpretación que permita captar costumbres, capacidades, habilidades, opiniones. Este proceso deberá ser llevado a cabo dejando simpatías y antipatías; prejuicios y preconceptos, como ilustra Devis Echandia. Henos aquí con el elemento psicológico en la valoración de la prueba.

## **La decisión judicial**

### ***La imparcialidad del tribunal***

Pasando de largo a la sentencia en sí misma, otro asunto de particular relevancia, es el de la imparcialidad del tribunal.

Si nos encontramos con la existencia de un juicio lógico donde se ve reflejada la voluntad del juez, la línea divisoria entre un proceso de racionalización psicológico y una decisión autoritaria podría volverse muy estrecha. A este respecto es que se destaca la existencia del elemento jurídico (la comparación de la pretensión con la norma), que sería el responsable de enmarcar a la decisión dentro de los límites legales. Sin embargo, reiteramos que este aspecto psicológico es en extremo abstracto, por lo que es difícil determinar la no imparcialidad por parte del tribunal: puede actuar conforme a derecho, pero igualmente escapar mediante este proceso lógico, al deber jurídico que le es impuesto.

Justamente, una de las batallas más duras contra las que se lucha en el fallo judicial, es la parcialidad. Expresa Brignole que varios diccionarios de nuestro idioma definen a la parcialidad como una “presencia apasionada usada en el lenguaje jurídico. Significa –agrega el autor– algo exento de justicia, de legalidad.”

(1901, 117) Revisten estos conceptos especial importancia: debe el juez regirse por todos los principios y preceptos anteriormente impuestos y por la fuerza de la razón; considerando que aunque “también tiene pasiones como todo hombre”, debe prevalecer la buena evaluación desde un punto de vista general y estable y el ajuste de sus pretensiones psicológicas lo más que se pueda a derecho; evitando las decisiones puramente sentimentales basadas en falsas percepciones. En efecto, un juicio justo requiere que el magistrado no tenga ninguna opinión formada respecto a las partes ni relación con sus intereses; también deberá prescindir de la existencia de presiones externas que induzcan a decidir de determinada manera.

Al haber casos en donde la imparcialidad no es manifiesta o clara, la misma se examinará desde dos ópticas: la subjetiva y la objetiva. En el primer caso, se busca establecer la convicción personal que ha impulsado a obrar al juez en una causa específica; en cambio desde el punto de vista objetivo, se determinará si el mismo ha ofrecido garantías para que no existan dudas respecto a su imparcialidad. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos avala esta forma de estudiar la posición del juez, expresando que el mismo será imparcial solamente si ha sorteado ambas “fases”. Cuando el tribunal carece de prejuicios o parcialidades personales, sumado a que no inspira dudas respecto a este aspecto, el juicio será considerado justo.

En el “Proyecto de Declaración sobre la Independencia de la Justicia”, se prevén –además de los objetivos y funciones adjudicados a los tribunales y magistrados– diferentes principios y mecanismos para asegurar la imparcialidad judicial. Los preceptos incluyen algunos de los lineamientos mencionados anteriormente: el fallo sin restricción, influencia, incitación, presión, amenaza o injerencia por cualquier motivo. El objetivo, justamente, es una aplicación no parcial e independiente del derecho; el reconocimiento de los Derechos Humanos y el imperio de la ley y la justicia.

Podría ser oportuno acotar, que ninguna sanción está prevista en nuestro ordenamiento jurídico respecto a una presunta imparcialidad. ¿Debería existir un tribunal externo que juzgue, ante una conducta denunciada de este tipo? Podría, quizás, ser una alternativa, adoptar en nuestro país, alguno de los mecanismos vistos anteriormente.

### ***Otros aspectos sustanciales de la decisión***

Analizaremos brevemente, algunos aspectos que atienen a la justificación en su contenido y proceder. Se trata de dos facetas concomitantes e intrínsecamente relacionadas que acompañan y definen al margen generado por la subjetividad judicial, que hemos descripto anteriormente.

### **Discrecionalidad e interpretación jurídica**

Retomando el hilo conductor del trabajo, partimos de la base que hay ciertas decisiones tomadas por el juez (“el margen subjetivo”) que no tienen justificación en el ordenamiento jurídico. Las mismas, son llamadas “discrecionales”.

Nos inmiscuiremos brevemente en este concepto de “discrecionalidad”. Existe una diversidad de criterios en cuanto a los elementos integradores de la discrecionalidad, más existe, prácticamente unanimidad en cuanto a la forma de definirla. Se trataría, dicen los autores, de un cierto margen de libertad en la toma de decisiones. Kelsen agrega que las decisiones discrecionales se tratan de un proceso que es fruto de una decisión libre, no vinculada –de manera estricta– con el Derecho.

Entre los autores, existen diversas teorías respecto a la existencia efectiva o no de la discrecionalidad, teniendo por un lado<sup>1</sup> a los que aseguran que hay una existencia absoluta de discrecionalidad en todos los casos (Guastini)<sup>2</sup>; a los que expresan que opera sólo en determinados casos por tratarse de decisiones con cierto nivel de “dificultad” para el juez (“casos difíciles”), siendo esta la postura de Hart<sup>3</sup>; y finalmente, están los autores que no conciben la discrecionalidad en ningún caso, tal como lo propone Dworkin. Creemos que, luego de lo expuesto en este trabajo, queda de manifiesto nuestra adherencia a la primera teoría, considerando que en mayor o menor medida, el magistrado siempre acaba por hacer uso de dicha libertad subjetiva que el poder de fallar le concede. Aclaremos “en mayor o menor medida”, debido a que, lógicamente, cada caso es diferente y asume un margen de aplicación subjetiva que varía según la solución que el mismo requiera. Incluimos aquí a aquellos casos “fáciles”, donde no se plantean problemas en las premisas que involucran los hechos con un determinado resultado, determinando así una solución más bien de corte lógico mecanicista.

Expresan los autores que uno de los rasgos distintivos de la discrecionalidad es la ausencia de estándares jurídicos aplicables. Adaptado a las decisiones judi-

ciales, podemos decir que el tribunal no tiene una “guía expresa” de cómo fallar, de cómo decidir (a diferencia, como veremos, en el derecho anglosajón donde existe un estándar de precedente obligatorio por el cual el magistrado necesariamente debe regirse). Como consecuencia, se traza una elección sobre criterios extrajurídicos. Sobre este punto nos detendremos más adelante. El tipo de discrecionalidad al que hemos estado refiriendo, tiene como base a la entendida “libertad positiva”, tratándose de un proceso en donde no se ha pautado qué norma seguir, siendo el magistrado el responsable de determinar las acciones a emprender. En estos casos, y como hemos analizado, no se trata de un proceso silogístico tomando premisas legales anteriores, sino que se trata, justamente, de una actividad de desarrollo y concreción del Derecho.

## La valoración

Volvamos al punto sobre los criterios a utilizar por el magistrado. Expresamos que, mediante ese margen llamado “discrecionalidad”, es posible llegar a una solución que no sea estrictamente justificada en el Derecho, sino en valoraciones ajenas al mismo. Este aspecto no implica necesariamente un acto arbitrario (justamente, es lo que queremos explicar y evitar), sino que se rige por estándares diferentes: la racionalidad, la ética, la moral, etcétera. Serán éstos parámetros complementarios y con igual importancia que los límites legales que son dispuestos por el ordenamiento jurídico.

Existen distintos tipos dentro de las razones que componen una cierta decisión judicial: las lingüísticas, empíricas, institucionales, económicas, valorativas, etcétera. Por la relación que tienen con el objeto de nuestro trabajo, trataremos brevemente esta última a continuación.

Las razones valorativas son aquellas que basan la elección de una cierta alternativa en un criterio puramente subjetivo, incluyendo el “buen sentido”; los preceptos morales y las nociones de justicia y humanidad que el juez posea, que hemos mencionado con anterioridad. Como hemos visto a lo largo de este artículo, se trata de un criterio vago, de difícil delimitación y control; pero necesario y aprovechable.

## Jurisprudencia

### *Caso A: Pensión Alimenticia*

A continuación, incluiremos un análisis jurisprudencial respecto a una sentencia dictada a través de un proceso civil ordinario.

Nos encontramos con un caso de pensión alimenticia, en donde la parte actora (madre) procura una re-evaluación del cálculo en cuanto a la cifra asignada para cubrir los gastos de dos menores (hijas), que se adapten y sean acordes al nivel de vida que las mismas llevan.

Se expresa que en la sentencia anterior hubo una falta de criterio en cuanto a la determinación de esta cifra, ingresando en diferentes rubros que aparentemente no hubieran sido cubiertos.

En la resolución, el tribunal esgrime argumentos varios en los que se puede visualizar la materialización de esa “creación emanada de una conciencia viva, sensible, vigilante, humana”, de la que habla Calamandrei, incluida en apartados anteriores. Si bien en los hechos se tienen presentes los ingresos pecuniarios de cada uno de los progenitores y demás factores de hecho, lo clave para llegar al resultado judicial es el razonamiento “psicológico” realizado por el tribunal.

Tenemos así, algunos de los argumentos mencionados. En primer lugar, la magistrada evalúa el monto solicitado por la parte actora en cuanto a la coherencia del mismo con los gastos que tendrían dos menores por separado en una determinada posición económica, comparándolo con los de su madre adulta. Se pregunta justamente: “¿Es posible que cada niña de 3 y 8 años supere tan ampliamente los gastos de su madre adulta? Nos parece que no.” Tenemos aquí, como expresamos, uno de los primeros indicios de esta subjetividad del tribunal translucido a través del citado juicio de valor.

En segundo lugar, se expiden sobre los gastos relativos a consultas psicológicas por parte de las menores como consecuencia de la separación de sus progenitores. Así, evalúan la utilidad y los motivos que tienen que ver con esta ayuda profesional, expresando que no todos los “hijos de padres separados” deben acudir a consultas psicológicas, y que por lo general lo hacen “porque sus progenitores no supieron finalizar la relación que una vez los unió” agregando que en

ocasiones los mismos utilizan a los niños como “herramienta de sus problemas no resueltos”. Finalmente, rematan este párrafo enunciando que han sabido percibir cierta agresividad por parte de ambos progenitores en los escritos presentados.

Pasados los factores considerados, el tribunal decide no considerar el recurso de apelación presentado por la parte actora (madre), manteniendo el porcentaje inicial establecido en una primera sentencia.

Luego de este breve análisis de la resolución, creemos encontrar claramente más de un indicio de esta convicción psicológica del juez. Los fundamentos sobre los puntos decisorios de la sentencia claramente no fueron definidos a partir de reglas a priori, sino que –por más que en aspectos técnicos se apeguen a los cuerpos legales– son producto del razonamiento psicológico puro por parte del magistrado. Se trata, justamente, esa exaltación de la conciencia humana aplicada al derecho.

Ahora bien, ¿de qué manera podríamos cuestionar los argumentos mencionados? Eso es lo que debemos plantearnos a modo de reflexión, utilizando como herramientas, los elementos teóricos que hemos presentado en el presente trabajo.

***Corte Suprema de Justicia (Colombia)/Sala de Casación penal. Sentencia 36784-28/4/2015***

El segundo caso seleccionado se trata de una sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en sala de casación penal.

Nos encontramos con el procesamiento de varios funcionarios del Gobierno colombiano, por presuntos crímenes tales como el concierto para delinquir especialmente agravado, falsedad ideológica en documento público, violación ilícita de comunicaciones, abuso de función pública, entre otros.

La singularidad que presenta este caso, es que los delitos enunciados fueron cometidos contra la Corte Suprema de Justicia, órgano que posteriormente debe evaluar y juzgar respecto a la situación de los acusados.

Justamente, uno de los alegatos presentados como defensa, fue un potencial incumplimiento de la imparcialidad –dadas las circunstancias–; sumado a un tinte político que se le atribuía al caso por una presunta “animadversión” existente entre la Corporación Judicial y el Presidente Uribe (superior de los funcionarios acusados).

Ante dichas formulaciones, la Corte Suprema indica en primer lugar, que corresponde a su competencia juzgar el caso por mandato constitucional; agregando lo esgrimido por una sentencia temporalmente anterior, que concluye que no se vulneran garantías fundamentales al investigar y juzgar a los funcionarios por parte de la Corporación. En segundo lugar, se establece el trabajo junto con la participación de conjuces, lo que garantizaría el principio de imparcialidad.

Analizando los supuestos, se observa que no se trataría de un caso “difícil” (de acuerdo a lo definido anteriormente en cuanto a premisas y consecuencias). El tribunal maneja una extensa variedad de pruebas obtenidas a través de investigaciones, las cuales han sido correctamente examinadas y valoradas; sumado al apego respecto a los diferentes principios del Derecho Procesal.

Observamos que, un caso que a priori podría presentar una potencial falta contra la imparcialidad, ha sido correctamente llevado, debido a la conciencia de justicia impartida por el mencionado tribunal.

### **Relacionamiento con sistema anglosajón**

El análisis por oposición respecto a otro sistema legal podría llegar a ser un aporte didáctico para poder entender mejor el fenómeno de la aparente subjetividad y la “flexibilización” que se ha estado tratando en este trabajo.

El Common Law nos prevé, desde sus bases, de una diferencia innegociable: la existencia del “stare decisis”. Este principio rector del derecho anglosajón, indica la resolución de casos por parte del juez en base a lo resuelto por sentencias precedentes que se han dictado para casos similares. Tenemos, pues, a la jurisprudencia como elemento estelar en el fallo judicial, con un papel fundamental y necesario. Ella será fuente efectiva de derecho, viéndose el magistrado estrictamente limitado y condicionado por ésta. Autores americanos como Llewellyn han llegado a reconocer que el juez se siente “controlado” en su actividad judicial por estas sentencias precedentes, encontrándose obligado a aplicarlas.

Entendiendo un poco más al ámbito legal anglosajón, podríamos encontrar una leve flexibilidad en este estricto proceso, observando la única posibilidad de aplicación del subjetivismo del magistrado. Nos referimos al momento en el que el mismo maneja las sentencias precedentes y elige la analogía que gobernará al caso. Existe, podríamos decir, creación judicial, pero dentro de importantes límites normativos.

Tenemos, entonces, desde una primera instancia, un papel del juez más limitado o con menos licencias que en el Derecho Romano; a la vez de un proceso decisorio más predecible y con un elemento psicológico menos presente.

¿Es este sistema mejor? Depende del punto de vista. El sistema anglosajón podría plantear las soluciones a las cuestiones tratadas en este trabajo, alejando en teoría la posibilidad de parcialidad por parte del juez, además de esa “subjetividad” que puede resultar perjudicial. Sin embargo, entendemos que cada sociedad tiene el sistema legal acorde a su cultura, contexto, sociedad.

Entre nosotros, nos encontramos con este sistema no tan dinámico, pero sí con un espíritu diferente, que atiende y contempla de otra manera al caso particular.

## Conclusiones

Creemos que luego de la aproximación al tema que hemos efectuado, es innegable la existencia del elemento psicológico en el fallo judicial: sería caprichoso afirmar que el juez se basa en fórmulas preestablecidas y razonamientos analógicos, quitándole dinamismo y personalidad a cada proceso.

En cuanto a la utilidad y conveniencia de este “juicio subjetivo”, consideramos que con las debidas garantías y siguiendo los procedimientos en regla, puede ser beneficioso, desde que el juez atiende y estudia el caso concreto con el espíritu “de hombre a hombre”, obteniendo mejores y más humanos resultados. Debemos hacernos cargo de esta forma de hacer derecho, y sin duda, aprovecharla, haciendo el correcto uso de la misma, utilizándola a nuestro favor.

Consideramos, sin embargo, que bueno sería atender al planteamiento de recurrir esa potencial “desviación”, —consciente o inconsciente— por parte del tribunal en la utilización de su psiquis para determinar una resolución, a pesar de existir las precauciones y garantías mencionadas. Se trataría de contemplar el “tercer tipo de error”, mencionado en la naturaleza de la decisión judicial.

En cuanto a la figura del magistrado, debe tratarse de autoridades correctamente formadas, con principios éticos claros y definidamente imparciales; para promover una buena valoración, tanto del elemento clave que es “la prueba”, como de los elementos generales que constituirán al fallo en sí mismo. También, como hemos expresado, podríamos cuestionarnos si no sería quizás provechoso,



la instalación de un método que atienda a una conducta notablemente imparcial por parte del magistrado u otros errores de similar naturaleza, imponiendo las sanciones o reprimendas que correspondan; regido por un sistema propio de evaluación, como el introducido por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

No olvidemos que el objeto de toda sentencia, además de revisar la reclamación de los actores y ajustarlas a derecho, es culminar con un proceso de justicia. Oportunas son las palabras del filósofo griego Sócrates: “Cuatro características corresponden al juez: escuchar cortésmente, responder sabiamente, ponderar prudentemente, y decidir imparcialmente.” Que la justicia sea justicia. Que el juez sea un enviado certero y preciso a la hora de hacerla valer, y que su cometido no sea más que cumplirla de forma noble, solemne y honesta.

## Referencias

- Tarigo, E. (2012). *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Tomo 2 (5ta ed.). Montevideo: FCU.
- Devis Echandía, H. (1981). *Teoría general de la prueba judicial* (5ta ed.) Buenos Aires: Zavallía.
- AA varios (2005). *Principios internacionales sobre la independencia y responsabilidad de jueces, abogados y fiscales*. Ginebra: Comisión Internacional de Juristas.
- Elosegui Itxaso, M. (1995). Hume y las actuales teorías argumentativas. En Rojo Sanz, J.M. *Justicia, solidaridad, paz: estudios en homenaje al Profesor José María Rojo Sanz* (91-113). Valencia: Universitat de Valencia. Facultad de Derecho. Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política.
- Cueto Rúa, J. C. (2008). El “common law”: stare decisis, legislación, jurisprudencia y doctrina, número especial tomo I. Montevideo: La Ley.
- Brignole, A. (1901). De interés profesional. *Revista de derecho, jurisprudencia y administración*, (8), 116-118.
- Klett, S. A., Baluga, M.C., Álvarez, F., Castillo, J. (2000). Principios de la prueba en el sistema procesal civil. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, (1), 71-107.
- Lifante Vidal, I. (2002). Dos conceptos de discrecionalidad jurídica. *Revista Doxa*, 25, 413-439.
- MacCormick, N. (2010). Argumentación e interpretación en el Derecho. *Revista Doxa*, 33, 65-78.
- Iturralde, V. (2006). Justificación judicial y valoraciones. *Revista Isegoría*, 35, 207-220.
- Calamandrei, P. (1960). *Proceso y Democracia*. Recuperado de <http://es.scribd.com/doc/124824089/Proceso-y-Democracia-p-Calamandrei#scribd>

## Jurisprudencia

---

Uruguay. Tribunal de Apelaciones de Familia de 1º turno. Sentencia definitiva N° 115/2013, 17 de setiembre de 2013. Díaz Sierra, M. C. (Redactor), Baccelli Ros-sari C. R.; Bendahan Silvera, M. L. (Firmantes).

Colombia. Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Penal. Proceso Número 36784. SP 5065-2015. 28/4/2015.

## Notas

---

<sup>1</sup> Concepción cognoscitivista. Interpretar una formulación normativa F es, en cualquier caso, detectar el significado de F informando que F tiene el significado S. (...) La posición de Dworkin parece asociada a esta concepción (...).

<sup>2</sup> Concepción no cognoscitivista. Interpretar una formulación normativa F es, en cualquier caso, adjudicar un significado a F, estipulando que F tiene el significado S. (...) Esta es la posición defendida por Guastini (...).

<sup>3</sup> Concepción intermedia. Interpretar una formulación normativa F es, según el caso, detectar el significado de F, informando que F tiene el significado S, o adjudicar un significado F, estipulando que F tiene el significado S. (...) Esta ha sido la posición defendida por Hart (...).