

XXXI CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

El rol de la interpretación judicial en la densificación del
derecho y su relación con el principio de transparencia en
el ejercicio del poder jurisdiccional

María Pía Molina

Comisión 3 Principios procesales: Estado
actual y visión crítica
Tema:
Transparencia
Dirección postal: Urquiza 26,
Salta Capital (CP 4400)
Teléfono: +543874798310
Dirección de mail: piamol@hotmail.com

El rol de la interpretación judicial en la densificación del derecho y su relación con el principio de transparencia en el ejercicio del poder jurisdiccional

por María Pía Molina¹

“(…) Entre Estado Constitucional y cualquier “señor del derecho” hay una radical incompatibilidad. El derecho no es objeto de propiedad de uno, sino que debe ser objeto de cuidado de todos”
(Zagrebelsky, G. *El derecho dúctil*, p.153)

SUMARIO: I.- Presentación del tema. II.- Sobre la vieja discusión acerca de si los jueces crean o no derecho. III.- Sobre la desconfianza hacia la labor jurisdiccional y el rol de los precedentes como herramienta para combatirla. IV.- Conclusión: volviendo a la transparencia

I.- Presentación del tema

El principio de transparencia en la gestión pública es uno de los pilares sobre los que se asienta la democracia y refiere, en concreto “al deber de los poderes públicos de exponer al análisis de la ciudadanía la información de su gestión, el uso de recursos, los criterios con que toma decisiones y la conducta de sus funcionarios”².

Partiendo de tal conceptualización, el objetivo de la presente ponencia es profundizar en uno de los aspectos que integran el principio de transparencia en el ejercicio de la función jurisdiccional: el deber de exponer los criterios con base en los cuales los jueces construyen y adoptan sus decisiones. En tal orden de ideas, me referiré brevemente a la labor adscriptiva de significado que realiza el juez al aplicar el derecho al caso concreto llevado a su conocimiento y el rol que cumple -o debiera cumplir- un sistema de precedentes formalmente vinculantes para contribuir, no sólo al principio previamente aludido, sino también a la igualdad ante la ley y a la seguridad jurídica.

¹ Postulo el presente trabajo a los siguientes premios: Concurso Premio Asociación Argentina de Derecho Procesal y Concurso de mejores ponencias presentadas por Jóvenes Ponentes.

² <https://www.argentina.gob.ar/salud/inc/institucional/transparencia> Recuperado en fecha 08/05/22.

Es innegable que los distintos operadores judiciales acudimos frecuentemente en nuestra labor cotidiana a lo que damos en llamar “jurisprudencia”. Ahora bien, es claro también que, en su mayoría, no hemos sido formados en el uso de las herramientas que conducen a su adecuado empleo, ni en los presupuestos teóricos que subyacen y sustentan a la doctrina del precedente formalmente vinculante y que permiten su cabal comprensión.

Dichas flaquezas conllevan la falta de racionalidad en el modo en el que se conciben y acude a las decisiones jurisdiccionales pasadas. En efecto, muchas veces queda poco claro si cuando un juez o alguna de las partes cita en su argumentación un fallo precedente lo hace simplemente a modo ejemplificativo, a los efectos de demostrar que la solución que se propone es la adecuada o si, por el contrario, lo hace en el convencimiento de que dicha decisión nos vincula.

En razón de ello, entiendo que el principio de transparencia exige, por un lado, y desde un simple análisis fenomenológico, admitir el rol trascendente que como fuente del derecho tiene la jurisprudencia para todos los operadores del derecho³. Luego y avanzando ya un poco más en el campo de la construcción teórica, intentaré desandar las razones por las cuales concluyo que la transparencia en la gestión por parte de los operadores judiciales impone una transformación en el modo en el que concebimos a los precedentes o, dicho de otro modo, tomarnos en serio la doctrina del *stare decisis*, con las lógicas consecuencias que ello implica en el modo de razonar, justificar y difundir las decisiones.

II. Sobre la vieja discusión acerca de si los jueces crean o no derecho

Pocas dudas caben hoy sobre la labor creativa que realizan los jueces al aplicar el derecho en los casos concretos que son llevados a su conocimiento. Piénsese, sólo para brindar un par de ejemplos, en la “doctrina Campillay”⁴ o en el precedente “Halabi”⁵: en el primero la Corte Suprema de

³ Independientemente de las disquisiciones teóricas suscitadas como consecuencia de su eliminación del artículo primero del Código Civil y Comercial y que, a continuación, se expondrán.

⁴ CSJN, Fallos 308:789

⁵ CSJN, Fallos 332:111

Justicia de la Nación, a través de la ponderación de los principios y derechos constitucionales comprometidos -libertad de expresión, por un lado, y derecho al honor, por el otro- precisó una serie de requisitos que permiten, en ciertos casos, eximir de responsabilidad a los medios de comunicación frente a la difusión de noticias inexactas referidas a ciudadanos particulares. En el segundo, el máximo Tribunal, luego de señalar la mora legislativa respecto a la regulación de los procesos colectivos, delineó los presupuestos que justifican la tutela colectiva de los derechos individuales homogéneos y fijó los parámetros para “la utilización que en lo sucesivo se haga de la figura de la acción colectiva”, subsanando así, en cierta manera, una insuficiencia normativa en la tutela de derechos fundamentales.

Es innegable que con dichas decisiones la Corte otorgó densidad al ordenamiento jurídico, pues los parámetros allí delineados no los encontramos expresados en ninguna norma jurídica concreta, sino que, son el resultado de la labor hermenéutica realizada por dicho Tribunal y han sido recogidos por numerosos fallos posteriores. Estos ejemplos evidencian, así, lo lejos que ha quedado en la práctica el modelo conforme al cual se entendía que el juez se limita simplemente a aplicar el derecho, bajo el abstracto y aséptico razonamiento lógico-deductivo del silogismo judicial, o lo que Mitidiero denomina como el “mito del cognoscitivismo jurídico”⁶.

Es que, por un lado, no puede desconocerse que la inevitable indeterminación del derecho exige que el intérprete opte por una de las posibles reconstrucciones que el texto normativo ofrece, para lo cual deberá acudir no sólo a las palabras y fines de la ley, sino también a principios y valores, conforme a una exégesis armónica del ordenamiento en su integridad. Ello por cuanto, la mayoría de los casos que se judicializan se ubican en la “zona de penumbra” del derecho a la que HART⁷ aludía.

Por otro lado, a la luz de las ideas del neoconstitucionalismo se ha entendido que, como enseña FERRAJOLI, “la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera

⁶ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes, Da Persuasão à Vinculação*, (3. ed.) São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 47.

⁷ HART, H. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 125.

fuera su significado, sino sujeción en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución”⁸. Ello, sin dudas, implica otorgar un mayor margen de discrecionalidad a los jueces y, en definitiva, un redimensionamiento de sus tradicionales funciones, ya que se ven compelidos “a llenar, con y desde la Constitución, los márgenes de indeterminación que la ley deja”⁹, lo que, a su vez, demanda de su parte un mayor esfuerzo intelectual y argumentativo a los efectos de acreditar la racionalidad de su decisión.

Lo expuesto ha llevado a OWEN FISS a sostener que la adjudicación es la actividad mediante la cual -en una interacción dinámica entre el lector y el texto- los valores contenidos en un texto jurídico dotado de autoridad, tal como la Constitución, son provistos de significado concreto y expresión¹⁰. En similar orientación, MITIDIERO explica que el derecho es una práctica argumentativa cuyo significado no preexiste al momento en el cual las normas son interpretadas, sino que exige que el intérprete se comprometa en una serie de individualizaciones, evaluaciones y elecciones entre significados que compiten a lo largo del proceso interpretativo. Por ello, el autor en cita concluye que la norma es el texto interpretado, lo que quiere decir que es el resultado y no el objeto de la actividad hermenéutica¹¹.

Con base en lo expuesto podemos concluir que la interpretación jurídica es una actividad valorativa en la que los jueces adscriben significado al derecho, por lo que, de tal manera, atribuyen sustancia al ordenamiento jurídico. Ello por cuanto, como claramente explica ANDRÉS IBÁÑEZ, “el juez en el ámbito de la interpretación dice siempre más de lo dicho por el legislador; por la simple razón de que generalizar es omitir y legislar es generalizar, y así juzgar es volver a añadir parte, cuando menos, de lo omitido”¹².

Tal conclusión “revela la complementariedad y responsabilidad que debe existir entre los poderes legislativo y judicial en la actividad de

⁸ FERRAJOLI, L.. *Derechos y garantías. La ley del más débil* (4ta. ed.). Madrid: Trotta. 2004, p. 26.

⁹ GASCÓN ABELLÁN, M., & GARCÍA FIGUEROA, A. J. *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales* (3era. ed). Lima: Palestra editores. 2017, p. 38.

¹⁰ FISS, Owen M. *El derecho como razón pública*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons. 2007, p. 78.

¹¹ MITIDIERO, Daniel. *The ideal Court of last resort. A court of interpretation and precedent*. Journal of Procedural Law, IAPL, Vol. 5/ 2015/2, p. 203 y 209.

¹² ANDRÉS IBÁÑEZ, P. *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*. Madrid: Editorial Trotta. 2015, p. 286

producción de normas jurídicas”¹³. En este orden de ideas, MARINONI afirma que “el Poder Judicial se colocó al lado del Legislativo para que el Estado pudiese hacer fructificar el Derecho que la sociedad necesita y que las Cortes Supremas, en este contexto, tienen la función de atribuir sentido al Derecho y desarrollarlo de acuerdo con la evolución social”¹⁴¹⁵.

Ahora bien, pese a que el Código Civil y Comercial de la Nación reconoce en sus artículos primero y segundo que a los fines de interpretar la ley debe acudir no sólo a sus palabras, sino también, a 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, con lo que pareciera se deja de lado el “mito del cognoscitivismo”, puesto que se reconoce que, junto a la norma en sentido formal, confluyen distintos elementos que deben ser también tenidos en consideración por el intérprete, lo cierto es que dicho cuerpo normativo no contempla como fuente del derecho a la jurisprudencia.

En efecto si bien, el Anteproyecto preveía que a los efectos interpretativos debía tenerse “*en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso*”, tal referencia -contenida en el artículo primero que trata sobre las fuentes y aplicación del derecho- fue eliminada al debatirse en la Comisión Bicameral del Congreso Nacional¹⁶ y finalmente el Código se

¹³ PÉREZ RAGONE, A.; PESSOA PEREIRA, P. *Función de las Cortes Supremas de Brasil y Chile en la generación y gestión del precedente judicial entre lo público y lo privado*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIV, 2015, p. 178.

¹⁴ Marinoni, L., *De la corte que declara “el sentido exacto de la ley” a la Corte que instituye precedentes*.

¹⁵ En similar sentido BERIZONCE, citando a Cappelletti, sostiene que, sentada la creatividad consustancial a la tarea hermenéutica del juez, hay que convenir que “no existe sino una diferencia de grado y no de esencia, entre la creatividad legislativa y la judicial; aun cuando los jueces no crean *ex novo* el Derecho” (Sobrecarga, misión institucional de los Tribunales Superiores y Desahogo del sistema judicial en el Papel de los Tribunales Superiores, BERIZONCE, O; HITTER, J. y OTEIZA, E. (Dir) Santa Fe: Rubinzal Culzoni. 2006, p. 451 y 452.

¹⁶ El dictamen emitido por la mayoría en la Comisión Bicameral indica: “Se incorpora al artículo el criterio de interpretación concerniente a la finalidad de la norma como instituto que permite comprender a la voluntad del legislador, ausente en el texto remitido y que se considera central en materia de interpretación jurídica relacionado directamente con la intención del órgano creador de la ley. Por otra parte, se optó por suprimir del enunciado de criterios de interpretación al que en la versión de origen refiere a la “jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso”, por entender que ésta importa un criterio vinculado al análisis del asunto judicial en cuestión en procura de la solución jurídica más adecuada que se fundamente en el antecedente judicial análogo, más que un criterio de interpretación directa de la disposición legal”.

aprobó sin ella, aunque con el siguiente agregado: *“A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma”*.

Quizás, en parte, la decisión de eliminar la alusión al producto de la labor jurisdiccional como fuente del derecho obedezca a la desconfianza hacia el Poder Judicial, de la cual da cuenta la sociedad, y a las críticas hacia la jurisdicción tan en boga en los discursos políticos actuales. Quizás, también, bajo tales críticas y la preferencia de incluir la “voluntad del legislador”, en tanto “órgano creador de la ley”, en lugar de a la jurisprudencia, subyace el argumento contramayoritario que usualmente suele esgrimirse en contra del rol adscriptivo que ejercen los jueces, sobre todo, en materia de control de constitucionalidad.

Con todo, entiendo que, finalmente, lo que este artículo del ordenamiento sustantivo evidencia -con lo que incluye y con lo que se optó por dejar de lado- es que la vieja discusión no se encuentra del todo zanjada y que permanentemente se reeditan las objeciones sobre la legitimidad del poder decisonal y discrecional de la judicatura que el nuevo modelo trae consigo.

3.- Sobre la desconfianza hacia la labor jurisdiccional y el rol de los precedentes como herramienta para combatirla

Ahora bien, quizás, también habría que preguntarse por qué genera tal desconfianza el modelo adscriptivo al que aludíamos precedentemente. Quizás, haya que hacerse cargo de las críticas y repensar la labor jurisdiccional, distinguiendo los que podrían ser simples argumentos necios de resistencia a la referida labor complementaria entre el poder legislativo y judicial en un estado democrático de derecho, de aquéllos otros que, partiendo de la constatación de cierta irracionalidad o riesgos del sistema, se asientan en un genuino interés en la legitimación de las instituciones democráticas.

En efecto, pese a que otorgar un mayor margen de discrecionalidad al juzgador es necesario y deseable a los efectos de permitir la concreta actuación del derecho en el caso concreto, no puede soslayarse que tal discrecionalidad trae consigo nuevos riesgos que deben ser abordados y contemplados por el diseño institucional procesal, a los fines de evitar la conculcación de derechos fundamentales.

Es que, si, como se vio, al asignar significado concreto al ordenamiento jurídico los jueces acuden a elementos textuales y no textuales, es evidente que puede haber casi tantas adscripciones de sentido como jueces, pues cada uno abordará la cuestión -incluso inconscientemente- a partir de sus propios sesgos, preconceptos y trasfondo socio-cultural¹⁷.

Es así que se corre el riesgo de que la lectura que el juzgador realice de la Constitución o de las normas involucradas en el caso, no sea más que una expresión de sus propias inclinaciones y convicciones personales. Como constató Owen Fiss, es fácil para los jueces convertir en derecho sus preferencias personales -incluso inadvertidamente- con el argumento de que han descubierto el verdadero significado de valores tales como la libertad o la igualdad¹⁸.

Ello nos conduce, entonces, al problema de cómo garantizar en un modelo de ejercicio de la jurisdicción así concebido la igualdad ante la “ley” y la seguridad jurídica, de modo tal de evitar el “decisionismo judicial”. Entiendo, que a tales efectos, resulta particularmente relevante -además de la capacitación de los jueces en argumentación jurídica, valoración racional de la prueba y ejercicio de virtudes epistémicas- el rol institucional que los Tribunales Superiores están llamados a cumplir.

Es que, tal como enseña MARINONI, “no es racional que los jueces tengan el poder de afirmar el significado de un derecho fundamental y, pese a ello, no tener ninguna obligación frente a la palabra final de la Corte Suprema. En cualquier sistema dotado de racionalidad, le corresponde a la corte de vértice definir el sentido de los derechos, en particular de los derechos fundamentales”. Puesto que el significado de un derecho fundamental no puede variar en función del juez o tribunal que conozca el caso, parece innegable, concluye el autor citado, que el modelo de control difuso es incompatible con un sistema que ignora algo parecido al *stare decisis*¹⁹.

¹⁷ Al respecto ver GONZÁLEZ LAGIER, D. *Quaestio facti*. México D.F.: Distribuciones Fontamara. 2013.

¹⁸ FISS, Owen M. *ob. cit.* p. 32

¹⁹ MARINONI, L. *La ética de los precedentes*. Lima: Palestra. 2017, p.47

De esta manera, atento a que interpretación que realizan los jueces es siempre adscriptiva de significado, las Cortes Supremas deben ejercer una función uniformadora de tales interpretaciones, de modo tal de garantizar la igualdad ante la ley y la previsibilidad del derecho (función nomofiláctica y prospectiva). Ello evidencia la confluencia de intereses en la labor que realizan dichos tribunales. Al respecto, PÉREZ RAGONE Y PESSOA señalan que “el rol de la Corte Suprema es un continuo predominantemente privado y con cabida necesaria de lo público”. Se trata, explican, “de un interés (de repercusión) general o de orientación para uniformar, desarrollar y perfeccionar el derecho, brindar una última interpretación como directriz frente a multiplicidad de salidas posibles frente a casos similares”²⁰.

Es que si la interpretación jurisdiccional tiene forzosamente un carácter argumentativo-reconstructivo, no puede sino concluirse, so pena de admitir la aplicación desigual del derecho, que los precedentes de las Cortes Superiores deben ser formalmente vinculantes. De esta manera, entiendo, se evita el “decisionismo judicial” que tanto desprestigio suscita en la sociedad, pues se garantiza que, una vez que la Corte haya fijado una interpretación respecto a una determinada cuestión en concreto, dicha decisión, será, en principio, respetada -por ella misma y los tribunales inferiores- en todos aquellos casos que se presenten como sustancialmente análogos. Se impone, así, un ejercicio coral de la magistratura, en el cual lo que se exige no es tanto “dictar hoy la misma sentencia que dictaron ayer sino más bien pronunciar hoy la que en principio estarían dispuestos a pronunciar siempre y desearían que pronunciasen los demás”²¹.

Pareciera que nuestra Corte Suprema es consciente de tal rol trascendente que está llamada a cumplir, pues ella misma se presenta en su página institucional del siguiente modo: “La Corte Suprema de Justicia de la Nación es el más alto tribunal de la República Argentina y órgano máximo del Poder Judicial. Su misión es asegurar la supremacía constitucional, ser

²⁰ PÉREZ RAGONE, Álvaro; PESSOA PEREIRA, P. ob. cit, p. 180.

²¹ GASCÓN ABELLÁN, M. *Racionalidad y (auto) precedente*, Revista Teorder 2011 N° 10, p. 132-148.

intérprete final de la Constitución Nacional y custodiar los derechos y garantías enunciados en ella”²².

Ha dicho expresamente, además, el citado Tribunal que la autoridad institucional de sus precedentes, “fundada en la condición de este Tribunal de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas tanto por esta misma Corte como por los tribunales inferiores” y que ““quien pretenda del Tribunal un nuevo examen sobre la cuestión constitucional de que se trata deberá exponer con la mayor rigurosidad los fundamentos críticos que sostienen su postura, y demostrar en forma nítida, inequívoca y concluyente la existencia de causas graves que hagan ineludible el cambio de la regla de derecho aplicable””²³.

Tales afirmaciones demuestran que, no sin idas y venidas²⁴, la Corte sostiene el valor vinculante de sus precedentes, tanto en sentido vertical, como horizontal, lo que ha llevado a Berizonce a aseverar que “(...) la CSJN aplica de hecho y por vía de sus poderes implícitos el principio *stare decisis*”²⁵.

IV.- Conclusión: volviendo a la transparencia

No caben dudas de que la labor jurisdiccional ha evidenciado una radical transformación durante las últimas décadas, particularmente desde el avènement del neoconstitucionalismo. Observamos así, por ejemplo, que los jueces cuentan con la facultad de declarar la inconstitucionalidad o inconvencionalidad de las leyes -no sólo a pedido de parte, sino incluso de oficio-; que en caso de advertir una insuficiencia en tutela normativa de los derechos fundamentales pueden exhortar a las autoridades pertinentes a legislar sobre determinadas cuestiones; que intervienen en conflictos colectivos referentes a políticas públicas; o, en el ámbito más cotidiano, que interpretan las leyes, recurriendo no sólo al texto de la ley, sino a diversas y múltiples fuentes. Es fácil, entonces, advertir que la tradicional tarea con la

²² <https://www.csjn.gov.ar> Recuperado en fecha 14 de mayo de 2.022.

²³ CSJN Fallos 344:156 y 337:47. Ver también fallos 342:584, 342:1903, 343:1457

²⁴ Al respecto ver MOSMANN, V. *El precedente judicial en Argentina*.

²⁵ BERIZONCE, O. ob. cit, p. 458 y 459.

cual suele identificarse a los jueces, esto es, resolver litigios individuales bajo el clásico modelo de resolución de disputas, se ha ampliado, evidenciándose así “una expansión creciente de lo justiciable”²⁶.

En dicho contexto, el sistema de precedentes formalmente vinculantes se presenta como una herramienta con potencialidad para hacer frente a los desafíos que el ejercicio racional de la jurisdicción trae consigo. Ahora bien, es evidente que, para que el sistema funcione, los precedentes deben ser fácilmente accesibles y cognoscibles, por lo que los Poderes Judiciales deben garantizar el acceso público a dicha información. Al respecto, se observa que si bien no existen mayores obstáculos para acceder a las decisiones de la Corte Suprema y que, en el último tiempo ésta ha implementado en su página web distintas herramientas que facilitan su conocimiento -tales como dossiers, “notas de jurisprudencia”, una pestaña denominada “la semana en síntesis”, y un análisis documental de sus fallos en los que se incluye una breve reseña e incluso, en alguno de ellos, el enlace a los precedentes citados-, no sucede lo mismo en los ámbitos provinciales, en los cuales es sumamente engorroso acceder a los fallos dictados.

Ello claramente atenta contra la eficacia del sistema, pues es evidente que si no se conocen las decisiones no podrán ser aplicadas y, lógicamente, su función prospectiva y nomofiláctica no podrá ser alcanzada. A ello cabe agregar que la vasta cantidad de sentencias dictadas impide su adecuada sistematización, a los efectos de poder implementar seriamente el *stare decisis*.

De esta manera, como sostiene Giannini²⁷, la implementación de prácticas de transparencia activa y acceso a la información resultan indispensables, “no sólo para hacer posible el escrutinio público sobre su actividad, sino que, además, contribuirán a mejorar la demacrada percepción ciudadana sobre el servicio de justicia”.

²⁶ PUGA, M. . *Litigio estructural*. <https://www.researchgate.net/publication/251231477>, 2013, p. 4.

²⁷ GIANNINI, L. *Análisis de la producción jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su actual integración*, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. Año 15/Nº 48-2018.