

Rodolfo Pérez Vásquez**

La argumentación como garantía constitucional del debido proceso*

The argumentation like constitutional right of the due process

Recibido: 2 de marzo de 2011 / Aceptado: 8 de abril de 2011

Palabras clave:

Argumentación,
Garantía constitucional,
Debido proceso, Jueces,
Decisión judicial.

Resumen

El presente artículo de investigación, tiene por finalidad, analizar la argumentación como garantía constitucional del debido proceso, pues se parte, del hecho que la labor judicial no es una actividad simple, que se enmarca en la mera aplicación del derecho, de modo, que es imposible que el legislador provea un ordenamiento jurídico perfecto, capaz de llevarle al Juez todos los criterios normativos que le sirvan para soportar sus decisiones judiciales. En este sentido, la normatividad se torna en ocasiones insuficiente; lo que de alguna manera imposibilita al operador judicial tomar unas decisiones satisfactorias como ideal de la justicia.

Key words:

Argumentation, Constitutional
guarantee, Due process, Judges,
Judicial decision.

Abstract

This research article, aims to analyze argumentation as a constitutional guarantee of due process, since the judicial work is not a simple activity, which is part of the mere application of law, in a way, that it is impossible for the legislator to set a perfect legislation, able to provide the judge all the regulatory criteria for him to make judicial decisions. In this regard, regulation sometimes becomes insufficient; It does not allow the judge to make satisfactory decisions as an ideal of justice.

* Este artículo se deriva del proyecto de la tesis doctoral en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín y avalada por la Universidad Simón Bolívar dentro del Grupo de Investigación en Derecho Procesal, escalafonado en categoría B de Colciencias. Esta investigación fue iniciada en el año 2009.

** Abogado. Especialista y Magíster en Derecho Procesal. Candidato a Doctor en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín. Líder del Grupo Derecho Procesal de la Universidad Simón Bolívar en categoría B de Colciencias. Línea de investigación Argumentación, discrecionalidad y decisión judicial. rodolfoperezvasquez@yahoo.com

INTRODUCCIÓN

Existe hoy un gran vacío jurídico que pone en duda una eficaz administración de justicia, la complejidad de los problemas cada día son mayores y muchos jueces se encuentran maniatados para resolverlos porque solo acuden a la fuente de las reglas escritas (ley). El proceso no es ajeno a esta realidad, muchos problemas judicializados son complejos y el juez debe resolverlos aunque no encuentre en el ordenamiento jurídico una norma que responda a su solución, por encima de todo está la justicia y el derecho del usuario a obtener una respuesta.

Para Laporta (2007), el papel del juez se centra en tres deberes profesionales: 1. El deber de fallar, 2. El deber de aplicar el derecho y 3. El deber de motivar. Siendo coherente con el criterio de Laporta y con la concepción tradicional de la insuficiencia del derecho, es pertinente resaltar que uno de los deberes del juez consiste en resolver la controversia que se le ha puesto a su consideración profiriendo una decisión que debe estar articulada con la normatividad vigente y con los hechos concretos, en el caso que al seleccionar la norma observe que esta es compleja o que por alguna circunstancia no exista para resolver la controversia, no por ello, debe omitir su deber de fallar o de resolver, sino que debe acudir a otra norma jurídica como serían los valores y los principios que sirven como plataforma o inspiración para que pueda crear la regla que debe aplicar a ese caso concreto.

La laguna del derecho genera una dificultad en la práctica judicial toda vez que existen jueces que esperan encontrar todas las respuestas

en el derecho, pero cuando tienen a su consideración un caso difícil, el apego a la ley, no les permite acudir a otras fuentes normativas, lo que los lleva a impartir decisiones arbitrarias.

El jurista Osvaldo Gozaini (2010), se refiere a un tipo de Juez Director; afirma

“este sería un Magistrado que potencia sus poderes de iniciativa y dirección. Respecto a la instrucción se confirma el papel activo que le toca asumir en el proceso, confiriéndole una amplia iniciativa en la verificación de los hechos relevantes para la solución del litigio, tal como fue sometido a su conocimiento, es decir, sin rebasar los límites que marca la *litis contestatio*. En líneas generales, se robustece el juzgamiento más que la composición, esto es, se dota al juez de poderes - deberes de investigación, sin asignarle otro cuadro que no sea el que las partes concretan.”

Por este último tipo de juez se inclina el autor y se adhiere bajo el entendimiento que su rol permite asegurar que la administración de justicia será eficaz y que los justiciables recibirán soluciones a sus conflictos, con observancia del debido proceso; circunstancia esta que quedará materializada en las decisiones judiciales.

Se ha predicado que este juez moderado y director del proceso, debe tener actividad de dirección y de iniciativa, en el contexto del debate sostenido por las partes, en el marco de los hechos expuestos por las mismas y de sus pretensiones probatorias. De igual manera, debe concebir que el proceso no sea de interés exclusivo

de las partes, sino también de la sociedad y del Estado mismo.

Esta concepción que del proceso se tenga influye en el rol que el juez debe desempeñar. La manera de controlar su actividad para no caer en el límite de un juez dictador radica de forma particular en la racionalidad en que base su decisión, como es la argumentación.

Entendida la argumentación como una actividad humana mediante la cual se procura exponer y justificar las razones que se tienen acerca de un punto de observación y de estudio con el objeto de establecer que la valoración hecha en los razonamientos, ha cumplido con las reglas de la lógica para ser aceptada como correcta.

El juez se mueve en medio de unas limitaciones que le vienen dadas por la regla de Derecho, la norma superior, los tratados internacionales, los principios, los valores, los precedentes, de allí que su labor sea compleja; no obstante cuenta con un grado de discrecionalidad que le facilita decidir de una manera eficaz.

Para conocer qué sentido le da un operador de la justicia a una norma general que ha de aplicar a un caso concreto, qué valoración ha hecho de las pruebas y qué estimación ha tenido de los hechos expuestos por las partes, necesariamente debe ser a través de la argumentación, que implica el conjunto de razonamientos que en su labor ha realizado para resolver la controversia.

En este orden de ideas, la argumentación es un filtro o un instrumento de control a esa actividad judicial, dado que de la misma se puede detectar si se incurrió o no en falacias que deslegitiman su razonamiento. Del mismo modo le da

herramientas a las partes de poder comprender si se vulneraron sus garantías constitucionales del debido proceso, para que estas haciendo uso de los instrumentos legales puedan cuestionar la decisión.

Esta investigación procura consolidar la doctrina que niega la pasividad de los jueces y resalta su natural función de cumplir a cabalidad con sus deberes entre los que se puede recordar el de motivar las sentencias de manera racional, evitando así decisiones arbitrarias, muchas de las cuales adquieren firmeza ante la dejadez de operadores judiciales y litigantes que no han comprendido aún la necesidad de esculcar estas teorías que defienden la existencia de un juez creador, activo, racional y razonable.

Este planteamiento llevó a formular la siguiente pregunta problema ¿La decisión judicial racional desde un enfoque argumentativo lógico garantiza el debido proceso?

Esta es una investigación cualitativa, abordada desde el paradigma histórico-hermenéutico. Se trata de interpretar el sentido y alcance de los criterios que orientan las normas que regulan la racionalidad judicial como una perspectiva hacia una sentencia eficaz, así como los criterios jurisprudenciales que lo desarrollan, con el objeto de que el operador judicial disponga de un soporte conceptual y doctrinario que le sirva de sustento en la decisión de los casos, cuando en especial estos ofrecen un alto nivel de complejidad y el derecho no le ofrezca una respuesta concreta.

El servidor de la justicia debe tener siempre presente que existen muchos casos difíciles

y complejos, que no tienen una respuesta en el ordenamiento jurídico, lo que la doctrina viene denominando “laguna del derecho”, de ahí que tenga que acudir a otras fuentes como los principios, los valores y los precedentes jurisprudenciales para cumplir con su deber de decidir el conflicto.

Las reglas de derecho provenientes del órgano natural son necesarias y garantes de la convivencia y el buen vivir, son indispensables e imperativas para procurar un orden justo y una relación humana que se desarrolle sobre la base del respeto y el reconocimiento de los derechos ajenos.

Una de las producciones humanas de mayor arraigo es la de haber creado las reglas de conducta conocidas como derecho positivo. Pero no se puede caer en la exagerada creencia que el legislador posee la omnipotencia de poder prescribir los distintos criterios normativos para la solución de los conflictos.

Su esfuerzo es grande y merece reconocimiento, lo cual no implica desconocer que las sociedades cambian permanentemente en sus costumbres sociales, políticas, económicas y el derecho no puede vaticinar una respuesta precisa a cada problema.

La sociedad entera se sentiría muy complacida al contar con jueces abiertos, amplios y discretos que sin caer en el exagerado realismo jurídico hagan una adecuada interpretación del derecho que de manera definida planteen una respuesta al caso, o que existiendo alguna laguna, recurran a otras fuentes y bajo una actividad razonable fundamenten su decisión. De esta

manera, se puede asegurar que la administración de justicia es más eficaz y creíble y con ello, se enaltecen los principios y valores constitucionales que gobiernan la pureza de la justicia.

El problema se justifica atendiendo a que los jueces cumplen funciones trascendentales en la vida del ser humano como es la de resolver los conflictos que entre los asociados se presenten y la Constitución Nacional privilegia el establecimiento de la verdad y la justicia y para saber si los jueces se han ajustado a los parámetros constitucionales y legales para cumplir con estos valores superiores, las decisiones que deben tomar tienen que ser bajo la racionalidad y para podernos adherir a lo decidido o para cuestionarlo es pertinente conocer las razones del juzgador y solo esto se asegura en la medida en que se ha basado en una argumentación.

METODOLOGÍA

Esta es una investigación abordada desde el paradigma histórico-hermenéutico, es cualitativa, el método aplicable es el analítico-hermenéutico de la libre investigación científica. Para efecto de tener una información pertinente sobre el tema tendremos en cuenta las conclusiones de las investigaciones que autores nacionales y extranjeros han hecho que nos permitan conocer los diferentes enfoques y definir nuestro criterio sobre el mismo. Las técnicas de investigación son el análisis de texto (decisiones judiciales) y la encuesta.

La población objeto de estudio son las decisiones emanadas de los jueces de Barranquilla dentro de los cuales se tomará una muestra alea-

toria. Las decisiones que se tendrán en cuenta serán las proferidas a partir de la Constitución de 1991 que consagró el nuevo modelo político de Estado. En particular desde el año 2001.

PLAN DE DATOS

Gestión del dato: Para la investigación se ha empleado todo tipo de soportes bibliográficos como textos especializados, códigos, revistas, ensayos, jurisprudencias, doctrinas, consultas en Internet que han permitido conocer el estado del arte y construir los referentes teóricos conceptuales del tema tratado, todo ello mediante fichas de análisis conceptuales, literales y mixtas que nos permitan obtener de manera organizada la información que demanda el proyecto.

Obtención del dato: Se han empleado fichas bibliográficas y resumen que registran las actividades realizadas, así como las sentencias nacionales y extranjeras que interesan al estudio.

Recolección de datos: Dada la circunstancia que lideramos un grupo de Derecho Procesal categorizado actualmente en Colciencias en la categoría B, donde contamos con la participación de estudiantes que conforman el semillero y dedicados al estudio del Derecho Procesal, son ellos quienes han hecho la recolección de los datos y se han encargado de aplicar las encuestas y recoger datos bibliográficos.

Control de sesgos: Con el fin de evitar la ocurrencia de sesgos, se ha procedido a desarrollar una capacitación a los estudiantes responsables a fin de que cumplan satisfactoriamente la labor de recolección de los datos.

Plan de análisis: Mediante este plan se dará

respuesta a cada uno de los objetivos propuestos, así como a la hipótesis que hemos planteado, a efecto de obtener una respuesta a todo el proceso diseñado.

RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN

La determinación de los roles de los jueces se puede precisar en lo siguiente: jueces pasivos que entienden que sus funciones se limitan exclusivamente para aplicar la ley, los cuales están completamente convencidos que en la creación del legislador encuentran todas las herramientas para resolver los casos sometidos a su consideración. Quiere esto significar que el rol de este tipo de juez se limita solo a la aplicación del derecho y no a la interpretación del mismo, fortaleciendo de esta manera la teoría de la exégesis. Para ellos el único razonamiento que existe es el que el legislador consagra en las reglas por ellos creadas, que son tomadas por el operador judicial para aplicarlas bajo el sentido idéntico que el legislador le presenta privándose de la facultad de interpretarlas y establecer diferente sentido.

Por otro lado, se encuentran jueces con un rol completamente diferente, como aquellos que siguen lineamientos de gobiernos absolutistas y autoritarios, que hacen del proceso un desarrollo fundado en su poder desmedido donde se terminan quebrantando las garantías constitucionales, como sucede con los llamados jueces dictadores.

Un tercer rol de juez es aquel que podría ubicarse entre los extremos de los roles anteriormente mencionados, es decir, que no es pasivo y tampoco se constituye en un dictador, por el

contrario que sea moderado en su labor y que conciba las instituciones procesales bajo las premisas de las teorías contemporáneas que privilegian las garantías y derechos constitucionales, que propendan por el respeto al debido proceso. De esta manera, estos funcionarios cuya dimensión va más allá a lo previsto por el legislador, bajo el entendido que creen en que su labor no radica únicamente en la aplicación del derecho, sino, en la interpretación del mismo, dado que la controversia que debe resolver es difícil y compleja y el contenido literal de la regla no es suficiente para decidir de manera racional.

Se ha predicado que este juez moderado y director del proceso, debe tener actividad de dirección y de iniciativa, en el contexto del debate sostenido por las partes, en el marco de los hechos expuestos por las mismas y de sus pretensiones probatorias. De igual manera, debe concebir que el proceso no sea de interés exclusivo de las partes, sino también de la sociedad y del Estado mismo.

Esta concepción que del proceso se tenga influye en el rol que el juez debe desempeñar. La manera de controlar su actividad para no caer en el límite de un juez dictador radica de forma particular en la racionalidad en que base su decisión, como es la argumentación.

Para conocer qué sentido le da un operador de la justicia a una norma general que ha de aplicar a un caso concreto, qué valoración ha hecho de las pruebas y qué estimación ha tenido de lo expuesto por las partes, necesariamente debe ser a través de la argumentación, que implica el conjunto de razonamientos que en su labor ha

realizado para resolver la controversia.

En este orden de ideas, la argumentación es un filtro o un instrumento de control a esa actividad judicial, dado que de la misma se puede detectar si se incurrió o no en falacias que deslegitiman su razonamiento. Del mismo modo le da herramientas a las partes de poder comprender si se vulneraron sus garantías constitucionales del debido proceso, para que estas haciendo uso de los instrumentos legales puedan cuestionar la decisión.

La racionalidad argumentativa debe seguir las reglas de la lógica, entendiendo por esta el método que propende establecer la veracidad del razonamiento, lo que no significa que se esté frente al silogismo formal, porque lo que se pretende es ir más allá, es decir, utilizar esas reglas para asegurar que los razonamientos del juez, obedecen a las delimitaciones necesarias para su estructuración adecuada.

Caracteriza a los jueces directores y permite diferenciarlos de los jueces dictadores en razón a que las decisiones de estos últimos pueden estar inmersas en actos de irracionalidad.

Como se ha observado en párrafos anteriores, el papel del Juez se centra en tres deberes profesionales: 1) El deber de fallar. Es decir, la prohibición del *non liquet*, la prohibición de abstenerse de decidir a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes como decía el Artículo 6 del viejo Código Civil. Hoy el juez tiene que dar una solución al caso. 2) El deber de aplicar el derecho, es decir, el deber de resolver los conflictos pero no de cualquier manera sino recurriendo a ingredientes del ordenamiento ju-

rídico, es decir, el deber de atenerse al sistema de fuentes establecidos por los criterios de identificación de las normas jurídicas. 3) El deber de motivar (Laporta, 2007). Si el sistema de fuentes no le proporciona el derecho, el juez tiene que inventarlo, o crearlo para que pueda motivar su decisión. A propósito de la motivación hay que distinguir, una cosa es explicar una decisión a partir de sus motivos, y otra es justificar una decisión sobre la base de las razones. En el primero de los casos se está frente a lo que los filósofos llaman <contexto de descubrimiento>, entendido como el conjunto de circunstancias que rodean el hallazgo científico o la toma de la decisión, y viven en el reino de la causalidad (azar, mala digestión, presión de los medios, convicciones personales, estado psicológico, etc.). Pero cuando se persigue justificar una decisión judicial, y no solo explicarla a partir de los ingredientes causales que la ha producido, se sale de ese reino y se sitúa en el llamado <contexto de justificación>. El contexto de justificación es el conjunto de premisas y argumentos a partir de los que puede inferirse racionalmente el contenido del fallo o decisión.

Desde este punto de vista se puede construir la teoría de que la racionalidad judicial argumentativa es una garantía constitucional para un debido proceso, incluyendo una adecuada valoración probatoria con el propósito de asegurar que la sentencia sea indemne.

En las épocas primarias del hombre las decisiones judiciales estaban dominadas por los sentimientos sagrados y religiosos, toda vez que eran los sacerdotes los encargados de decidir las

diferencias del hombre.

Esta forma de administrar justicia se caracterizaba por provenir de actos decisorios de los sacerdotes y continuó fortaleciéndose en la época clásica del derecho romano cuando los pretores crearon los edictos como fuente directa de aplicación del derecho, y las decisiones que tomaban tenían la fuerza suficiente para, ser en casos análogos, aplicados como un precedente.

Posteriormente, utilizan los Forum como el mecanismo para resolver los conflictos entre el derecho vigente y las costumbres, tenían la fuerza de las leyes y se consideraban verdaderas fuentes del derecho.

Esta manera de administrar justicia donde el acto proveniente de la autoridad con funciones judiciales, hizo un viraje en la historia, es así como en la época del imperio el emperador Justiniano, le restó importancia a las decisiones como fuente de derecho y en su defecto contempló la obligatoriedad y el acatamiento a la ley que provenía de su mandato. Este cambio fue estructural, porque no solo se desconoció el precedente, sino que además surgieron las constituciones imperiales que conllevaron a la implementación de la ley como la única fuente para resolver los conflictos.

En la Edad Media para el año 700 a 800, la península Ibérica es invadida y se impusieron las costumbres árabes por muchos años. Al reconquistar los peninsulares sus tierras encontraron que sus costumbres fueron cambiadas y asentaron en su territorio personas provenientes de distintos lugares, con costumbres distintas y el derecho que los unificaba estaba ausente, de

ahí que los jueces empiezan a jugar un papel importante ya que las decisiones se dejaban en sus manos. Estas decisiones de los jueces se conocieron como *Judicium* que significa juicio. Los jueces atendían los casos sin que existiera una ley preexistente hasta resolverlos, lo cual se hizo reiterativo hasta volver al precedente.

En la edad moderna surgieron muchos defensores del imperio de la ley como única fuente de derecho que tienen los jueces para soportar sus decisiones. Para ellos la racionalidad del legislador para producir la ley era tan completa que le prohibían al juez apartarse de ella, en consecuencia no tenían opción de crear el derecho.

El extremado sometimiento al imperio de la ley iba ligado al concepto de poder, ya que les permitía consolidar su autoridad y gobernar bajo la relación mandato-obediencia.

Un hecho histórico que refleja cómo se ejerce el poder a través del derecho fue la Revolución Francesa donde se codificó que las decisiones judiciales estaban sometidas únicamente a la ley, no había forma que justificara con motivaciones propias y razonables, sino que tenían que inspirarse en el espíritu del legislador, tal como dan cuenta de ello Hans Kelsen, Hart.

El maestro Alfredo Rocco (2008), afirma:

“Una vez establecido así que la sentencia es en su esencia un acto de la inteligencia del juez y, precisamente, un juicio lógico que reviste la forma de silogismo, se ha dicho ya implícitamente cuál es la materia de este juicio; es la declaración de la norma jurídica aplicable en el caso concreto, o sea, de la tutela jurídica que

la ley concede a un determinado interés. La norma, tanto puede ser una regla de derecho material, como una regla procesal, y de interés concreto cuya tutela se trata de declarar, tanto un interés material o primario como un interés procesal o secundario. Hay, pues sentencias cuyo contenido es una relación de derecho material, y sentencias, cuyo contenido es una relación procesal. Pero siempre es necesario para que haya esencialmente una sentencia, que se trate de declarar una relación concreta, jurídica, controvertida o incierta. Si el acto del juez no se encamina a hacer cesar la incertidumbre sobre la norma aplicable en el caso concreto, sino solamente a regular el orden del procedimiento, tendremos una providencia que no es substancialmente una sentencia.”

A lo expuesto anteriormente por el maestro Rocco (2008), donde toma algunas consideraciones de Kisch, sugerir tres precisiones: la primera es relacionada con la expresión “norma jurídica” debe entenderse como tal no solo la ley sino todas aquellas fuentes que le sirvan de inspiración para decidir correctamente, como la costumbre, los principios, los valores, los precedentes y los tratados internacionales reconocidos por Colombia; la segunda, relacionada con la expresión “que haya esencialmente una sentencia”, debe entenderse como una sentencia indemne, es decir, que no esté contaminada, afectada o viciada, por una falta de motivación o defectuosa racionalidad en la interpretación del derecho o en la valoración de la prueba, y la tercera relacionada

con la expresión “hacer cesar la incertidumbre sobre la norma aplicable en el caso concreto”, solo es posible esto en la medida que contemos con jueces que hayan tomado conciencia que el legislador no puede preveer criterios de claridad en todos los casos, de manera que si el operador de la justicia nota una ausencia de regla o existiendo esta permite inferirle varios sentidos, tendrá que acudir a una justificación razonable aplicando la norma si llega a la certeza que existe una que da la respuesta a ese caso concreto o en su defecto deberá crearla.

A su vez el jurista Dante Barrios de Angelis (2005), refiriéndose a la forma, contenido y eficacia de las sentencias precisa unas correcciones a la doctrina generalmente admitida y afirma que “la sentencia como acto jurisdiccional, es decir, manifestación de la situación jurídica jurisdicción, poder-deber atribuido a órganos característicos y capaz de proporcionar el grado máximo de certeza oficial. Esto significará que es sentencia, desde un punto de vista ontológico, y no meramente formal-legal, la decisión que resuelve la cuestión propia de la jurisdicción voluntaria”.

La racionalidad como juicio lógico requiere para su concreción de cierto grado de discrecionalidad, entendida esta como la posibilidad que se tiene para escoger entre varias opciones. Pero, no es discrecionalidad simplemente por el hecho de poder contar con la facultad de seleccionar una de varias alternativas, sino que además esa decisión debe estar justificada y soportada en un razonamiento, de ahí que la discrecionalidad vaya de la mano con la racionalidad.

Resulta apropiado también precisar que la racionalidad no se limita únicamente en llegar a la certeza de que existe una regla que dé respuesta al caso concreto, sino que además debe justificar, el porqué considera que esa norma es la que ha de regir en esa situación jurídica procesal, aunque se esté en presencia de uno de los llamados casos fáciles. Como tampoco se limita a hacer un estudio sistemático para llegar a la conclusión de que no existe tal regla, en razón de estar frente a un caso de los llamados difíciles. Pues, lo que pretendo exponer es que la racionalidad no solo fluye en relación a la actividad de interpretar el derecho, sino también en derramar esa actividad intelectual en el estudio de los hechos y especialmente en la valoración de las pruebas, que al final son las que van a determinar la certeza de los primeros.

En consideración a lo dicho el maestro Taruffo (2006), expresa:

“que la función de la prueba es la de suministrar al juez elementos para establecer si un determinado enunciado, correspondiente a un hecho, es verdadero o falso. Correlativamente se suele decir que un enunciado fáctico es verdadero si es confirmado por pruebas, es falso si las pruebas disponibles confirman su falsedad, y es no probado si en el proceso no se han adquirido pruebas suficientes para demostrar la verdad o la falsedad. Según que se verifique una u otra de estas posibilidades, el juez decidirá de manera distinta y de ahí derivará diferentes consecuencias jurídicas.”

Este mismo jurista (Taruffo, 2002), después de analizar las distintas teorías que giran en torno a la verdad de los hechos dice “se trata de la cuestión de si es posible el conocimiento de la verdad absoluta de los hechos o si sobre estos es posible un estado de certeza total, incontestable fuera de toda duda.

“Podría observarse, al respecto, que sean cuales sean las respuestas que se den a otros campos a una cuestión de ese tipo desde la lógica hasta la ciencia empírica, esta resulta ociosa y no merece siquiera ser planteada en referencia al conocimiento procesal de los hechos. En realidad, podría decirse que el proceso al no ser una empresa científica o filosófica, no necesita de verdades absolutas pudiéndose contentar con mucho menos, es decir, con verdades relativas de distintos tipos, pero suficientes para ofrecer una base razonablemente fundada a la decisión. En resumen: incluso si las verdades absolutas fueran posibles en abstracto, no serían necesarias en el proceso, y si aquellas fueran imposibles, no importaría a los efectos de lo que es necesario conocer en el proceso. Como se podrá ver mejor con el avance del análisis, estas observaciones constituyen el punto de partida correcto para la discusión de las cuestiones referentes a la prueba y a la determinación de los hechos.”

La certeza sobre los hechos solo se halla en la medida en que el juez se forme un convencimiento claro sobre la responsabilidad o no del

procesado, esto solo es posible cuando existen suficientes elementos de prueba, en aras a impartir una decisión justa, es por ello que cuando surja la necesidad de esclarecer algunas dudas o incertidumbres el juez pueda decretar pruebas de oficio, para hacer valer la justicia como valor superior, su rol de juez activo lo faculta para lograr con imparcialidad el esclarecimiento pleno de los hechos debatidos en el proceso y lograr su fin a través de una sentencia justa.

La Corte Constitucional según cita que hace Tarazona (2002)

“los litigios y controversias cuya resolución pacífica se somete a la decisión de los jueces, deben tener un fin y reclaman una pronta composición por parte del Estado. Así se satisfacen los deberes del Estado frente a las demandas de estabilidad jurídica y paz social. Llega un momento en que las sentencias deben adquirir revocabilidad e inmutabilidad, para no poner en peligro la estabilidad jurídica. De otra parte, para asegurar la agilidad que debe caracterizar al Estado en la definición de los procesos, la Constitución Política ordena a los jueces cumplir diligentemente los términos procesales (CP Art. 228), pues de lo contrario, no solamente se pierde la utilidad y la oportunidad de la justicia sino que se incuba un germen de desorganización social que puede quebrantar la paz. Pero la paz también exige que la decisión de los jueces sea justa, como quiera que la injusticia es la mayor causa de congoja e insatisfacción que

puede soportar un pueblo.”

Además se evitaría que se tomen decisiones judiciales injustas al tener el juez la prohibición de hacer uso de esta facultad oficiosa, por lo que no podría despejar las dudas que surgen del debate probatorio, impidiendo lograr el propósito de la función pública de administrar justicia de manera racional, que es uno de los fines esenciales del Estado para el establecimiento de un orden justo de conformidad con el Artículo 2º de la Constitución Nacional.

Muchas razones de orden constitucional justifican la facultad oficiosa para que los jueces puedan decretar pruebas, entre las que podemos mencionar están: el derecho que tiene toda persona de solicitar una tutela judicial efectiva (Art. 229), la imparcialidad de los jueces al emitir sus fallos (Art. 228), la actuación de los jueces puede ser pronta y diligente, uno de los fines del Estado es asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (Art. 2º CN), la existencia del interés público consistente en que se investiguen los delitos, se reconstruya la verdad para conocerla, que los responsables reciban su castigo y se indemniza las víctimas, la Constitución Nacional para efecto de investigación confirió la salvaguarda de ese interés público a la Fiscalía General de la Nación (Arts. 250, 253) y la función jurídico-política de la cual se encuentra revestido al juez, al velar por el cumplimiento de los fines constitucionales del proceso penal, como es alcanzar el valor de la justicia material, que se encuentra por encima de la situación particular. Para estos logros el juez no puede ser pasivo, necesariamente debe ser diná-

mico porque su labor no se limita a interpretar las leyes, sino que debe trascender hacia la búsqueda y alcance de los valores superiores que caracterizan al Estado Social de Derecho.

Como lo ha venido sosteniendo la Sala de Casación Penal en Sentencia del 12 de junio/05 esos valores fundantes de la organización estatal se resumen en el Preámbulo de la Carta, desde cuya óptica, a los jueces como autoridad pública también corresponde velar porque se asegure a los habitantes del territorio nacional la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo.

Siendo los jueces los llamados a interpretar y aplicar las normas jurídicas y los encargados por velar por los valores indicados, no podría pensarse en que su rol debe ser pasivo, antes por el contrario, solo podrían ser garantes de esos valores superiores los cuales se encuentran resumidos en el Preámbulo de la Carta Constitucional cuando su rol es de un juez dinámico y activo.

Transitando por el mismo sendero y bajo la convicción que el proceso no solo interesa a las partes, sino que es también del interés de la sociedad y del Estado, que por ello son ambas partes las que tienen las cargas de demostrar los hechos que se debaten en el proceso, el jurista Morello (2004) comenta:

“Las modernas tendencias probatorias predicán que son ambas partes las que deben contribuir a conformar el plexo probatorio, llegándose a sostener que el favor *probationis* o la “teoría de las cargas dinámicas” se inclina más allá de todo

elemento presuncional por poner el peso de la acreditación sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo. Superándose el sistema de las reglas clásicas absolutas-estáticas en la materia, poniéndose en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla sin preceptos rígidos en la búsqueda de la solución justa, según las circunstancias de cada causa.”

En torno a la valoración de la prueba de antaño vienen exponiéndose diversas teorías que van de la tarifa legal a la libre convicción, y fundadas encontrando cada una de ellas en las escuelas de pensamiento connotados defensores.

Por otro lado Wroblewski (citado por Gascón, 1989), sostiene que:

“fallar con arreglo a conciencia no puede significar basar la sentencia en una íntima e intransferible convicción, en una corazonada no exteriorizable ni controlable; no puede significar, como desgraciadamente ocurre tantas veces en la práctica, refugiarse en una cómoda declaración de hechos probados sin exponer las razones por las que lo han sido. Si la racionalidad de la decisión probatoria de ser controlada, es evidente que ese control se proyecta sobre las razones que fundamentan la libre convicción del juez.”

En la actividad judicial el operador de la justicia debe necesariamente hacer una selección adecuada de los hechos, de las pruebas y de la norma jurídica que haga aplicar del caso concreto y respecto a esta última establecer las diferen-

tes alternativas o sentidos que desde la hermenéutica esa norma presenta a efecto de escoger entre ellas la que más se ajuste a esa realidad, desde este punto de vista la racionalidad surge como una cualidad importante dentro de la motivación que obligatoriamente debe realizar para sustentar la decisión.

El juez es un sujeto dentro del proceso y desde esa condición no solo debe observar los hechos sino todo el acervo probatorio y la norma jurídica concreta. Su labor no se cumple de alguna manera desarticulada sino como a ciertos parámetros y limitaciones que tanto la Constitución como la ley le dispensa. Dentro de los cuidados que debe tener el juez está el de verificar que la norma que va a aplicar el caso no vulnere disposiciones constitucionales, al respecto afirma Agustín Squella Narducci (2005) que:

“el juez, además del marco formal que señala quién y cómo debe fallar, tiene siempre un marco material que respetar, esto es, ciertos límites de contenido, de manera que no es ninguna novedad que para decidir acerca de la validez de la norma particular que él establece haya que efectuar un examen no solo de su origen o *pedigree*, sino también de su contenido. Como se sabe, esto último es lo que permite que cuando la norma inferior establecida por el juez vulnere los límites de contenido de que pueda haberle fijado la o las correspondientes norma(s) superior(es), lo que se puede afirmar de aquella norma inferior es que ella es anulable por medio de los recursos del caso.”

En cuanto a la valoración probatoria de manera racional para sustentar la decisión, además de establecer la idoneidad y la pertinencia de la prueba para acreditar los enunciados asertivos sobre los hechos que son relevantes para la decisión el juez debe precisar que tales medios de pruebas fueron allegados al proceso de manera oportuna y que se hayan cumplido con todas las reglas que garanticen el debido proceso probatorio.

No basta con que se entienda que una decisión judicial está justificada solo si se deriva de una norma jurídica y la descripción de unos hechos, es un deber en el juez en la argumentación de su decisión explicar y justificar el porqué de la coherencia y articulación de esos hechos con la respectiva norma. Partiendo de las premisas normativa y fáctica debe a la mayor profundidad posible exponer las razones que nos llevaron a tomar determinada decisión, no en un sentido de corazonada, sino, desde la racionalidad como una garantía al control judicial de su decisión.

Muchas son las teorías que en la historia se han aplicado en las decisiones judiciales como la de la argumentación a través de la lógica, que sostenía la integridad de la decisión judicial, es decir, que el proceso de construcción por parte del juez de la decisión que iba tomar al caso concreto podría definirse sin ningún tipo de inconveniente a través de la lógica; otros por el contrario afirman que el razonamiento jurídico no tiene nada que ver con la lógica sino con la ideología, las subjetividades y las intenciones de corazón, tipificándose esto como unos irracionales; otros estiman que el verdadero ra-

zonamiento jurídico recae en una simple técnica para lograr la persuasión de los destinatarios de la justicia; una vertiente crítica, por su lado, concibe el razonamiento jurídico como una vertiente ideológica utilizada por las clases dominantes para lograr sus fines y propósitos, utilizando prácticas correctivas o parte de los operadores judiciales. También están los que justifican el razonamiento jurídico mediante las concepciones divinas y la persuasión de que frente a la divinidad se pueden lograr de manera correcta las decisiones judiciales más acertadas representadas en el *Jusnaturalismo*; otros como Dworkin que afirman que los jueces requieren de una argumentación para decidir los casos difíciles, y finalmente, está la teoría de la argumentación racional de la decisión judicial.

Con la bifurcación de los poderes se estableció que cada uno de ellos no solamente debía tener una independencia, sino que además debía respetársele las funciones asignadas constitucionalmente. En este orden de ideas, el Legislativo cuya función estaba en expedir las normas jurídicas que debían regir las relaciones entre particulares y de estos con el Estado, se consolidó la teoría de que el legislador era capaz de prever todas las circunstancias en que el hombre podría verse envuelto y de esta manera se entendía que en caso de surgir cualquier conflicto el legislador en el orden jurídico garantizaba la norma que había de usarse, por lo tanto, los jueces no tenían otra función sino la de aplicarla.

Con el correr del tiempo los jueces se encontraron en serias dificultades para aplicar la norma jurídica al caso que se le había sometido

para su decisión, dado que la disposición ofrecía varias interpretaciones, en este sentido los jueces debían realizar interpretaciones que fueran más allá a lo que los jueces anteriores venían haciendo, como el de dar un alcance adicional a la Norma para poder escoger la interpretación adecuada de las entre varias existentes por lo tanto, requiere de una racionalidad.

Cuando el operador judicial argumenta desde su corazonada, o llevado por las emociones o por los sentimientos no solo esa argumentación se forja como irracional, sino que se identifica con la arbitrariedad, lo cual impide que se ejerzan los controles adecuados a su decisión, o que en otro sentido significa vulnerarse el derecho de defensa por la ausencia de las razones justificadas.

La teoría de la argumentación de las decisiones judiciales sin lugar a dudas pasó a ocupar un lugar preponderante en la práctica judicial, y de los diferentes matices que esta teoría presenta está el de la argumentación racional, como la más idónea para establecer las garantías de la defensa de las partes del debido proceso y de la realización de la justicia.

La jurista Feteris (2007) en su obra *Fundamento de la argumentación jurídica* nos dice que:

“en los años 70 se publicaron varios estudios sobre el argumento jurídico. El primero de ellos se ocupaba de los enfoques lógicos. Horovitz (1972) presentó una revisión general de la investigación en el campo de la lógica jurídica formal e informal. Kalinowski (1972) examinó

diversos enfoques de lógica jurídica. En las publicaciones posteriores, la atención se trasladó a la teoría de la argumentación jurídica en sí misma. Struck (1977) examinó diversos modelos de argumentos y Alexy (1989) desarrolló una teoría del argumento jurídico adaptada de los principios más generales de la teoría de la argumentación. Rieke (1982) revisó los resultados de la investigación acerca de los diversos usos que acompañan el lenguaje argumentativo.”

Las anteriores maneras de decidir los casos le dieron a los jueces una particular identificación, como el juez Júpiter denominado así por el apego absoluto al formalismo y al positivismo, es decir, a esos jueces que creían en la omnipotencia del legislador y que en el orden jurídico creado por estos encontraban la solución a los casos sin que tuvieran necesidad de acudir a interpretaciones adicionales; también están los llamados jueces Hércules tal como lo denomina Dworkin, que frente a los casos difíciles, comprende que el legislador no puede prever toda solución ni ser capaz de determinar las circunstancias especialmente problemáticas que el desarrollo de la sociedad pueda traer, en tal virtud ese juez debe crear el derecho cuando el caso concreto lo amerite.

La diferencia entre el juez Júpiter y el juez Hércules radica, entre otras, en que el primero utiliza el método deductivo bajo la convicción que la norma jurídica que va a aplicar proviene de un legislador racional, mientras que el segundo parte de una racionalidad inductiva.

CONCLUSIONES

La argumentación entendida como un conjunto de razonamientos que propenden por el establecimiento de proposiciones que aseguran la certeza de lo que se está afirmando o negando, sin lugar a dudas refleja una garantía para el debido proceso por cuanto permite conocer cuáles fueron las razones que llevaron al juez para tomar una decisión, de la misma manera tratándose de las partes cuando estas sostienen una posición dentro del proceso como por ejemplo, alegar una nulidad o interponer un recurso, a través de la argumentación se conocen las razones de su inconformidad.

En el caso particular de los jueces, sus decisiones necesariamente deben estar argumentadas, para que los demás sujetos procesales conozcan no solo los criterios que tuvo el operador judicial para llegar a determinada conclusión, sino los fundamentos jurídicos y fácticos que la estructuran. Ese conocimiento que expone el juez puede garantizar que la parte afectada con la decisión pueda en un momento determinado cuestionarla a través de los instrumentos legales como podrían ser los recursos, lo que implica que sirve como un control a la actividad judicial a efectos de que el superior pueda revisar su actuación y si es del caso modificarla o revocarla.

Si los jueces no argumentaran sus decisiones judiciales no podrían conocerse las razones que tuvieron para decidir de una u otra forma, en consecuencia el derecho de defensa de la parte perjudicada no estaría garantizado porque no sabría sobre qué fundamentar su cuestionamiento, del mismo modo no podría hacer buen uso del principio constitucional de la doble instancia.

El maestro Manuel Atienza (2006) dice que en relación con las decisiones básicamente existen dos tipos de razones: explicativas y justificativas. Las primeras tratan de dar cuenta de porqué se tomó una determinada decisión –cuál fue la causa que la motivó–, y de qué finalidad perseguía: a diferencia de los hechos naturales, las acciones humanas, las acciones intencionales como “decidir”, presuponen fines. Las segundas, las razones justificativas, están dirigidas a lograr que la decisión resulte aceptable o correcta.

Por tanto, se puede concluir que la decisión judicial por ser una acción humana no solo debe ser explicada sino que fundamentalmente debe ser justificada, esto último es precisamente lo que asegura las garantías para un debido proceso.

REFERENCIAS

- Barrios, D. (2005). *Teoría del proceso*. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda.
- Colombia. Constitución Política Nacional.
- Feteris, E. (s.f.). *Fundamentos de la argumentación jurídica*. Bogotá: Edición Universidad Nacional de Colombia.
- Gascón, A. (2004). *Los hechos en el derecho*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Gozaini, O. (2010). *Elementos de Juicio*. Editorial José Gregorio Hernández Galindo, Publicaciones y Medios EU. p. 76.
- Laporta, F. (2007). *El imperio de la ley*. Madrid: Editorial Trotta.
- Morello, A. (2004). *Dificultades de la prueba en procesos complejos*. Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni.

- Rocco, A. (2008). *La sentencia civil*. Bogotá: Editorial Leyer.
- Squella, A. (2005). *Justificar decisiones jurídicas y justificar decisiones judiciales*. Santiago de Chile: Edición Universidad Austral de Chile.
- Tarazona, J. (2002). *El Estado Social de Derecho y la Rama Judicial*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta.
- Taruffo, M. (2006). *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Wroblewski, J. (1989). *La prueba jurídica: axiología, lógica y argumentación, en sentido y hecho en el derecho*. San Sebastián, País Vasco.