

JUAN MARCELINO GONZÁLEZ GARCETE

DERECHO JUDICIAL

Juan Marcelino González Garcete

PROFESOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DERECHO JUDICIAL

2015



© Juan Marcelino González Garcete
Derecho judicial

Editorial Arandurã
Tte. Fariña 1028
Asunción-Paraguay
Tel.: (595 21) 214 295
e-mail: arandura@hotmail.com
www.arandura.com.py

Noviembre 2015

DEDICATORIA:

Al Prof. Amelio Calonga Arce

“Algunas veces me pregunté si en países como el mío, con escasos lectores y tantos pobres, analfabetos e injusticias, donde la cultura era privilegio de tan pocos, escribir no era un lujo solipsista. Pero estas dudas nunca asfixiaron mi vocación y seguí siempre escribiendo, incluso en aquellos períodos en que los trabajos alimenticios absorbían casi todo mi tiempo...”.

MARIO VARGAS LLOSA:
ELOGIO DE LA LECTURA Y LA FICCIÓN¹.

1 DISCURSO NOBEL. 7 de diciembre del 2010. FUNDACIÓN NOBEL 2010.

Índice

Presentación

CAPÍTULO I

LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Introducción.....	17
La Función Jurisdiccional.....	18
La Función Jurisdiccional desde el punto de vista formal.....	19
La función Jurisdiccional desde el punto de vista Material.....	19
La función judicial: la jurisdicción.....	20
De la jurisdicción y competencia.....	21

CAPÍTULO II

FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y LA COMPETENCIA

Introducción.....	33
La competencia.....	34

CAPÍTULO III

“INDEPENDENCIA FUNCIONAL:

REQUISITO ESENCIAL DEL PERFIL DEL JUEZ”

Nociones preliminares.....	43
Conceptos y definiciones de jurisdicción.....	43
¿Qué diferencia existen entre función jurisdiccional, acto jurisdiccional y sentencia?	46
Requisitos para el ejercicio de la jurisdicción.....	46
Poderes de la jurisdicción.....	47

CAPÍTULO IV

¿ES EL JUEZ UN CREADOR DEL DERECHO?

Introducción.....	49
Justicia como lógica de la historia.....	51
Ética judicial.....	55

CAPÍTULO V

"INDEPENDENCIA FUNCIONAL:

REQUISITO ESENCIAL DEL PERFIL DEL JUEZ"

La independencia del poder judicial	61
La unidad de jurisdicción.....	66
Los actos atentatorios contra la independencia del poder judicial.....	66
Efectos de los actos que atentan contra la independencia del poder judicial.....	68

CAPÍTULO VI

"EL VALOR JUSTICIA"

Preludio.....	73
El rol del juez constitucional en la aplicación de la Constitución	76

CAPITULO VII

"LA HERMENEUTICA JURÍDICA"

La interpretación jurídica	83
Hermenéutica jurídica	84
Antecedentes históricos de la interpretación jurídica	85
Objetos de la interpretación jurídica:.....	86
Finalidad de la interpretación jurídica	86
Elementos de la interpretación.....	86
Importancia de la interpretación jurídica	87
Características de la interpretación jurídica	88
Escuelas de interpretación jurídica	89
Tipos de interpretación jurídica	91
Método de interpretación jurídica	94
Principales reglas prácticas de hermenéutica jurídica	97

CAPÍTULO VIII

"LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA"

¿Qué es la prueba?.....	101
¿Cuál es la misión del juez luego de que las partes realicen la acreditación de sus hechos?	103
Principios generales en la prueba judicial	103
¿Qué se debe realizar si hay algún indicio o signo de parcialidad del juzgador?.....	108
¿Que implica la valoración de la prueba?	109
Diversas operaciones del proceso mental de valoración o apreciación de la prueba.....	112
Función fundamental de la lógica.....	113
Otros conocimientos científicos y técnicos	114
Momento en que se ejerce la actividad valorativa.....	115
Fin de la apreciación o valoración de la prueba	115

Probar como actividad procesal ¿es totalmente diferente de los medios probatorios que se utilizan dentro del proceso para acreditar los hechos?	116
La distinción entre interpretar y valorar.....	117
¿Qué se entiende por valoración de la prueba?	118
¿Qué se entiende por valoración o apreciación de la prueba?.....	118
¿Qué se entiende por valoración conjunta de las pruebas?	119
¿Qué sistemas concurren en la apreciación o valoración de las pruebas? ..	119
¿Qué es la sana crítica y cuál su posición frente a los dos sistemas anteriores?	120
Sistema de la tarifa legal.....	122
Sistema de la libre valoración o valoración razonada.....	125
La sana crítica.....	126
 BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA	 131

Presentación

En los últimos años y debido al desprestigio que padece el Poder Judicial, el ciudadano no siente garantizado el derecho a una sentencia justa.

El objeto y finalidad del presente estudio constituye la importancia del Juez y su rol activo en el proceso civil, a los fines de verificar la verdad material o histórica.

Así y a los fines de formar la convicción necesaria, suficiente y motivada respecto a la verdad jurídica objetiva, el juez se valdrá de todas las medidas de prueba que a su juicio sean razonables, a condición de que no medie agravio para el derecho de defensa.

Caso contrario, el no acceder (por la suyas) a la verdad jurídica objetiva, dictará una sentencia formal, aparente, inadecuada, que no se conforma con los fines del SERVICIO DE JUSTICIA.

La función del juez en el proceso civil, debe ser la de <director o conductor del proceso>, alejado del <juez dictador>, propio de los gobiernos revolucionarios, que le otorgan enorme poderes frente al ciudadano común, como así también del <juez espectador> que, con una actitud pasiva, se limita a dictar un pronunciamiento pensando únicamente en la aplicación que estime correcta de la ley, pero alejándose de la realidad.

Los jueces, por consiguiente, deben realizar el uso adecuado de los deberes que la ley les confiere, a fin de <descubrir> la verdad material sobre lo formal, incluso en forma oficiosa, ante el error o negligencia de los justiciables.

Se analizará que el principal deber del juez es dictar una sentencia justa, o lo más justa posible y para ello, debe utilizar todos los medios que el proceso judicial le brinda; las partes tienen la carga de aportar las pruebas, pero si el juez no está convencido de cómo

ocurrieron los hechos controvertidos, el ordenamiento procesal le otorga una serie de instrumentos para formarse una convicción de los hechos litigiosos independiente de la voluntad de las partes y pueda cumplir —obviamente asegurando el pleno control bilateral— con ese deber fundamental. *Si no lo usa no podrá dictar una sentencia justa.*

Es por ello que se demostrará, refutando los que argumentan la pasividad del juez y que el nuevo milenio debe ser un tiempo de renovación y también de una nueva administración de Justicia, que la iniciativa probatoria del juez, no afectan su imparcialidad, ni el debido proceso, ni a la igualdad de las partes, que serían las principales limitaciones.

Traduce la idea de que si la calidad de la justicia es el fin deseado, los medios para lograrla deben ser buscados y evaluados.

La independencia funcional de los magistrados deben ser convenientemente garantizada si se desea, en realidad, instituir un sistema judicial que sirva de instrumento idóneo para la consolidación y mantenimiento del Estado de Derecho.

En el afán de consolidar y garantizar al máximo la independencia del Poder Judicial y asegurar su eficacia e idoneidad, la doctrina ha discutido largamente acerca de la creación de un órgano mixto para la selección y designación de sus integrantes, como asimismo se ha establecido el principio de la inamovilidad judicial, el cual, por su innegable contenido ideológico-político, ha provocado grandes polémicas que han dividido a los tratadistas a favor o en contra de la mencionada garantía funcional.

Estrechamente vinculado con los principios de independencia e idoneidad de la función judicial, y, más propiamente, como instrumento o vehículo de los mismos, ha sido concebido por la Carta Magna un organismo muy especial denominado “Consejo de la Magistratura”.

Sirva la presente obra como un nuevo testimonio de nuestra fe en el derecho y de nuestra inquebrantable vocación por la justicia.

EL AUTOR

CAPÍTULO I

LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

*“El derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin, y como toda idea de tendencia, es esencialmente doble porque encierra en sí una antítesis, **el fin y el medio**. No basta investigar el fin, se debe además mostrar el **camino** que a él conduzca. He aquí dos cuestiones a las que el derecho debe siempre procurar una solución hasta el punto que puede decirse que el derecho no es en su conjunto y en cada uno de sus partes más que una constante respuesta a aquella doble pregunta...**Mas el medio**, por muy variado que sea, **se reduce siempre a la lucha contra la “injusticia”**. La idea del derecho encierra una antítesis que nace de esta idea, de la que es completamente inseparable: la lucha y la paz; la paz es el término del derecho, la lucha es el medio de alcanzarlo”.*

(VON IHERING, Rudolf; “La lucha por el Derecho”, ed. Perrot, Bs. As., 1985, pág. 57)

Introducción

La función jurisdiccional de nuestra época se encuentra sujeta a una profunda revisión en virtud de su creciente complejidad, ya que lo que se había concebido de manera tradicional como una actividad puramente técnica de resolución de conflictos jurídicos se ha transformado en uno de los servicios públicos esenciales del Estado.

Con el propósito de conceptuar nuestro objeto de estudio iniciaremos por decir que el término *poder* proviene del latín *potere*, vocablo que se puede entender como una doble significación, como lo expone el Mtro. Burgoa, al señalar que son dos los sentidos en los que se puede emplear la locución; el orgánico que se refiere al conjunto de tribunales, y el funcional que implica la actividad que desempeñan. Nos referiremos al Poder Judicial como el organismo integrado por los jueces y tribunales que conocen y deciden

las controversias sobre la aplicación de leyes en el Estado Social de Derecho.

La Función Jurisdiccional

Según el concepto del doctor Andrés Serra Rojas, la Función Jurisdiccional, es creada como una necesidad ineludible de orden, armonía y estabilización del orden jurídico, de lo contrario, la organización social sería caótica.

Según el doctor Andrés Serra Rojas analizaremos los siguientes conceptos:

La función jurisdiccional corresponde al tercer grupo de actividades del estado, autonomías funcionales y se manifiesta en su acto fundamental que es la sentencia, al igual que la ley corresponde a la función legislativa y la decisión a la administrativa.

La función ejecutiva se divide en dos ramas importantes, la Función Ejecutiva en sentido estricto y se relaciona con las actividades administrativas del estado y la Función Jurisdiccional, resuelve los asuntos controvertidos que se suscitan por la aplicación de leyes a través de los jueces y tribunales...La expresión JURISDICCION, viene del latín jurisdicción, que significa “decir el derecho”.

La función Jurisdiccional es la función que normalmente se encarga el poder judicial y se define como la acción jurídica encaminada a la declaración del derecho, en ocasión de un caso determinado, contencioso o no y con fuerza de cosa juzgada.

Se le denomina también función judicial, pero el más frecuente es el de Función Jurisdiccional. *León Duguit*, no está de acuerdo con la expresión Función Judicial porque aquella evoca el criterio formal y la Función Jurisdiccional, se refiere a la verdadera naturaleza de dicha función.

Los autores modernos insisten en precisar la imposibilidad de distinguir claramente la acción de administrar de una pretendida Función Jurisdiccional.

Los jueces interpretan la conciencia jurídica, dando realidad al derecho, pero al hacerlo contribuyen a formar, modificar y robustecer el orden jurídico imperante, es por tanto que en el derecho mo-

dermo, la jurisdicción está subordinada a la legislación a diferencia de las épocas primitivas en que los jueces antecederon a las leyes.

El poder judicial, es a manera de una maquinaria a disposición de los particulares y del estado. El juez para actuar necesita del requerimiento de las partes, en ese momento substituyendo a la voluntad de ellas, siendo que el órgano titular de la Función Jurisdiccional, es ajeno a la cuestión o relación sobre la que se pronuncia.

La Función Jurisdiccional desde el punto de vista formal

La Función Jurisdiccional desde el punto de vista formal, alude a la organización constitucional que asigna a la tarea de ejercer dicha función al poder judicial para preservar al derecho.

La función Jurisdiccional también llamada Función Judicial, desde el punto de vista formal, es la actividad que normalmente corresponde al Poder Judicial. Todos estos actos deben considerarse formalmente jurisdiccionales; su propósito es realizar la justicia en el marco que establecen las leyes.

La función Jurisdiccional desde el punto de vista Material

En cuanto al acto administrativo y el acto jurisdiccional su diferencia es muy difícil de señalar, porque ambos son ejecutivos, creadores de situaciones jurídicas individuales, hasta hace pensar a algunos que no difieren estas cuestiones (hacer las leyes, hacerlas ejecutar), me parecen en buena lógica, términos entre los cuales o al lado de los cuales no hay lugar vacío, el acto particular de interpretar la ley en caso de conflicto, forman necesariamente parte del acto general de hacer ejecutar la ley.

La Función Jurisdiccional es una actividad del estado subordinada al orden jurídico y atributiva, constitutiva o productora de derechos en los conflictos concretos o particulares que se le someten para comprobar una regla de derecho o de una situación de hecho y adoptar una solución adecuada. Esta actividad da solución a un conflicto de intereses.

La finalidad del acto jurisdiccional es declarar imparcialmente el derecho en los casos controvertidos o de conflictos que son de su competencia. Es una actividad de ejecución de la ley hecha por el

poder judicial, pero que responde a motivos, efectos y fines diversos de los fines administrativos.

La importancia de las formas contenciosas del proceso, es manifiesta, en todo acto jurisdiccional estamos en presencia de un conflicto de intereses, que amerita la intervención judicial para mantener o declarar el derecho o naturaleza controvertido. Establecida la Litis, en resultados o hechos y en consideraciones jurídicas ofrecidas, la prueba la sentencia es la culminación de ese proceso.

La naturaleza jurídica de la sentencia descubre la intención de la ley y la aplica al caso en debate como objeto exclusivo de la resolución, dando con ello que la sentencia altere el orden jurídico como efecto de aplicación del derecho. El Acto Jurisdiccional es imparcial, hace cierto y establece el derecho dudoso e incierto, al aplicar el derecho, da solución a un conflicto que se ha plantado al juez.

La Función Judicial: LA JURISDICCIÓN

La función propia del juez consiste en la jurisdicción. Etimológicamente, el vocablo deriva de iuris, que quiere decir derecho, y de dictio, que quiere decir declaración. Se puede afirmar, entonces, que la jurisdicción es el arte de exponer la ley sin establecerla.

La jurisdicción reviste notable importancia desde el punto de vista político, pues evita la justicia por manos propias y se expresa por medio de un instrumento normativo al que se llama sentencia.

La sentencia es el resultado final del seguimiento de un proceso que está previamente establecido por la ley.

En la redacción de una sentencia judicial, además de tener en cuenta el seguimiento del proceso, hay que establecer la fundamentación del fallo. Esto significa que el juez debe presentar una justificación de su veredicto. Para el efecto, el juez podrá recurrir a argumentos y razones tomados de la teoría de la argumentación.

Además del seguimiento de un proceso y de la fundamentación de un fallo, la sentencia emitida por el juez deberá ajustarse a principios de legalidad, racionalidad y logicidad.

Todo acto cumplido por un juez o tribunal de justicia que contenga los elementos enunciados en la noción de acto jurisdiccional

formulada anteriormente, constituye una exteriorización de *jurisdicción judicial*.

En ese orden de ideas cuadra señalar que siempre que medie un *conflicto* entre particulares, o entre particular y el Estado, referente a derechos subjetivos privados de aquéllos, o se encuentre en tela de juicio la aplicación de alguna norma jurídica, la intervención de un órgano judicial es constitucionalmente ineludible.¹

En resumen: la función propia del juez consiste en aplicar la norma general a un caso particular, y en expresar su veredicto por medio de la sentencia judicial.

DE LA JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA²

GENERALIDADES

PLANTEAMIENTO DEL TEMA: La doctrina suele caracterizar como el fenómeno jurídico a través del cual se exterioriza el ejercicio de la *función jurisdiccional* del Estado.

Ya se ha anticipado el error que encierra ese criterio, puntualizándose que la idea de jurisdicción es ajena a toda una categoría de procesos judiciales, como son los llamados *voluntarios*, y a gran

1 Constitución Nacional.

Art. 15 (prohibición de hacer justicia por sí mismo)

Art. 16 (defensa en juicio)

Art. 17 (derechos procesales)

Art. 132 al 136 (garantías constitucionales) y concordantes con los Arts. 247, 248, 259, 260, 265, 273 y 275.

Código Procesal Civil.

Art. 3° al 14, 28, 100 inc. b), 121 inc. b), 210, 216, 238 inc. a), 271, 503, 508, 521, 533, 566, 603, 613, 620, 685, 703, 703, 733 y 758.

Código de Organización Judicial.

Art. 5 al 36 (jurisdicción)

Art. 38 al 40 (Juzgado de Primera Instancia)

Art. 42 al 45 (Justicia Letrada en lo Civil y Comercial)

Art. 56 (Justicia de Paz)

Art. 57 al 59 (Juzgado de Paz en lo Civil, Comercial y Laboral)

2 Dice ALSINA que el Estado no se limita a establecer el derecho, sino que garantiza su cumplimiento, este es el contenido de la función jurisdiccional. El Art. 5 del COJ define la jurisdicción cuando expresa: “La jurisdicción consiste en la potestad de conocer y decidir en juicio y de hacer ejecutar lo juzgado”. La jurisdicción es la facultad conferida a los jueces para administrar justicia en las controversias con relevancia jurídica. La jurisdicción es un atributo de la soberanía, de allí que todos los jueces integrantes del Poder Judicial tienen jurisdicción, pero no todos tienen competencia para conocer y decidir en un determinado asunto.

parte de la actividad de que los órganos judiciales despliegan en los procesos contenciosos.

La precedente conclusión, que será demostrada en este capítulo, justifica el empleo de la expresión “función pública procesal”, en reemplazo del vocablo “jurisdicción”, para encabezar el estudio de la naturaleza y características que reviste la actividad que cumplan los órganos judiciales y arbitrales como sujetos primarios del proceso.

Lo dicho no importa, naturalmente, desconocer la fundamental importancia que tiene, dentro de esa función genérica, la función jurisdiccional, a cuyo estudio corresponde asignar un lugar preferente.

CONCEPTO ETIMOLÓGICO Y JURÍDICO

Etimológicamente, deriva de las voces latinas “*jus dicere, juris dictio*”, que significa declarar el derecho, en tanto que la facultad de establecer el derecho se expresaba con “*jus dare, jus datio*”.

Desde el punto de vista jurídico podría definirse diciendo que la jurisdicción “*es la potestad pública atribuida por delegación de los jueces y tribunales en exclusividad para que, haciendo ejecutar la ley en forma obligatoria en los procesos, conozcan, decidan y ejecuten la sentencia*”. El principio general que rige la materia, contenida en el artículo 1 del Código Procesal Civil, reza textualmente: “*Las disposiciones de este código se aplicarán a los procesos que deban sustanciarse ante los jueces y tribunales de la jurisdicción civil y comercial*”.³

Elementos

Son elementos indispensables de la jurisdicción los siguientes:

- a) La “*notio*”, que desde el punto de vista etimológico es una voz latina, que significa noción o idea de lo que es la jurisdicción, o sea la facultad de disponer el practicamiento de diligencias y demás pruebas que sean necesarias para ilustrar la conciencia del juez;

3 BERNAL CASCO, Gerardo. Compendio Teórico-Práctico de Procedimiento Civil y Comercial – Parte I, pág. 49

- b) La “*vocatio*”, voz también latina, que quiere decir “desde el punto de vista jurídico”; en otros aspectos vendría a ser la facultad misma de dictar sentencia de acuerdo con las leyes declarando el derecho que corresponde a cada uno de los litigantes;
- c) El “*imperium*”, que en su raíz etimológica significa imperar, o sea representa el ejercicio de la autoridad absoluta, mandar con autoridad o, lo que es lo mismo, la potestad para disponer de la fuerza pública a los efectos de hacer cumplir las decisiones judiciales;
- d) La “*coercio*”, que etimológicamente proviene de la voz latina “*coercere*”, utilizada en el idioma castellano como sinónimo de “*coercere*”, utilizada en el idioma castellano como sinónimo de “*coercere*”, vendría a ser la acción de contener un desorden o establecer disciplina; en otros términos, era la facultad que tenían los jueces para obligar a las partes a observar una conducta o un comportamiento de acuerdo con las normas de procedimiento y de ética.⁴

CARACTERES Y EXTENSIÓN DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

Entre los caracteres fundamentales, tenemos:

- 1) LA FUNCIÓN JUDICIAL, SEA JURISDICCIONAL O ADMINISTRATIVA, exhibe los siguientes caracteres: 1º) Es un *poder –deber*, desde que comprende la facultad del juez o tribunal de decidir los asuntos que se someten a su conocimiento y el deber en que se encuentra de administrar justicia cada vez que esa actividad sea requerida en un caso concreto (salvo que el caso sometido a la decisión judicial no requiera la solución de un conflicto, en cuyo supuesto el juez o tribunal debe denegar su intervención si no existe una ley expresa que la autorice); 2º) Es ejercida por órganos independientes, que integran un poder del Estado provisto de autonomía con relación a los poderes políticos, y que, a diferencia de los órganos administrativos, no se hallan sujetos a las directivas o instrucciones de superiores jerárquicos; 3º) Es *indelegable*, por cuanto el juez no puede delegar en otras personas el ejercicio de

⁴ BERNAL CASCO, Gerardo. Compendio Teórico-Práctico de Procedimiento Civil y Comercial – Parte I, pág. 51

sus funciones, aunque por razones de competencia territorial le está permitido encomendar a los jueces de otras localidades la realización de diligencias determinadas; 4º) Es una *función autónoma*, porque la función de administrar justicia no está sometida a control de otros poderes, ni instituciones públicas o privadas, al emitir sus decisiones los realiza sin interferencia ni opinión de otras personas.

- 2) LA FUNCIÓN JUDICIAL, en tanto atributo de la soberanía del Estado, sólo puede ser ejercida dentro de los límites territoriales de aquél y en los lugares en que lo admite el derecho internacional (en alta mar, en los buques que llevan su bandera o en los que pasan por aguas de su exclusivo dominio). Ello no obsta a que los jueces apliquen normas jurídicas sancionadas por otros Estados se ejecutan, en ciertas condiciones, sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros, pues en ambos casos se trata de la aplicación de normas de derecho interno que admiten la extraterritorialidad de esas leyes y de esas sentencias.

Están sometidas a la función judicial del Estado todas las personas, físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, que habitan o se hallen radicadas en su territorio.⁵

- 3) ES EMINENTEMENTE PÚBLICO, por ser la jurisdicción parte de la soberanía del Estado, a donde pueden recurrir todas las personas-ciudadanos nacionales o extranjeros sin distinción alguna, ni discriminación de raza, religión, idioma, economía, política, edad, sexo, etc.; es decir, está al servicio del público en general. *Tiene un eminente carácter público, como parte de la soberanía del Estado y a ella pueden acudir todos los ciudadanos sin distinción alguna.*

5 Según lo establece la Ley 963, modificatoria de la Ley 879/81, el Poder Judicial está ejercido por:
La Corte Suprema de Justicia;
El Tribunal de Cuentas.
Los Tribunales de Apelación;
Los Tribunales de Apelación de Menores;
Los Juzgados de Primera Instancia;
Los Juzgados Tutelares y Correccionales de Menores;
La Justicia de Paz Letrada (Justicia Letrada, C.P.C.);
Los Juzgados de Instrucción;
Los Jueces Árbitros y Arbitradores; y
Los Jueces de Paz.

DERECHO A LA JURISDICCIÓN

Es la facultad que tiene toda persona de poder ocurrir ante el órgano judicial en procura de justicia como consecuencia de la prohibición de hacerse justicia por mano propia (autotela). Dispone la Constitución: *“Nadie podrá hacer justicia por sí mismo ni reclamar sus derechos con violencia, pero se garantiza la legítima defensa”*.⁶

El juez debe ser el juez natural, es decir, los tribunales pre-existentes establecidos por la ley, en forma objetiva y con carácter permanente. En este sentido el Art. 16, 2º parte, de la Constitución, establece: “Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales”.

Entre las características; podemos resumirlas como siguen:⁷

1. Nuestro régimen está inspirado en el principio tripartito de la división de poderes y, en consecuencia, confía el ejercicio de la jurisdicción a un órgano específico: el Poder Judicial.
2. Teniendo su origen en el poder del Estado, la jurisdicción debe necesariamente participar de sus caracteres fundamentales. Tenemos entonces que el mismo constituye un servicio público, en cuanto importa el ejercicio de la función pública. En consecuencia, todos los administradores, en igualdad de condiciones, tienen derecho al ejercicio de la jurisdicción, para la protección de sus legítimos derechos.
3. De ello resulta que, si bien la jurisdicción constituye un derecho subjetivo del Estado, implica al mismo tiempo un deber desde que toda persona tiene derecho a pretender del Estado, bajo ciertas condiciones, el ejercicio de su actividad jurisdiccional. Por eso se dice que la jurisdicción ofrece doble aspecto: *es poder-deber*.
4. El poder jurisdiccional no puede lógicamente extenderse más allá de los límites territoriales dentro de los cuales el Estado ejerce el suyo.

De este principio derivan tres consecuencias:

⁶ Art. 15

⁷ IRÚM BRUSQUETTI, Luis. Manual del Derecho Procesal Civil. Parte General. Pág. 72 y ss

- a) los órganos judiciales sólo ejercen su jurisdicción dentro del territorio del Estado. Si necesitan hacerlo fuera del mismo, deben requerir la intervención de las autoridades del otro Estado, mediante el correspondiente exhorto;
 - b) los jueces no pueden aplicar otras leyes que las sancionadas por el Estado, pero excepcionalmente les está permitido aplicar una ley extranjera cuando se trate de la capacidad de las personas o de las formas de los actos jurídicos; etc.;
 - c) sus resoluciones no tienen eficacia fuera del territorio, pero pueden ser ejecutadas en otros países cuando las leyes o el principio de reciprocidad lo permitan.
5. La jurisdicción se ejerce sobre las personas y las cosas que existan dentro del límite territorial en que el juez ejerce sus facultades.
6. La jurisdicción es indelegable, porque, por la actitud especial que requiere para desempeñar el cargo y por la naturaleza intelectual de la función, debe necesariamente ejercerse por la persona a quien ha sido conferida (salvo la territorial, según veremos).

UNIDAD DE JURISDICCIÓN

El concepto unitario de jurisdicción en el sentido de que ésta constituye la función pública de dirimir conflictos de intereses, significa que el Estado debe tutelar el derecho subjetivo, realizando a la vez el derecho objetivo, decidiendo la controversia e imponiendo el cumplimiento de su decisión.⁸

Ni el Poder Legislativo ni el Poder Ejecutivo cuando resuelven cuestiones o juzgan (juicio político) emiten sentencias en el sentido y con los efectos que éstas tienen en el ordenamiento jurídico. La Constitución es clara al respecto, dice el Art. 248, 1º **párrafo**: “*Queda garantizada la independencia del Poder Judicial. Sólo él puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso*”.

⁸ CASCO PAGANO, Hernán. Código Procesal Civil Comentado y Concordado, Tomo I, pág. 30. Editora La Ley Paraguaya S.A.

El juez como órgano del Estado, imparcial e independiente, es el único capaz de decidir los conflictos en que es requerido a instancia de parte.

Para el justiciable, titular del interés en conflicto, la jurisdicción constituye el único medio permitido para obtener el reconocimiento de su derecho, como consecuencia de la prohibición de la autotutela.

TIPO DE JURISDICCIÓN

Bello y Jiménez (2.008), citando a Echandía, precisa que:

“...la Jurisdicción es una y única, como emana de su propia naturaleza, siendo una función que deviene de su soberanía, mediante la cual administra justicia y obliga a los justiciables a someter sus intereses personales o particulares al interés público...” (p. 504)⁹

Analizando el párrafo anterior, se puede decir que la jurisdicción es indivisible Sin embargo, suele distinguirse diversos aspectos que clasifican la jurisdicción de la siguiente manera:

Jurisdicción Voluntaria o No Contenciosa

Bello y Jiménez (2.008), hace referencia que en la Jurisdicción Voluntaria:

“... hay la carencia de contención alguna, vale decir, no se encuentran dos o más sujetos en controversia acerca de la existencia no de un derecho, ejercitándose únicamente la solicitud de un sujeto que requiere darle legalidad a una actuación o certeza a algún derecho, sin que exista desacuerdo entre los justiciables que lo invoquen.”(p. 505)

Esta clasificación tiene lugar cuando no hay una controversia que resolver, no hay decisión de sentencia, las decisiones que se dicten en esta jurisdicción no producen cosa juzgada, pudiendo ser revestidas en sede ordinaria, es de carácter probatorio, ya que tien-

9 “Diccionario Jurídico Elemental”, Cabanella de Torres, Editorial Heliasta, Argentina.

de a suplir una prueba o darle importancia a un hecho que no lo tenía.

Jurisdicción Contenciosa:

En cuanto a este tipo de Jurisdicción, Bello y Jiménez (2.008), indican que:¹⁰

“...se ejercita en la medida en que las personas requieren de la intervención del órgano dirimidor de conflicto, para dar una decisión que resuelva la problemática planteada entre los justiciables, sobre la cual no se ha podido establecer un acuerdo extra proceso...”(p. 505)

Se trata de una jurisdicción que se aplica, cuando las personas requieren de la intervención de los órganos judiciales, para dar una decisión que resuelva la problemática existente entre las partes, los cuales no han logrado llegar o establecer ningún acuerdo.

Jurisdicción Ordinaria y Especial:

Entre tanto Bello y Jiménez (2.008), establecen que:

“...el conocimiento de cualquier asunto que la ley no le atribuya una jurisdicción especial, como lo es la civil, mercantil y penal...”
(p. 508)

Lo debe conocer la jurisdicción ordinaria, por otro lado estos actores, también hacen referencia que en los casos:

“...en los cuales la ley le atribuye a un determinado órgano jurisdiccional el conocimiento de ciertas materias especiales, tales como sucede en materia de tribunal del trabajo, niños, niñas y adolescentes, contencioso en lo administrativo, bancarios entre otros.”
(p. 508)¹¹

Los debe conocer la Jurisdicción especial.

¹⁰“Teoría General del Procedimiento”, Tomo II, Bello y Jiménez, Agosto - 2.008, Ediciones Liber, Caracas- Venezuela.

¹¹Alzamora Valdez. Mario. Derecho Procesal Civil (Teoría General del Proceso) Págs.77 y 86.

Jurisdicción Disciplinaria:

Puppio (2.009), dice que en la Jurisdicción Disciplinaria:

“Los tribunales... pueden imponer correcciones disciplinarias a las partes... o a cualquier persona, cuando falten el respeto que merece la función jurisdiccional, o cuando no guarden el orden en los actos procesales.”

En este caso se hace referencia a las normas y procesales y organizaciones judiciales cuyo fin es establecer sanciones disciplinarias e imponer modos de conductas tanto a los jueces, a los empleados, como a las partes.

CONTIENDA DE JURISDICCIÓN

La contienda de jurisdicción se da principalmente entre jueces de fuero y el otro distinto, la que una vez suscitada, el órgano competente para conocer y decidir en el caso es la máxima instancia judicial de la República, es decir la Corte Suprema de Justicia, por intermedio de la Sala Civil y Comercial, quien una vez recibidas las actuaciones judiciales que contienden la contienda planteada, a estar por lo dispuesto en el artículo 12 del Código de Forma, deberá correr vista al Fiscal General del Estado por el termino de tres días, y luego de agotamiento los trámites de rigor, deberá pronunciarse dentro de los cinco días siguientes; devolviendo las actuaciones al juez que fue declarado competente, de tal forma que el mismo entienda en el caso particular, debiendo informar al mismo tiempo de dicha circunstancia al juez tenido por separado. Un ejemplo sería cuando tanto el juez en lo Civil, como en lo Laboral se considera competente para conocer y decidir en un juicio entre las partes en conflicto.

FASES DE LA JURISDICCIÓN

Los procesalistas consideran a dos:

- a) **FASE DE COGNICIÓN O DE CONOCIMIENTO:** que comprende desde la demanda hasta que se **declare, constituya o condene** en la sentencia que queda consentida o ejecutoriada en su caso.

- b) FASE DE LA SENTENCIA, que comprende actos posteriores a la finalización de la primera fase hasta que se consiga hacer efectiva la sentencia.¹²

FINALIDAD DE LA JURISDICCIÓN

A nivel de grado de suficiencia profesional se le conoce entre los Juristas como “fin de la jurisdicción”. Para MARIO ALZAMORA VALDEZ en su obra Derecho Procesal Civil *dice* que el fin de la jurisdicción es de carácter público, que consiste en “decir el derecho” y cita como opinión a CARNELUTTI que, el acto jurisdiccional tiene como finalidad resolver los conflictos que se suscitan entre los particulares, mediante un órgano especial del Estado, que persigue la actuación del derecho.¹³

ÓRGANOS Y ALCANCES DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL

La función de administrar justicia viene a ser la jurisdicción propiamente dicha, pero su realización sólo se logra mediante la existencia de orden una nación al cual está encomendada la obligación de declarar e imponer la voluntad de la ley en un doble sentido: *Declarar la voluntad de la ley de un lado y de otro, el poder de imponer la voluntad de la Ley, mediante sistemas coercitivos.*

Se tiene al Poder Judicial a quien está encomendada la obligación de declarar e imponer la voluntad de la ley, y a los organismos que conforman parte del Poder Judicial.

La concepción tradicional consistente en entender que el *ejercicio jurisdiccional* está a cargo en forma exclusiva del Poder Judicial ha sido superada en la formalidad del ordenamiento jurídico y en la práctica social.

La diversidad de la organización jurisdiccional se justifica en la complejidad de las relaciones económicas, sociales, políticas, exi-

¹²En nuestro País, si bien el ordenamiento procesal vigente no existe sistematización que demarque la diferencia entre estas dos fases, del título en que finalizan los recursos se consideran la ejecución de las sentencias.

¹³ALZAMORA VALDEZ, Mario. Derecho Procesal Civil (Teoría General del Proceso), págs. 77 y 78

gencia de seguridad jurídicas y la influencia de nuevas concepciones.

PRINCIPIOS DE LA JURISDICCION

- a) Preservación de los derechos de acción y contradicción.
- b) Motivación de resoluciones.
- c) Gratuidad de la administración de justicia
- d) Prohibición de ejercer función jurisdiccional sin nombramiento.
Es decir que, se cumpla solo por quien lo inviste
- e) Atención a los recursos de garantías constitucionales.
- f) Presunción de inocencia mientras no se pruebe culpabilidad, juicio público, garantía de defensa.
- g) Administrar justicia aplicando el derecho
- h) Respeto a la dignidad humana
- i) Atención a los recursos impugnatorios
- j) Resolver las causas con carácter de cosa juzgada
- k) Obligación del poder ejecutivo de prestar la colaboración que los procesos le sea requerida

LOS PRINCIPIOS DEL EJERCICIO DE LA JURISDICCION SON:

- a) No dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.
- b) Inaplicabilidad por analogía de la ley penal.
- c) No ser penado sin proceso judicial (o sentenciado).
- d) Aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o conflictos penales
- e) No se condenado en ausencia.
- f) Prohibición de revivir procesos fenecidos
- g) Preservación de la libertad individual.
- h) Composición del proceso.
- i) Motivación de las resoluciones judiciales.

DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

Al respecto JUAN MOROY, lo considera como *Derecho Público subjetivo, por el cual toda persona por el simple hecho de serlo está facul-*

tado a exigirle al Estado Tutela Jurídica plena actuando su función jurisdiccional y se manifiesta de dos maneras: El derecho de acción y el derecho de contradicción.

Es el derecho de recurrir al órgano jurisdiccional pidiendo la solución a un conflicto de intereses intersubjetivos a una incertidumbre jurídica. Este derecho permite a un individuo recurrir al órgano jurisdiccional y al otro se le da el derecho de contradicción.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es inherente a toda persona por el solo hecho de serlo. Constituye la manifestación, más concreta de porque la función jurisdiccional es, además de un poder un deber del Estado, en tanto no puede excusarse de conceder tutela jurídica a todo el que se lo solicite.

CAPÍTULO II

FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y LA COMPETENCIA

“El derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando. Ten fe en el derecho como el mejor instrumento para la convivencia humana, en la justicia como destino normal del derecho, en la paz como sustitutivo bondadoso de la justicia, y sobre todo ten fe, sin la cual no hay derecho, ni justicia, ni paz”.

INTRODUCCIÓN

La función primordial de los juzgados y tribunales consiste en resolver, definitiva y mediante, los diferentes conflictos que ante ellos se plantean, a través de la aplicación del derecho positivo, para lograr su cometido y con el fin de hacer llegar la aplicación de justicia a cualquier nivel de la población, el poder judicial basa uso de estructura organizativa en Jurisdicción y competencias; en el presente trabajo de investigación se pretende profundizar en diversos aspectos relacionados con la jurisdicción, la competencia, los elementos que la determinan.

Otro punto importante a investigar, es todo lo relacionado a proceso, y procedimiento, entendiendo que el primero es la suma de todos actos realizados para la composición del litigio, estando incluido dentro de él el segundo, es decir que dentro del proceso existen diferentes procedimientos: En vista de lo entrelazados uno del otro es necesario en este trabajo establecer las diferencias entre ambos, los lapsos y términos, además, es necesario conocer los diferentes criterios, reglas, orientaciones y/o directrices que van orientados a regir y regular las diferentes situaciones que pueden surgir ante el proceso, así como las actuaciones de todos y cada uno de actores, es decir de las partes, de los representantes judiciales y

de operadores de justicias, garantizando así los derechos fundamentales de los ciudadanos, es decir garantizando los principios procesales.

Por último pero no menos importante, es necesario tener en claro conceptos tales como la *acción*, la cual se puede definir como el poder jurídico que tiene las personas para reclamar la prestación de una función jurisdiccional, por otro lado, la *pretensión*, es la declaración de voluntad delante de los operadores de justicia, de ejercer dicha acción y la excepción, es la acción del demandado al oponerse a la demanda que se le realiza.

Estos y otros temas, serán ampliados, a lo largo de la investigación que conlleve la realización de este trabajo en el presente capítulo.

LA COMPETENCIA¹

Puede concebirse la existencia de un solo juez que ejerce la plenitud de jurisdicción en un territorio determinado y al cual, por consiguiente, estarían sometidas todas las personas y cosas sin distinción de clases y cuestiones.

En la práctica, sin embargo, no siempre resulta esto posible, porque si el territorio es dilatado, no podría el juez, sin desmedro de sus funciones, trasladarse de un lugar a otro para administrar justicia, ni sería razonable que una persona se viera obligada a cubrir largas distancias para comparecer ante él por el solo hecho de habérsela formulado una demanda de la que puede resultar absuelto.

Por otra parte, aunque el territorio reducido, la densidad de la población y la multiplicidad de litigios pueden perturbar gravemente la función del juez, por la imposibilidad material de examinarlos y resolverlos con la atención debida. Necesario es entonces arbitrar un medio que facilite la tarea del juez, y ese medio es la regulación de la competencia.

¹ IRÚN BRUSQUETTI, Luis. Obra citada, pág. 79

CONCEPTO ETIMOLÓGICO Y JURÍDICO

La palabra competencia etimológicamente proviene de la voz latina “competere”, que significa “*lo que nos pertenece o corresponde*”, pudiendo de ese modo ser definido como “*la potestad conferida a los jueces y tribunales de conocer y decidir en un caso concreto en particular aplicando las leyes y preceptos constitucionales*”.

La jurisdicción viene a ser género, en tanto que la competencia es la especie. La jurisdicción es el poder del juez, mientras que la competencia es la medida de ese mismo poder.

La competencia en lo que hace el ámbito civil se halla legislado en el Código de Forma en su artículo 2° cuando expresa: “*La competencia del juez o tribunal en lo civil y comercial se determinará con arreglo a lo dispuesto por esta ley y por el Código de Organización Judicial y las leyes especiales*”.

CARACTERES

En cuanto al carácter que reviste la competencia asignada a los órganos jurisdiccionales en materia civil y comercial debemos puntualizar que el mismo es improrrogable; lo cual como se sabe implica que el ámbito en que el juez o tribunal natural tiene potestad para conocer y decidir en un litigio en ningún caso podrá prolongarse por más espacio del que expresamente le fue conferida por la ley; exceptuándose la competencia territorial, la que sí, podrá ser prorrogada por voluntad de las partes en conflicto, aunque nunca a favor de jueces extranjeros, salvo lo establecido en lo pertinente por las leyes especiales.²

² La competencia territorial es relativa y por ende renunciable por las partes, en razón de que básicamente se halla determinada por el domicilio de la persona (fórum rei) o la situación de la cosa (fórum rei sitae). En cambio, la competencia por razón de la materia, el valor, el grado y el turno es absoluta porque está fundada en una división de funciones que por afectar al orden público no puede ser modificada por las partes ni por el juez.

La prórroga de la competencia territorial³ a su vez puede ser expresa o tácita. Es *expresa*⁴, cuando así es convenida por las partes⁵; en cambio será tácita respecto del actor, por el solo hecho de haber promovido la demanda; lo será respecto del demandado, por haberlo contestado o dejado transcurrir el plazo sin hacer u oponer excepciones previas, sin articular la declinatoria, es decir sin haber objetado la competencia del juez o tribunal ante quien radica el proceso en juicio.⁶

ATRIBUCIONES DE LA COMPETENCIA⁷

Ahora bien, ¿cómo se regula la competencia?. Ella se regula de diversas maneras en las distintas legislaciones, de acuerdo con la organización judicial de cada lugar.

En nuestro Código ella está regulada como sigue:

- a) En la primera situación, es decir, un territorio demasiado extenso, la solución más fácil consiste en dividirlo en secciones, colocando un juez en cada una de ellas, el cual ejercerá dentro de su circunscripción respectiva la plenitud de la jurisdicción. Esta es la primera forma de división del trabajo y constituye la “competencia territorial”.
- b) En el segundo supuesto, cuando la diversidad cada vez mayor de las cuestiones obliga a establecer una nueva división en el

3 La primera parte del Artículo 4 del Código Procesal Civil, establece las modalidades que puede adoptar la prórroga de la competencia territorial: expresa o tácita. La prórroga expresa está fundada en la conveniencia e interés de las partes y en el supuesto de que todos los jueces de la República ofrecen idénticas garantías para los justiciables, además de que con ello no se vulnere el orden público. La prórroga de la competencia territorial es comúnmente utilizada en ciertos contratos, como los llamados de adhesión o por la constitución de un domicilio especial a tales efectos. (Art. 62 CC).

4 El convenio en el que se pacta la prórroga de la competencia debe ser escrito y expreso, con la determinación precisa del juez o tribunal a quien se someten las partes. El acuerdo debe ser claro de suerte que no puede dar lugar a dudas o vacilaciones en su interpretación y aplicación.

5 La prórroga tácita se funda en la presunción de que el actor por el hecho de promover la demanda ante un cierto juez, que no es el competente, acepta la competencia del mismo. En el caso del demandado, en que acepta la competencia del juez si contesta la demanda o deja de hacerlo u opone excepciones previas sin articular la declinatoria.

6 La parte final del artículo 4 del Código Procesal Civil, consagra el principio de la “perpetuatio iurisdictionis”, en virtud del cual la competencia debe mantenerse firme y es inaceptable una vez que queda consentida o establecida. El artículo 230 del Código Procesal Civil establece al respecto: “Una vez firma la resolución que desestime la excepción de incompetencia, las partes no podrán argüir la incompetencia en lo sucesivo, ni podrá ser ella declarada de oficio”.

7 IRÚN BRUSQUETTI, Luis. Obra citada, pág. 79

trabajo, resulta lógico fundarla en la naturaleza del litigio, y en ese caso se comenzará por separar aquellos que tengan menos analogía, es decir, los civiles de los penales y luego de los comerciales. Esta división constituye la “competencia por razón de la materia”.

- c) Por otra parte, los pequeños litigios no pueden ser juzgados con las formalidades de los juicios en que se debaten intereses de mayor importancia, consideración que permite una nueva separación fundada en el monto de la causa, atribuyendo su conocimiento a jueces distintos, según su mayor a menor cuantía. Esta división constituye la “competencia por razón del monto”.
- d) En los sistemas judiciales que admiten la doble o triple instancia, se supone la existencia de dos o más tribunales: unos inferiores y otros superiores, pero con la diferencia de que la función de éstos consiste en rever las decisiones de aquellos, cuando los litigantes interponen contra las mismas los pertinentes recursos. Esta división constituye la “competencia por razón de grado”.
- e) Por último, las circunstancias pueden exigir una nueva división del trabajo, en virtud de la cual a jueces de la misma competencia se les fijan determinadas días para la recepción de las causas nuevas, a fin de hacer una distinción equitativa del trabajo entre los mismos. Es así como un juez, no obstante ser competente para entender en una causa civil, debe negarse a intervenir si es iniciada fuera del turno que le ha sido asignada. Esta es la “competencia por razón del turno”.

De la división de la competencia anteriormente descripta, todas tienen una regulación legal, a excepción de esta última, que ha sido establecida por acordada de la Corte Suprema de Justicia.

De lo expuesto resulta que los jueces deben ejercer su jurisdicción en la medida de su competencia.

Entre estos dos conceptos media entonces una diferencia fundamental.

La “*jurisdicción*” es la potestad de administrar justicia, y la “competencia” fija los límites dentro de los cuales el juez puede ejercer aquella facultad.

Los elementos de la jurisdicción están fijados en la ley, con prescindencia de todo caso concreto; la competencia, en cambio, debe determinarse en relación a cada juicio. De ahí que pueda definirse la competencia como *“la aptitud del juez para ejercer su jurisdicción en un caso determinado”*.

OTRAS CUESTIONES A CONSIDERAR⁸

a) Como hemos visto, “competencia territorial” tiene por límite el territorio que se le ha asignado y la jurisdicción se ejerce sobre las personas y cosas existentes en el mismo.⁹

b) Las reglas que fijan la competencia por razón de la materia responden de orden público, y de ahí que no pueda ser prorrogada por las partes, según el Art. 3° de nuestro Código y el juez debe inhibirse de oficio si de la exposición de la demanda resulta que la causa no es su competencia.

c) La competencia por razón del valor es también considerada de orden público y, por consiguiente, es también improrrogable.

d) También es de orden público la competencia por razón del grado, porque las distintas instancias han sido establecidas en interés general, principalmente la necesidad de un doble examen de la causa, mediante el recurso de apelación.

e) Tampoco cabe dudar de que la competencia por razón del turno es de orden público, pues si ella no estuviese fijada, todos los jueces actuarían conjuntamente, con el consiguiente desorden y el peligro de que unos jueces sean agobiados de trabajo, mientras otros permanezcan ociosos.

Otra cuestión que debemos considerar es la oportunidad en que se determina la competencia.

⁸ IRÚM BRUSQUETTI, Luis. Obra citada, pág. 80

⁹ Pero esta regla cede ante una manifestación en contrario, desde que, no afectando la competencia territorial a la función misma del órgano judicial, la ley permita a las partes someterse a un juez distinto del de su domicilio. En tal caso se dice que hay prórroga de la competencia, autorizada expresamente por el Art. 3° de nuestro Código de procedimiento. Esta puede ser expresa, mediante convención, o tácita, cuando resulta de la ley, de la naturaleza de la acción o del silencio del demandado.

DIFERENCIA ENTRE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

De los conceptos de Jurisdicción y competencia, anteriormente estudiados, se pueden dirimir las siguientes diferencias:

Jurisdicción	Competencia
<ul style="list-style-type: none">• Es la potestad, derivada de la soberanía del Estado, de aplicar el Derecho. Para resolver de modo definitivo e irrevocable una controversia.• Administra justicia, dentro de los poderes y en forma exclusiva por los tribunales de justicia integrados por jueces autónomos e independientes.	<ul style="list-style-type: none">• Es la atribución jurídica otorgada a ciertos y especiales órganos del Estado de una cantidad de jurisdicción respecto de determinadas pretensiones procesales con preferencia a los demás órganos de su clase.• Es el modo o manera como se ejerce la jurisdicción por circunstancias concretas de materia, cuantía, grado, turno, territorio imponiéndose por tanto una competencia, por necesidades de orden práctico.

CLASES DE COMPETENCIA

El legislador teniendo en consideración variados elementos y criterios distribuye la función jurisdiccional entre los diversos órganos encargados de ejercerla.

COMPETENCIA POR RAZÓN DEL TERRITORIO

La competencia territorial tiene en cuenta el territorio del Estado, el cual es dividido en áreas, de allí nacen las diversas circunscripciones judiciales dentro de las cuales los jueces que la componen ejercen la plenitud de su competencia.¹⁰

La competencia territorial¹¹ está determinada por los límites de cada circunscripción judicial, establece el Art. 13 del COJ.

¹⁰El Art. 26 del COJ preceptúa que la Corte Suprema de Justicia ejercerá “jurisdicción” en toda la República. Cabe puntualizar que el Artículo utiliza el término jurisdicción con el sentido y alcance de competencia.

¹¹La competencia en razón del territorio está basada en la división del trabajo y por ella las personas se encuentran sometidas a la de su domicilio y las cosas a la del lugar de su situación.

COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA MATERIA

La competencia por razón de la materia: civil y comercial, penal, laboral, contencioso-administrativo, del menor, electoral, etc. está fundada en la naturaleza del derecho que se aplica a la cuestión sometida a los jueces.

COMPETENCIA POR RAZÓN DEL VALOR

La competencia por razón del valor o cuantía tiene su razón en que los pequeños litigios no deberían sustanciarse con las formalidades y los plazos con que se sustancian intereses de mayor importancia.

COMPETENCIA POR RAZÓN DEL GRADO

La competencia por razón del grado o funcional se da en los sistemas judiciales que, como el nuestro, cuentan con una doble o triple instancia. Supone la existencia de tribunales superiores e inferiores, donde aquéllos — tienen la función de revisar las resoluciones dictadas por éstos. La competencia en razón del grado está determinada por las instancias judiciales, en la forma y medida en que están establecidos los recursos en las leyes procesales”.¹²

COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL

La competencia de los Tribunales de Apelación está delimitada en el Art. 32 del COJ.

Los Tribunales de Apelación conocerán, en sus respectivos fueros:

- a) De los recursos concedidos contra las Sentencias Definitivas y Resoluciones recurribles de los Jueces de Primera Instancia, de los Jueces Letrados y de los Jueces de Instrucción. Las decisiones en los recursos contra las Resoluciones de los Jueces Letrados y de los Jueces de Instrucción causarán ejecutoriada; también la sentencia que se dicte en el amparo. (Art. 581, in fine CPC)
- b) De los incidentes que se promueven durante la substanciación de los juicios, causando su resolución ejecutoriada;

¹²Art. 26 COJ

- c) De los recursos por retardo o denegación de justicia de los Jueces de Primera Instancia, de los Jueces Letrados y de los Jueces de Instrucción;
- d) De las recusaciones e inhibiciones de los mismos jueces;
- e) De las cuestiones de competencia relativas a los Jueces de Primera Instancia, a los Jueces Letrados y a los Jueces de Instrucción;
- f) De los recursos de reposición contra las providencias dictada por el Presidente y de aclaratoria de las Sentencias y Autos interlocutorias dictados por el Tribunal; y,
- g) Los Tribunales de Apelación de las circunscripciones judiciales del interior del país tendrán en sus respectivos fueros la superintendencia y potestad disciplinaria sobre los juzgados y oficinas del Poder Judicial.
- h) Por vía de recurso, de las resoluciones denegatorias de inscripciones y anotaciones en la Dirección de los Registros Públicos y por vía de consulta de la que le formulare la Dirección (Art. 34 COJ); así como la apelación de las resoluciones del Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial referentes a las quejas sobre las actuaciones de los Escribanos. (Art. 149 COJ).
- i) La inspección de las oficinas de los Notarios Públicos.

COMPETENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (SALA CIVIL)

El Artículo 14 de la Ley 609/95, establece la competencia.

Son deberes y atribuciones de la Sala Civil y Comercial los siguientes:

- a) Conocer y decidir de las cuestiones de naturaleza civil y comercial que sean recurribles ante la tercera instancia, conforme con las disposiciones de las leyes procesales; y,
- b) Revisar las resoluciones dictadas por los Tribunales de Apelación en lo Laboral en los términos del artículo 37 del Código Procesal del Trabajo.

CAPÍTULO III

“INDEPENDENCIA FUNCIONAL: REQUISITO ESENCIAL DEL PERFIL DEL JUEZ”

“Históricamente, los jueces no han sido sólo administradores de justicia, sino auténticos fundadores de reinos, regímenes o Estados”

(Federico Jiménez Losantos)

NOCIONES PRELIMINARES

Ubicados dentro del ámbito del estudio secuencial del proceso civil paraguayo, <la Jurisdicción> tiene vital importancia para determinar la sistemática de la función de administrar de justicia, esta actividad jurídica procesal en nuestro país se encuentra encomendada al Poder Judicial¹³, por lo que se le estudia en primer lugar porque sin un <Órgano Jurisdiccional> no hay proceso judicial, es decir sin Juez no hay proceso judicial; el Juez es el representante de la Jurisdicción y la Jurisdicción es el Estado que a su vez éste último somos nosotros el pueblo.

CONCEPTOS Y DEFINICIONES DE JURISDICCIÓN

Desde el Punto de Vista Etimológico

La palabra Jurisdicción proviene de las expresiones, palabras latinas:

“iuris” o “jus” que significan: Derecho

“dictio” que significa: Decir.

13Art. 247. De la función y de la composición. El Poder Judicial es el custodio de esta Constitución. La interpreta, la cumple y la hace cumplir.

La administración de justicia está a cargo del Poder Judicial, ejercido por la Corte Suprema de Justicia, por los tribunales y por los juzgados, en la forma que establezca esta Constitución y la Ley.

Lo que en conjunto “**JURISDICTION**” significa literalmente: acción de: “Decir el derecho”, “Declarar el derecho”, “mostrar el derecho” o aplicar el derecho objetivo a un caso concreto”¹⁴. O también de la frase latina “**jurisdictio**” que significa “del acto público de declarar el derecho”¹⁵ “**MOSTRAR EL DERECHO**”

Tanto el Poder Judicial como el Poder Legislativo declaran el derecho, el primero con relación al caso concreto y el segundo en forma general.

Desde el punto de vista Gramatical

Poder o derecho de juzgar. Autoridad que tiene uno para gobernar y hacer ejecutar las leyes o para aplicarlos en juicio. Extensión y límites del poder. El conjunto de los Tribunales de igual clase o grado¹⁶.

Desde el punto de vista JURÍDICO

Doctrinariamente la jurisdicción tiene diversos significados, que varían en el tiempo y en el espacio e incluso según la orientación doctrinaria de los autores que han estudiado, a estos lo hemos estudiado en el tema de las Aceptaciones u otros nombres con el que se le conoce a la Jurisdicción, para nosotros consideramos como las definiciones más completas a las que abarcan todos los elementos de la jurisdicción.

En su aspecto más amplio o genérico, la jurisdicción comprende el poder de administrar justicia: vale decir el poder de declarar el derecho y el poder de aplicar la ley.

Juan MONROY GÁLVEZ dice:

“Es el poder deber del Estado destinado a solucionar un conflicto de intereses o incertidumbres jurídica, en forma exclusiva y definitiva, a través de los órganos especializados que aplican el derecho que corresponde al caso concreto, utilizando su imperio para que

14CUBA SALERNO Ricardo, Material de Lectura de Derecho Procesal Penal II 1998 Juliaca-Perú.

15Diccionario Jurídico de Derecho procesal Civil de Luis A. Aragón Pág. 127.

16MIR - BEG LECCA GUILLEN, Coordinador, Diccionario Jurídico, Ediciones Jurídicas, Lima Perú 1997. Pág.241.

sus decisiones se cumplan de manera ineludible y promoviendo a través de ellas el logro de una sociedad con paz social en justicia”.

Víctor TICONA POSTIGO dice:

“Jurisdicción es la atribución y deber conferido al órgano jurisdiccional por el pueblo a través del Estado, para administrar justicia resolviendo los conflictos de intereses y las incertidumbres jurídicas”.

Andrés CANSAYA M., en su Separata de Derecho Procesal Civil de la UANCV Facultad de Ciencias y Jurídicas y Políticas dice, que como resultado del análisis de las definiciones, mencionadas se comparte la definición de que: LA JURISDICCIÓN ES EL PODER GENERICO DE ADMINISTRAR JUSTICIA, CUYA FUNCIÓN EXCLUSIVAMENTE CORRESPONDE AL ESTADO. Decimos al que la jurisdicción es el poder genérico de administrar justicia, porque, el acto jurisdiccional o el acto de resolver los conflictos con la justicia es común a los órganos jurisdiccionales que administran justicia; vale decir, que todos los jueces están facultados y tienen el poder para administrar justicia, pero ese hecho de administrar justicia está limitado a cada juez por razones de competencia.

Los procesalistas además comentan que, *el Estado no solo tiene a su cargo la función jurisdiccional, sino también, tiene a su cargo la función legislativa y ejecutiva o administrativa como expresión de soberanía, pero lo que nos interesa para nuestro estudio, es la función de la administración de justicia que se encuentra materializado en la jurisdicción.*¹⁷

Para nosotros: La Jurisdicción es el deber que tiene el Poder Judicial para administrar justicia. La Jurisdicción en sentido amplio es la actividad Pública del Estado destinado a dirimir conflictos en general tanto judiciales como administrativos, etc. Es el poder de administrar justicia; como el poder de declarar el derecho y aplicar la ley¹⁸.

¹⁷CANSAYA Mamani Andrés Separata de Derecho procesal civil de la Universidad Andina “Néstor Cáceres Velásquez” de Juliaca dictado a los alumnos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y políticas.

¹⁸DERECHO PROCESAL CIVIL (Teoría General del proceso y de la Ley Orgánica del Poder Judicial) Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos” pág.7

La Jurisdicción es la facultad de la autoridad judicial para administrar justicia. PODER DE HACER JUSTICIA, DECLARAR EL DERECHO Y APLICAR LA LEY.

¿QUÉ DIFERENCIA EXISTEN ENTRE FUNCIÓN JURISDICCIONAL, ACTO JURISDICCIONAL Y SENTENCIA?

- **FUNCIÓN JURISDICCIONAL.** Atribución poder estatal para resolver válida y definitivamente conflictos sociales.
- **ACTO JURISDICCIONAL.** Declarar derecho para caso concreto con carácter de cosa juzgada y con posibilidad de ejecutar tal decisión (acto administrativo, cosa decidida).
- **SENTENCIA.** Concreción material acto jurisdiccional.

REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN

Al estudiar el presente tema, diferentes autores los desarrollan con nombres diferentes, de igual forma en el acto para optar el título de Abogado: ¿Cuáles son los requisitos de la jurisdicción?; ¿Cuáles son los Presupuestos de la Jurisdicción?, Todas estas preguntas son sinónimas del presente tema, y que habiendo escudriñado¹⁹ los diversos conceptos y definiciones, se determina que para el ejercicio de la jurisdicción por parte de los Órganos Jurisdiccionales (Magistrados: Jueces competentes) es necesario e imprescindible la participación de los siguientes requisitos:

- a. Debe existir un <conflicto de intereses> entre las partes o una incertidumbre, es decir la necesidad de dar legitimidad a un acto que solo mediante la intervención del organismo jurisdiccional lo logre.²⁰ La existencia de un conflicto de intereses Jurídico²¹, que puede ser entre las partes.
- b. Debe existir el interés social en la composición o solución de la litis. La solución de un conflicto de intereses o de una incertidumbre jurídica no solo es un beneficio de carácter privado

¹⁹ESCUDRIÑAR.

²⁰Separata de Derecho procesal Civil de la UNMSM

²¹CONFLICTO DE INTERESES.- Es la confluencia de intereses contrapuestos con respecto a un mismo bien.

sino también es de necesidad pública y abstracta, es decir que también beneficia a toda la colectividad, porque en la sociedad se ha disminuido un proceso menos, existe una o más litigantes sin juicio. La Existencia de interés social, en la composición del litigio o la eliminación de la incertidumbre jurídica beneficia a la persona particular del proceso y a los demás que viven en sociedad, esto porque nuestra Sistemática procesal ha adoptado un sistema mixto de la finalidad del proceso, es decir que ha adoptado tanto el sistema privatístico y publicístico).

- c. Debe intervenir el Estado mediante el organismo competente o correspondiente, como ente imparcial. Es la intervención del Juez competente, justo e imparcial que aplica la ley.
- d. Debe actuarse y aplicarse la voluntad concreta de la Ley. El Juez al valorar los medios probatorios y habiendo alcanzado ésta su finalidad respectiva debe de hacer actuar y aplicar la norma, la ley, el artículo sustantivo o material correspondiente que ampara al derecho.

PODERES DE LA JURISDICCIÓN

Llamado también “*Poderes que emanan de la Jurisdicción*”. Algunos autores como Felipe Ñaupá manifiestan que: Consistiendo la jurisdicción en la facultad de resolver los conflictos y en ejecutar las sentencias, que en ellas se dicte, ello supone la existencia de poderes indispensables para el desenvolvimiento de la función. Estos poderes son: Notio, Vocatio, Coertio, Juditio, Executio²². Comparte esta misma opinión Andrés CANSAYA.²³ Según la doctrina moderna, no son Poderes sino “Elementos”, los mismos que desarrollaremos más adelante.

Pero Modernamente se afirma los siguientes:

- a. **PODER DE INSTRUMENTACIÓN O DOCUMENTACIÓN (“Poder de Documentación o Investigación”).** Consiste en la potestad de dar categoría de instrumento auténtico a las actuaciones procesales en que interviene el órgano jurisdiccional.

²²ÑAUPA, Flavio y Otros Derecho procesal Civil UNSAAC Y UNIVERSIDAD Andina del Cusco.

²³Separata de Derecho procesal Civil UANCV

- b. PODER DE COERCIÓN.** Potestad de imponer apremios, multas, sanciones en general a quienes intervienen en el proceso.
- c. PODER DE DECISIÓN²⁴** Se expresa en dos planos:
 - a. Plano formal o Extrínseco.* Las resoluciones jurisdiccionales deben tener un rigor formal.
 - b. Plano Material o Intrínseco.* Resolución final sentencia consiste en un acto de autoridad cuyos elementos son de juicio y un mandato.
- d. PODER DE EJECUCIÓN²⁵.** Facultad del Juez de ejecutar las resoluciones sentencias firmes.

²⁴SENTENCIA. La palabra sentencia proviene del latín “sintiendo” que equivale a “sintiendo”, Es que la sentencia expresa lo que siente u opina el magistrado que la dicta. Por sentencia se entiende la decisión que legítimamente dicta el juez competente, juzgando de acuerdo a su opinión y según las leyes procesales y las normas aplicables.

²⁵EJECUCIÓN DE SENTENCIA. Es el acto de llevar a efecto lo dispuesto por un juez o tribunal en el fallo que resuelve una cuestión o litigio. Como requisito esencial, se exige que la sentencia sea firme: consentida o ejecutoriada. El juez que conoció y sentenció el pleito, es el ejecutor de la sentencias. Se denomina sentencia homologada ala expedida en juicio arbitral.

CAPÍTULO IV

¿Es el juez un creador del derecho?

“Son los juristas los que se presentan como los nuevos artesanos de lo universal”

afirma Antoine Garapon, en el “Poder inédito de los jueces”.

INTRODUCCIÓN

Esta afirmación presenta una realidad más profunda en el caso del juez, ya que éste se encuentra en aptitud de moldear cual artesano la historia –como se pretende demostrar en este ensayo–, y en la actualidad tiene en sus manos la construcción de un pasado, *un presente y un futuro por medio de sus sentencias*.

El poder judicial ya no nada más es una entidad inanimada que pronuncia las palabras de la ley; el reconstructor del pensamiento del legislador; ni siquiera el legislador negativo como lo concibió Hans Kelsen en la *“Garantía jurisdiccional de la Constitución”*, sino que ahora se ha convertido en el ente encargado de resolver los conflictos entre los poderes de un Estado, juez en los conflictos internacionales, e inclusive la última instancia en las controversias morales anteriormente indefinidas (aborto, eutanasia, libertad de expresión, etc).

En ninguna otra época de la humanidad los jueces habían tenido tanto poder (*potestas*) como del que goza en la actualidad, ni en Grecia o Roma, ni en la Edad Media o en el Renacimiento, ni en la Ilustración o en la Revolución francesa. Sin embargo, su imperio ahora debe provenir de la *auctoritas* y no de la *potestas*.

En los inicios de la modernidad, en el siglo XIX, el juez vivía atrapado bajo el modelo exegético-legalista, también llamado bonapartista, que concebía al juez a través de una función exclusivamente mecánica: como la boca de la ley (*bouche de la loi*) en palabras de Montesquieu. Este juez era un “*espectador*” de la historia ya que únicamente podía aplicar mecánicamente la ley, sin poderla interpretar ni integrar. Este juez vivía en el pasado, pues el legislador le dictaba *ex-ante* sus decisiones.

Por su parte, en el siglo XX, ya encontramos al juez “*post-Nürnberg*” que es el creador del Derecho. Este juez ya es un “*actor*” de la historia, pues interactúa con los otros agentes de ésta, como el poder legislativo, ejecutivo y con la sociedad. Dialoga con ellos, *con-vive* y por ello, también se encuentra inserto en el presente.

Por último, en el siglo XXI, consideramos que se pasará a una nueva categoría como se propone en este ensayo: el juez “*creador de historia*” encarnado en el Juez Socrático. Este juez interactúa con el pasado, en el presente e inclusive en el futuro. Este juez ya no sólo actúa en y con la historia, sino que la *dirige*. Acompasa a la sociedad, a través de la “*psicagogia*” –que es la “*capacidad de mover el alma*”–, y convence mediante la razón plasmada en sus sentencias lo que considera el mejor camino para la sociedad.

Antes la historia se escribía a través de la fuerza, lo que se propone aquí es que la historia debe escribirse con la pluma de la razón. La historia tradicionalmente y como lo recogen los historiadores desde Heródoto hasta nuestros días es que en los anales de la historia se consignan primordialmente aquellos acontecimientos precedidos o suscitados generalmente a partir de la violencia. En cambio, bajo el gobierno de los jueces –se afirma–, se reescribirá la historia para que ya no se hable de estrategias de guerra, sino de criterios jurídicos; no de guerras sino de debates; ni de confrontación de posturas sino de diálogos para buscar la verdad; en suma, ya no se hablará de fuerza sino de *logos*.

Hamilton, Jay, en su clásica obra “*El Federalista*”, afirmaban que el poder judicial era el menos poderoso de los tres poderes. Lo anterior porque el ejecutivo tenía a su cargo la “*fuerza de la comunidad*”, el legislativo tenía la facultad de aprobar las leyes de todos

los ciudadanos, así como el presupuesto. El poder judicial, en cambio, era el “*menos peligroso*”, ya que no tenía ni “*fuerza*” ni “*voluntad*”; tampoco poder, ni influencia en el presupuesto; su único y débil atributo, era el “*discernimiento*”.

El ejecutivo no sólo dispensa de los honores, sino que posee la fuerza militar de la comunidad. El Legislativo no sólo dispone de la bolsa, sino que dicta las reglas que han de regular los derechos y los deberes de todos los ciudadanos. El judicial, en cambio, no influye ni sobre las armas, ni sobre el tesoro; no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse con verdad que no posee fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento.

Lo curioso es que ese discernimiento que fue minusvalorado en el siglo XIX y la primera mitad del siglo. XX, tiene actualmente una gran importancia, ya que lo fundamental no es disponer *per se* del presupuesto o la fuerza, sino que ahora, el discernimiento mismo es la es la piedra angular de la historia y el poder judicial –que goza intrínsecamente de ese atributo– podrá transformar la realidad.

JUSTICIA COMO LÓGICA DE LA HISTORIA

Recordemos que el problema central de la ciencia jurídica es “*qué es lo justo en cada caso*” (Viehweg), y esta justicia, en palabras de Rawls, es “*la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas del pensamiento*”. El objeto del Derecho es la justicia.

La historia de la humanidad no se explica sin la huella que ha dejado la justicia. El paso del hombre por este mundo se encuentra marcado profundamente por el fenómeno de la justicia; la historia y la justicia se vinculan inexorablemente.

Karl Marx afirmaba que la *violencia* era la partera de la historia, pues consideraba que los grandes acontecimientos del hombre tenían su origen o raíz en la lucha o agresión entre los individuos. Consideramos, a diferencia de Marx, que la verdadera fuente de la historia, es más bien la reivindicación de la justicia. En efecto, la violencia no es la causa de la historia, sino más bien la consecuencia generada por su denegación.

Esa violencia se debe a que a las personas que exigían la justicia, les fue negada, ya sea porque todavía no existía una institución que cumpliera esas exigencias de justicia (*v.gr.* poder judicial), o bien porque las instituciones jurídicas –entre ellas los jueces– no supieron explicar a los gobernados la negativa a esas pretensiones.

Por esto el fantasma que recorría Europa en el siglo XIX –y que sigue presente en la actualidad, y no sólo en ese continente– no era el comunismo como afirmaba el autor citado, sino la reivindicación de la justicia, llámese ésta social, conmutativa o distributiva.

La lógica de la historia, utilizando la terminología de Edward P. Thompson, esto es, lo que explica en gran parte los acontecimientos históricos, es a nuestro juicio, la reivindicación de la justicia.

Algunos han visto el origen de las revoluciones o los cambios sociales, en la economía, la religión, la ideología, etcétera. No obstante que algunos cambios se deban a esos factores, lo que late en la gran mayoría de estos sucesos se encuentra en la reivindicación de la justicia, ya sea porque se manifieste o permanezca de manera implícita. ¿Qué no acaso las grandes guerras se han justificado como una ‘guerra justa’? ¿Qué no es verdad que las anteriores colonias decidieron independizarse aduciendo la autodeterminación de los pueblos? ¿No es cierto también que las revoluciones sociales exigían un orden social más justo? ¿El comprador no exige para los bienes necesarios el precio justo? Como afirma Hans Kelsen, *“Ninguna otra cuestión se ha debatido tan apasionadamente, ninguna otra cuestión ha hecho derramar tanta sangre y tantas lágrimas, ninguna otra cuestión ha sido objeto de tanta reflexión para los pensadores más ilustres, de Platón a Kant”*.

Los paraguayos vivimos en carne propia lo importante de la justicia para nuestra conformación cultural y social, ya que en el continente americano se vivió en su más alta dimensión la raigal importancia de la justicia con aquel conflicto suscitado entre los ius filósofos Ginés de Sepúlveda y fray Bartolomé De Las Casas (en la *“Junta de Valladolid”*) sobre la relación entre los americanos y los europeos. El primero sostuvo que los nativos debían ser tratados como servidumbre, mientras que el segundo contempló su rostro en el sentido de Levinas, y les reconoció y *nombró* como personas.

En ese diálogo no sólo nace el criterio actual de los derechos humanos; no sólo se reconoció la dignidad de cualquier persona independientemente de su raza, sino que se dio el primer triunfo y la instauración de la justicia en esta nueva tierra.

Con esta decisión no únicamente se salvaron millones de vidas, sino incluso, ya reconocidos como iguales en dignidad, el nativo de América y el europeo pudieron fundirse libremente para dar lugar a la “*raza cósmica*” –como la conceptualizó el gran humanista mexicano José Vasconcelos–, y de esta manera, a través del mestizaje, se unificó todo un continente en un solo pueblo. El espíritu inmerso en aquella frase que resuena en toda Ibero-América de “*Por mi raza hablará el espíritu*”, consideramos que el espíritu a que hace referencia es la justicia”.

Entre otras cosas, se puede concluir que...

Nuestra sociedad soporta una distorsión severa de aquello que comúnmente llamamos “*derecho*”. Con este nombre aludimos al conjunto de patrones de conducta que, con formato de norma jurídica, es producido –preferentemente– por el poder estatal y que nos vincula, casi siempre en función prohibitiva o impeditiva.

Ese “*derecho*” solo es una construcción formal, tanto que las discusiones a su alrededor están referidas a la producción y a la estructura de la norma (¿Puede ser expedida por el ministro? ¿Puede un decreto supremo derogar una resolución suprema? etc.). Se ha afianzado tanto este “*derecho*”, que juristas, políticos, gobernantes y gobernados se mueven alrededor de la norma como si fuera un tótem. Un ejemplo: cada cierto tiempo urge una ley que declare la pena de muerte de los violadores de niños, sobre todo, durante las 48 horas siguientes de ocurrido el hecho.

Este “*derecho*” nos ha vuelto tan dependientes, que no hay actuación pública que no esté regulada por una norma que prevea lo que alguien debe hacer, lo que no, requisitos, plazos, etc. Este “*progreso incesante del derecho*” ha devenido en patológico, se ha vuelto una “*legorrea*”: no hay manera de saber qué ni cuántas normas están vigentes. A guisa de ejemplo, para elaborar una norma, un ingrediente fundamental es el consenso entre los legisladores.

Pero en la práctica, el consenso solo consiste en la aprobación de continuas variaciones a los objetivos que motivaron la propuesta original. Al final, cuando la norma se promulga, solo es un patético reflejo de aquello que se quiso inicialmente. En los estados legislativos (no estados de derecho), como el peruano, la norma es un producto semielaborado.

Sin embargo, como esta mercancía incompleta se consume de inmediato en la sociedad, es indispensable que otra expresión del poder estatal la perfeccione y evite el abuso.

En este escenario surge la nueva función del Poder Judicial: o se mantiene fiel a los dogmas tradicionales de hace dos siglos y persiste en encargarse solo de “*aplicar la ley*”; o asume –consiente y realmente– la función de tercer poder, dedicándose, preferentemente, a controlar y limitar la actuación de los otros poderes. Entonces las opciones del juez son: o sumiso “*aplicador de la ley*” o militante expresión del tercer poder estatal.

Si todo sigue igual, seguiremos teniendo al juez encargado de las clásicas funciones protectoras y represivas, sin ninguna relevancia política ni social. Es el juez que, en cumplimiento devoto del desempeño funcional de la ley.

Si se concreta el cambio, tendremos un juez sensible a la progresiva ausencia de consenso entre gobernantes y gobernados. Un juez capaz de contrarrestar, por ejemplo, la intención política de imponer un derecho legislativo antidemocrático que sepulte lo que queda del Estado del Bienestar.

Si nuestra judicatura es consciente de que las leyes de convivencia social han sido reemplazadas por las leyes del mercado –que sólo buscan la “*maximización del lucro*–, puede gestar, alternativa-mente, una Jurisprudencia del Bienestar. Después de todo, la diferencia entre la ley y la jurisprudencia es la misma que existe entre la anatomía y la fisiología. Esa es la trascendencia de la frase expresada por el presidente del Poder Judicial.

Podemos entonces concluir entonces que la “*creación judicial del derecho*” se produce tanto en los casos de lagunas normativas, como en los de conflictos de normas (cuando hay normas generales que correlacionan un caso genérico con dos o más soluciones incom-

patibles, el caso individual no puede ser resuelto por el Juez sin modificar las normas existentes).

La técnica usada normalmente por los jueces consiste en establecer un orden jerárquico entre las normas en conflicto y en no aplicar la norma menos importante. Esta operación equivale o bien a una derogación parcial de una de las normas en conflicto, al introducir en ella una excepción, o bien a su derogación total.

Para, el Rodolfo Luis Vigo, Ministro de Justicia de Santa Fe Argentina y experto en ética judicial para el Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos: *La ética en general reflexiona sobre el camino que conduce al hombre a su mayor "crecimiento" o "plenitud" como persona, lo que equivale a decir que la ética intenta delinear racionalmente como el hombre alcanza su mejoramiento y felicidad – consecuencia esta última de la posesión de un bien. Si me propongo ser juzgador de fútbol y soy un "buen" jugador del fútbol, seguramente encuentro en ello una felicidad que no me brindaría el ser un "mal" jugador. Si me propongo ser un "buen" abogado o un "buen" profesor, y logro ese objetivo, igualmente obtendré una felicidad que no obtendría si soy un "mal" abogado o un "mal" profesor. Traslademos lo que estoy diciendo al "Juez", y entenderemos cuál es el objeto de la Ética Judicial, o sea, en que consiste y cómo logro ser un "buen Juez".*

Dicho en otras palabras, la Ética Judicial, consiste en la reflexión crítica sobre los cuales son los principios morales que deben orientar las responsabilidades públicas y privadas, de los encargados de administrar justicia, de acuerdo con una adecuada interpretación de los valores constitucionales de una nación; se afirma pacíficamente que los valores éticos de la función judicial lo constituye la *independencia, imparcialidad, objetiva, profesionalismo y excelencia.*

ÉTICA JUDICIAL

Es intrínseco a toda sociedad humana la aparición de problemas jurídicos en donde se discuta sobre lo que le corresponde a los justiciables, pero implicó un gran salto civilizador poner en manos de un tercero imparcial la solución de esas disputas acerca de derechos y deberes.

Para desempeñar esa función jurisdiccional, el derecho romano pensó en “*hombres buenos, peritos en derecho*”, lo cual resume ejemplarmente las dos grandes exigencias que conlleva la justificación de esa tarea, de discernir e imperar lo justo concreto.

En efecto, se requiere del conocimiento y oficio propio de los jurisprudentes, pero dado que en ese “*decir el derecho*” (*iuris dictio*) no es posible “demostrar” la verdad del juicio judicial, ello se suple confiando en la calidad ética de aquellos que cumplen la función.

Si el Juez es aquel hombre experimentado en prudencia y virtudes, es más fácil no sólo que pueda decir lo justo en el caso, sino que inspire la confianza en que eso que dice es efectivamente lo justo; ello, atento a que su vida recta constituye un dato significativo para avalar el juicio recto que da para el caso, aun cuando esté imposibilitado de proveer a ese saber práctico concreto, de una certeza que sólo alcanzan los saberes teóricos o especulativos. El conocimiento del derecho apuntala la autoridad del Juez, pero — además — es la calidad ética probada en el “vivir bien” lo que la refuerza significativamente.

Pero, qué significa Ética Judicial?...la ética abarca todo el comportamiento humano, y por supuesto aquel que tiene que ver con la profesión que se ejerce. De ese modo resulta forzoso plantear los perfiles y contenidos propios de la Ética implicaba en las diferentes profesiones en toda actividad humana libre que se presta al servicio de otros.

Sólo desde la ética general es posible plantear con coherencia y solidez una ética aplicable o profesional, pues de lo contrario estaríamos imposibilitados de postular un “buen” profesional cuando ignoramos o prescindimos de la noción de un bien humano.

La ética profesional es más que una deontología o catálogo de deberes, pues éstos requieren, para comprenderse, justificarse y obligar, la remisión a ciertos bienes que los explican y se satisfacen al cumplirse.

Si bien por detrás no hay deber justificado, al margen de que el bien justificatorio sea el personal, el común, el corporativo, etc.

La materia de la Ética Judicial serán los Jueces, o sea aquellas personas a las que la sociedad les ha dado el “*imperium*” y el “*po-*

der” –en base a su idoneidad técnica –jurídica y ética –para resolver racionalmente lo justo desde el derecho en todos aquellos conflictos jurídicos que se ponen bajo su competencia.

Pero la Ética Judicial reflexiona sobre los Jueces con el propósito de delinear aquellas exigencias que resultan constitutivas de los “buenos, mejores o perfectos” magistrados. Jueces –como médicos, músicos, zapateros, etc. –puede haber muchos, pero aunque todos ellos puedan merecer seguir prestando sus servicios, los usuarios de éstos saben que hay distintas calidades en esas prestaciones, y son éstas las que permiten distinguir entre los buenos, regulares y malos profesionales.

No se trata de responder a la pregunta de quiénes son Jueces, sino de quiénes llegar a ser los más completos y plenos Jueces. En esta definición del contenido de la Ética Judicial habrá exigencias universales (por ejemplo, la independencia), pero es importante incluir también aquellas otras que son propias de esa cultura particular (v.gr., el decoro propio de los Jueces).

LA EXCELENCIA JUDICIAL, LA ÉTICA JUDICIAL E INDEPENDENCIA FUNCIONAL DEL JUEZ

El punto de intersección entre la aplicación de la “Técnica de la Teoría” de la “Argumentación Jurídica”, como una forma de garantizar que las sentencias y demás resoluciones judiciales se redacten de tal forma que sean comprensibles por sus destinatarios, empleando una sintaxis y estructuras sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico, y la ética judicial, la podemos encontrar en la importancia de promover un código de ética judicial como una herramienta para recuperar la imagen de la justicia, atendiendo a que existe una crisis de legitimidad del poder judicial del Paraguay y de los poderes judiciales en Iberoamérica; toda vez que el comité jurídico interamericano de la organización de estados americanos delinea que la ética judicial es uno de los medios para remediar dicha situación.

El Estatuto del Juez Iberoamericano, aprobado en Canarias en el año 2.001, ha dedicado un capítulo específicamente a la “Ética Judicial”. En sintonía con esos antecedentes, en la Carta de Derechos de

las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano, se reconoció:

“Un derecho fundamental de la población a tener acceso a una justicia independiente, imparcial, transparente, responsable, eficiente, eficaz y equitativa”.

Un problema judicial, recurrente e inmemorable, consiste en un viejo criterio judicial, conforme al cual las decisiones discrecionales no se motivan; dicha decisión corresponde, pues, a una visión antidemocrática que no permite a las partes del conflicto conozcan las motivaciones de sus decisiones en materia de hecho y de derecho; muchas veces leemos que, en aspectos sustanciales de un juicio, el Juez se remite de modo genérico a “las probanzas de la causa”, ninguneando el procedimiento del rigor analítico en el tratamiento del cuadro probatorio; es decir echando mano de la “Ley del menor esfuerzo”.

Dicha característica, resulta de tal importancia que la ética judicial incluye los deberes jurídicos que se refieren a las conductas más significativas para la vida social, pero pretende que su cumplimiento responda a una aceptación de los mismos por su valor intrínseco, esto es, basada en razones morales; además, completa esos deberes con otros que pueden parecer menos perentorios, pero que contribuyen a definir la <EXCELENCIA JUDICIAL>; de lo cual se sigue que la “Ética Judicial”, supone rechazar tanto los “estándares de conducta” propios de un “mal Juez”, como los de un juez simplemente “mediocre” que se conforma con el mínimo jurídicamente exigido.

Para Jorge Chairez Zaragoza, Docente de la UNAN, D.F., México, el mejor Juez posible para nuestra sociedad; es el denominado “buen Juez” cuya característica principal consiste en que sea un funcionario moralmente independiente en su aspecto personal, en otras palabras la independencia del Juzgador al momento de emitir sus resoluciones; afirmando dicho autor que:

“(...) se puede consagrar en un sistema jurídico todas las garantías necesarias para que un Juez sea independiente, sin que sirva de nada si no es moralmente independiente”.

Es decir podemos concluir que la [INDEPENDENCIA DEL JUEZ] apela a la interioridad del Juez, pues como afirma Ferrajoli, la INDEPENDENCIA es un hecho cultural más que institucional, porque la función de administrar justicia no es solo un acto formal; sino también un acto humano y social.

Es innegable afirmar que todo proceso constituye, *per se* un fenómeno social; como afirma Monroy Gálvez, el proceso civil es un conjunto de reglas y formas de comportarse en un determinado ámbito: *El Judicial*.

CAPÍTULO V

“INDEPENDENCIA FUNCIONAL: *Requisito esencial del perfil del Juez*”

“El hombre no podrá existir si no existe el Derecho, pero así como las armas no matan sino el que mata es quien las maneja, también con el Derecho se pueden causar gravísimos daños si el que maneja no lo usa como debe ser”.

(José Andrés Fuenmayor G. Opúsculos Jurídicos, Evolución y Perspectiva del Derecho Procesal en el País, Caracas, Publicaciones Ucab, 1º ed., Caracas, 2001)

LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL

Empero la independencia del Poder Judicial, no sólo debe darse como la independencia del Poder Judicial de los demás poderes del Estado (independencia orgánica); sino también como la <independencia de cada Juez> al interior del Poder Judicial (independencia funcional).

Para los fines y objetivos del presente capítulo, debe entenderse a la autonomía o independencia del Poder Judicial, no sólo como una entidad que sopesa usualmente frente a los otros poderes del Estado (independencia orgánica); sino que también debe ser analizada de una forma más compleja; toda vez como trataré de explicar la independencia funcional del Juez al momento de juzgar es una cualidad personal de tal importancia, que llega a ser considerada como una *condición fundamental de toda Administración de Justicia Democrática*.

En suma la independencia del Poder Judicial no debe entenderse sólo como un derecho de los Jueces y los Abogados; sino sobre

todo como un derecho de la sociedad en el entendido que la justicia es y debe preceptuarse como un servicio público para todos.

INDEPENDENCIA INTERNA O FUNCIONAL DEL JUEZ

Además, en el presente artículo nos proponemos decir algunas cosas a propósito de dos orientaciones relativas al *rol del Juez* en el ideal del Estado Democrático de Derecho; es decir, nos referimos a la independencia e imparcialidad del Poder Judicial, aquí la única novedad, tal vez radique en decir las mismas cosas de siempre desde una nueva perspectiva relativamente nueva:

- 1) La de la *Teoría de la Argumentación Jurídica*.
- 2) Conocimiento y Capacitación.
- 3) Justicia y Equidad.
- 4) Transparencia; y
- 5) Honestidad Profesional.

Los cuales nos van a permitir hacer posibles modificar algunos acentos en el análisis de la Independencia Funcional del Juez, los cuales conforman dos características básicas y definitorias de la posición institucional del Juez del marco del Estado de Derecho.

En este plano conviene señalar, que la Ética Judicial está ligada íntimamente a la independencia del Poder Judicial, y es difícil hablar de una sin referirse a la otra, conforme lo manifiesta el Jurista estadounidense Anthony Mcleod Kennedy, Juez del Tribunal Suprema de los Estados Unidos de Norte América (Sacramento, California).

Vemos pues, como la independencia funcional de los encargados del brindar el servicio de administración de justicia se reduce a la ética judicial de cada Magistrado, y por ello resulta necesario que el perfil de los Magistrados requiera de modos de comportamiento de <excelencia social y altamente ético>; empero no de cualquier clase de cultura ética; sino de aquellos que incorporen los principios y los criterios de ordenación de la Democracia; es decir, los que constituyen el *ethos* de la democracia; dicho paradigma constitucional es la que el Estado Democrático de Derecho exige a los Magistrados y cualquier otro funcionario público.

EL CONCEPTO DE INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL²⁶

Por diversos factores, el concepto de independencia judicial no resulta fácilmente aprehensible, y es precisamente su carácter un tanto abstruso la causa por la que dicho concepto es definido a veces en forma equivocada. Se sostiene con una frecuencia que resulta alarmante y hasta peligrosa que la independencia del Poder Judicial depende (valga la redundancia) de la persona a quien se encomienda la función de administrar justicia, esto es, del Juez. La independencia, se dice, no constituye en el fondo un problema de estructura, sino un problema de hombres, una cuestión de conciencia y de responsabilidad cívica y personal. Si el Juez es consiente y sabedor de la enorme responsabilidad que se deposita en su persona, y desea íntimamente administrar justicia, tendrá la virtud de la independencia y, por tanto, la capacidad de sobreponerse a las presiones directas o indirectas que pudieran atentar contra su investidura.

Esta forma de concebir o enfocar la independencia judicial o es producto del error, o no constituye sino un expediente habilidoso aunque falaz utilizado para confundir y desviar la atención de la médula de la cuestión con la finalidad de encubrir y mantener estructuras políticas viciadas, antidemocráticas o antirrepublicanas, formas políticas autoritarias que en nada favorecen la independencia judicial y que solamente tienen la virtualidad de atentar contra el Estado de Derecho en detrimento de la democracia constitucional.

LA INDEPENDENCIA INSTITUCIONAL DEL PODER JUDICIAL²⁷

La independencia institucional es aquella que hace referencia al Poder Judicial como Poder del Estado, separado y distinto de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, con los cuales se relaciona en un mismo nivel de igualdad. La independencia institucional, pues, no

²⁶RIERA HUNTAR, Marcos. La independencia del Poder Judicial. Editora La Ley Paraguaya S.A., pág. 16-17

²⁷RIERA HUNTAR, Marcos. Obra citada, pág. 17

guarda vinculación con la persona del Juez subjetivamente considerado, sino con la Magistratura entendida como cuerpo político, especializado y diferenciado. El enfoque referido es netamente estructural porque atiende a la estructura y funcionamiento de los órganos superiores del Estado, entre los cuales se inserta el Poder Judicial.

LA INDEPENDENCIA FUNCIONAL DEL PODER JUDICIAL²⁸

La independencia funcional es aquella que guarda relación con el Juez como órgano –persona, es decir, con el órgano jurisdiccional subjetivamente considerado evocando la independencia del mismo en los casos concretos. Esta independencia, que no debe ser confundida con la independencia interna y moral del Magistrado, tiene por finalidad resguardar al Juez de todo tipo de presiones o interferencias provenientes no sólo de medios externos al Poder Judicial, sino también de medios internos al mismo, específicamente de los órganos jurisdiccionales jerárquicamente superiores (Corte Suprema de Justicia) que podrán serlo desde el punto de vista de la función juzgadora.

La función de superintendencia del órgano judicial superior, es inexcusable y que debe ser ejercida ampliamente en beneficio de todo el sistema judicial, encuentra su límite en la independencia del Juez cuya competencia debe ser respetada y protegida por involucrar verdaderos actos de la soberanía pública y estatal.

MEDIDAS QUE PUEDEN PRESERVAR LA INDEPENDENCIA FUNCIONAL DEL MAGISTRADO

- a. Inamovilidad del magistrado judicial.** La inamovilidad es el derecho otorgado a los magistrados judiciales a permanecer a su cargo y no ser cesados sino por el procedimiento de destitución definido en la ley o el límite de edad establecido en la Constitución. El art. 252 de la Constitución establece las reglas de la inamovilidad de los magistrados judiciales.

²⁸RIERA HUNTER, Marcos. Obra citada pág. 20

La inamovilidad se constituye en la garantía más importante para preservar la independencia funcional del Poder Judicial porque evita que los factores de poder puedan ejercer influencias para hacer cesar a los magistrados por decisiones adversas a sus intereses.

- b. Incompatibilidades.** Es el conjunto de actividades que no pueden realizar los magistrados judiciales y tiene la finalidad de que los intereses vinculados a dichas actividades no influyeran en sus decisiones judiciales.

El art. 254 de la Constitución Nacional sólo permite a los magistrados judiciales ejercer la actividad docente y la investigación científica a tiempo parcial.

- c. Inmunidades.** Son las prerrogativas o privilegios que otorga el orden jurídico, en este caso, a los magistrados judiciales, para protegerlos de las presiones que pudieran recibir en el ejercicio de sus funciones. Tiene la finalidad de evitar medidas de presión sobre los magistrados por medio de su detención o procesos judiciales destinados a influir en sus decisiones.

El Art. 255 de la Constitución establece el respecto que “Ningún magistrado judicial podrá ser acusado o interrogado judicialmente por las opiniones emitidas en el ejercicio de sus funciones. No podrá ser detenido o arrestado sino en caso de flagrante delito que merezca pena corporal. Si así ocurriese la autoridad interviniente debe ponerlo bajo custodia en su residencia, comunicar de inmediato el hecho de la Corte Suprema de Justicia, y remitir los antecedentes al Juez competente”.

- d. Intangibilidad de la remuneración.** La prohibición de reducción de la remuneración que percibe el magistrado judicial es una medida de protección contra el Poder Legislativo con la finalidad de evitar que dicho poder del Estado por medio de la legislación presupuestaria pueda ejercer presión sobre los magistrados con la reducción de su remuneración.

En la Constitución paraguaya no existe una disposición que establezca la prohibición de la reducción de la remuneración de los magistrados como ocurre en otras constituciones como la Argentina, que en su Art. 110 dispone que la remuneración de los jueces es

determinada por Ley, y no puede ser disminuida en manera alguna mientras permanezcan en sus funciones.²⁹

Seguidamente, seguiremos la obra de Manuel Dejesús Ramírez Candia³⁰, sobre los actos atentatorios contra la Independencia Judicial.

El Artículo 248 de la Constitución garantiza el principio de la independencia del Poder Judicial, estableciendo tres situaciones vinculadas a dicho principio esencial para este poder del Estado en su carácter de árbitro de los conflictos y que son las siguientes: 1) la unidad de la jurisdicción; 2) los actos atentatorios contra el Poder Judicial, y 3) las consecuencias jurídicas de los actos que atentan contra el Poder Judicial.

LA UNIDAD DE JURISDICCIÓN

El artículo citado, en el primer párrafo, establece que sólo el Poder Judicial puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso, pero como se ha señalado precedentemente, dicha unidad de jurisdicción, excepciones tales como la jurisdicción militar, la supranacional en materia de derechos humanos, la jurisdicción arbitral en el ámbito privado, entre otros.

LOS ACTOS ATENTATORIOS CONTRA LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL.

El segundo párrafo del artículo 248 de la Constitución dispone que: *“En ningún caso los miembros de los otros poderes, ni otros funcionarios, podrán arrogarse atribuciones judiciales que no estén expresamente establecidas en esta Constitución, ni revivir procesos fenecidos, ni paralizar las existentes, ni intervenir de cualquier modo en los juicios...”*.

Por consiguiente, los hechos que constituyen atentados contra la independencia del Poder Judicial, las conductas de integrantes de otros poderes u otros funcionarios consistentes en: a) arrogarse

²⁹Las excepciones al principio, conforme nota Germán Bidart Campos son las deducciones por aportes jubilatorios, cargas fiscales o cualquier otro concepto, que con generalidad obliga a los habitantes.

³⁰Derecho Constitucional Paraguay. Tomo II, pág. 314-315

atribuciones judiciales; b) revivir procesos fenecidos; c) paralizar procesos existentes; d) intervenir de cualquier modo en los juicios.

- A. **ARROGARSE ATRIBUCIONES JUDICIALES.** Significa que los funcionarios integrantes de entidades públicas que no integran la estructura del Poder Judicial no pueden asumir funciones que son competencia del Poder Judicial. Es decir, las atribuciones del Poder Judicial sólo pueden ser ejercidas por los funcionarios judiciales designados y competentes para resolver los conflictos del carácter judicial.
- B. **REVIVIR PROCESOS FENECIDOS.** Significa que los funcionarios integrantes de otros poderes del Estado no pueden reabrir un proceso judicial que ha concluido conforme las reglas procesales, salvo la excepción prevista en la normativa constitucional.
- C. **PARALIZAR PROCESOS EXISTENTES.** Significa que los funcionarios integrantes de otras entidades estatales no pueden paralizar los procesos en trámites en contra de las disposiciones legales. Es importante referir que la conducta prohibida a los funcionarios es la paralización del proceso en forma extra procesal, porque en el supuesto de ser parte de un proceso, como puede ocurrir en el proceso civil, puede acordar con la parte contraria la suspensión del proceso, conforme dispone el Art. 152 del Código Procesal Civil.
- D. **INTERVENIR DE CUALQUIER MODO EN LOS JUICIOS.** Esta prohibición para los funcionarios judiciales no judiciales de intervenir en cualquier modo en los juicios debe ser entendida como prohibición de intervención procesal, fuera del proceso, porque si un funcionario integrante de otras entidades públicas es parte del proceso tiene el derecho de intervenir en el proceso en ejercicio del derecho a la defensa que se consagra en el Art. 16 de la Constitución o en el supuesto de que el funcionario sea profesional abogado sin impedimento para el ejercicio de la profesión.

EFFECTOS DE LOS ACTOS QUE ATENTAN CONTRA LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL

Todos los actos de los funcionarios integrantes de los otros poderes del Estado que incurran en las prohibiciones señaladas se sancionan con la nulidad de las decisiones judiciales.

LA POLICIA JUDICIAL

El último mecanismo destinado a garantizar la independencia institucional del Poder Judicial es la Policía Judicial. Debe tenerse en cuenta que las funciones judiciales de prevención de delitos y la seguridad de las personas y sus bienes, las que se halla a cargo de la denominada Policía Preventiva o de Seguridad, que normalmente depende el Poder Ejecutivo o Administrador; por otra parte, se hallan las funciones de investigación de los hechos punibles, etc.; función que debe corresponder a un organismo especializado denominado Policía Nacional, dependiente de la Corte Suprema de Justicia, y al servicio de los jueces en general y de los jueces en lo penal, en particular.

CARRERA JUDICIAL

Siguiendo a Sagüés, puede definirse a la carrera judicial como la unión o conjunción de ciertos elementos esenciales de la judicatura que “amalgamados entre sí tipifican dicha carrera, pero que considerados aisladamente no la configuran”.³¹

Así por ejemplo, la función judicial constituye un elemento fundamental para la configuración de una carrera judicial; si no existiera la función judicial no podría hablarse de carrera judicial; por sí sola, aunque es condición necesaria de la carrera judicial, no es condición suficiente de la existencia de la misma.

Es necesario, además, la unión de otros elementos que forman parte del concepto respectivo. Por lo demás, la conjunción de que se habla hace referencia únicamente a elementos que son esenciales, es decir, aquellos que hacen a la esencia o identidad de la carrera judicial, lo cual contiene también otros elementos que normal-

³¹SAGÜES, Nestor Pedro. Carrera Judicial: Perspectivas y posibilidades en Argentina. Editorial El Derecho, pág. 820

mente forman parte de ella pero no son esenciales, sino accesorios o secundarios, como, por ejemplo, la antigüedad.

*“No por estar mucho tiempo en determinado puesto judicial, es del caso sostener que el individuo en cuestión es “de carrera”.*³²

Así, son elementos esenciales de la carrera judicial los siguientes:

- a) La función judicial.³³
- b) La integración de la Judicatura conforme a ciertos y determinados principios.³⁴
- c) La estabilidad judicial permanente.³⁵
- d) Un régimen previsional o de retiro adecuado.³⁶

EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

El juez debe enlazar la ética de la función judicial con su desempeño como función primordial en el ejercicio cotidiano toda vez que como administrador de justicia y garante de los derechos de los ciudadanos debe velar para mantener una conducta imparcial ante la tramitación y resolución de conflictos judiciales que le son sometidos a su consideración, mostrándose ante estos con diligencia.

Todo juez profesional del derecho debe entender que la ética, en sentido general, es el arte de elegir la mejor conducta, asimismo debe tomar en consideración que la ética judicial procura regular la conducta de los funcionarios al servicio de la justicia y de sus administradores, el juez debe entender que la ética judicial coadyuva para asegurar la represión de las violaciones de la ley.

32SAGÜES, Nestor Pedro. Obra citada, pág. 820

33La función judicial constituye el presupuesto básico de la carrera judicial desde que su inexistencia torna también en inexistente el instituto que es objeto de análisis

34Uno de los aspectos más relevantes de la carrera judicial es el objeto guarda relación con la integración de la judicatura, esto es, con el proceso de selección y designación de Jueces que, institucionalmente considerados, constituyen la Magistratura Judicial.

35La configuración de una auténtica carrera judicial exige la presencia de un tercer elemento que resulta fundamental para la misma: la inamovilidad permanente del Magistrado Judicial.

36El cuarto y último elemento esencial de la carrera judicial es la jubilación, que debe ser encuadrada dentro de un régimen previsional que contemple generosamente las necesidades económicas del Magistrado que ha consagrado numerosos años de su vida al servicio de la justicia.

El juez también estará consciente que por el hecho de ser juez no debe abusar de dicho cargo para favorecer intereses privados ajenos a la función judicial; además la ética judicial le prohíbe participar en actos y reuniones de índole política, incluso el juzgador debe evitar declaraciones de esa naturaleza ante los medios de comunicación, salvo que fuese indispensable, también tiene la prohibición de dar consulta en asuntos jurídicos y por consiguiente le está prohibido ejercer la abogacía directamente o a través de una tercera persona.

Igualmente el juez debe, sobre todas las cosas, ser guardián celoso de la Constitución, como ley suprema de la República y su obligación no solo es respetarla sino defenderla con su vida.

El juez debe ser un hombre de vocación, la ética de todo juez exige que se aprenda y domine a plenitud su rol, todo juez debe cumplir a cabalidad sus funciones sagradas de juzgar la conducta de sus semejantes.

Debe destacarse que el hombre siempre ha confiado en la honestidad y sabiduría de otros hombres para resolver sus contradicciones de manera justa y evitar la violencia y esa confianza de honestidad y sabiduría se reciben cuando la adquiere con sus actos, puntualizándose que de esta forma se enlaza la ética con la función del juzgador, primero con sus actos y con su independencia, en otras palabras, la ética judicial vincula al juez con un sin número de principios que debe velar por ellos y aplicarlos en el ejercicio de su función judicial.

Entiéndase que la ética “es el conjunto de principios y de normas al que debe sujetarse la conducta de los administradores de justicia”; puntualizándose que dentro de esos principios éticos sobre la conducta del juez se tienen la imparcialidad, la honestidad, la justicia, la pulcritud, y la rectitud, entre otros.

El juez debe ser poseedor práctico de rectitud de carácter de espíritu “Quien imparte justicia no debe ser conmovido por el deseo de agradar, ni por el temor de disgustar, el juez debe tener su vista fija solo en procurar lo justo y desentenderse de los sentimientos de afecto.

El juez debe tener la obligación de evitar privilegios, discriminación por motivos de filiación política, religión, raza, condición social, parentesco y otros criterios que colindan con los derechos humanos y con el mérito personal.

El juez como tal debe ser un hombre de hierro, que no se amedrenta ante los poderosos y las amenazas, que no se deja comprar con bienes materiales, para el juez no hay amigos, parientes o recomendados, el juez está en constante peligro de perder su vida y el alma ante tantas tentaciones y por ello debe ser prudente, justo, revestido de fortaleza y templanza.

El juez debe ser un hombre de vocación con temor a Dios, que no busque ganancias mal habidas, debe dar prueba a la sociedad de ser un hombre honesto, honrado, incapaz de robar, estafar o defraudar y sobre todo sincero, es decir, debe expresar y demostrar sus acciones como persona libre de ataduras por cualquier complacencia.

La conducta del juez permanentemente está sujeta a la balanza pública de la sociedad donde ejerce sus funciones y en ese tenor debe ser muy cauto al momento de actuar, no solo en sus funciones jurisdiccionales, sino en su accionar como ciudadano, en virtud de que la función que desempeña el juez es limitada por una serie de actuaciones y comportamientos enmarcados conforme a su perfil, en otras palabras, el juez no debe actuar como cualquier otro ciudadano común y corriente frente a actitudes que presenta la vida, sino que tiene que cumplir con ciertos principios al momento de actuar, no solo en el ámbito laboral, sino en todos los demás ámbitos, particularmente en el personal.

En conclusión quiero patentizar que tener el honroso nombramiento de ser juez implica cumplir y ejercer la función judicial con honestidad, eficiencia personal, imparcialidad, laboriosidad y responsabilidad y sobre todo con ética judicial.

El juez debe ser poseedor de principios y valores tales como: la independencia, imparcialidad, objetividad, profesionalismo, excelencia, responsabilidad, justicia y equidad, capacitación, secreto profesional, proyección social y desempeño profesional.

Destacándose que la independencia es la actitud del juzgador libre de influencias extrañas al Derecho provenientes del sistema social o de las partes en los procesos que conoce o resuelve.

El juzgador es independiente en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y se encuentra tan solo sometido al Derecho y la Ley.

La imparcialidad consiste en juzgar con rectitud y con ausencia absoluto de designio anticipado o de prevención, sin actitudes que puedan reflejar favoritismo, predisposición o prejuicio, en relación con alguno de los justiciables.

El juzgador tiene el deber de cumplir y hacer cumplir el principio del debido proceso.

El juzgador debe evitar toda conducta que aparente trato preferencial o especial a los abogados y a los justiciables.

El juzgador debe abstenerse de externar cualquier opinión que implique prejuzgar sobre un asunto.

La objetividad es la actitud del juzgador que le obliga a emitir sus fallos solo por las razones que el Derecho le suministra, y por las que se deriven de su modo personal de pensar o de sentir.

El profesionalismo es la disposición para ejercer de manera responsable y seria la función jurisdiccional, con relevante capacidad y aplicación.

La excelencia es la actuación con una calidad superior que sobresale en mérito y que va más allá de lo ordinario o normalmente exigido en la actuación jurisdiccional.

La responsabilidad es la capacidad del juzgador de cumplir con sus deberes, de reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente, en concordancia con los valores y principios previstos en el Código de Ética, así como evaluar los actos cuya generación o ejecución tuviera a su cargo, considerando los antecedentes, motivos y consecuencias de los mismos, actuando en todo momento con profesionalismo y dedicación.

El desempeño profesional es el buen funcionamiento del conjunto de las instituciones judiciales. Para ello es condición necesaria que cada juzgador cumpla con sus obligaciones específicas de carácter individual, y asuma un compromiso en el buen funcionamiento de todo el sistema judicial.

CAPÍTULO VI

“EL VALOR JUSTICIA”

“El hombre justo no es aquel hombre que no comete injusticia, sino es aquel que pudiendo ser injusto no quiere serlo”

PRELUDIO

JUSTICIA, ES:³⁷

- Dar a cada uno lo que le pertenece o lo que le corresponde.
- El conjunto de reglas y normas que establecen un marco adecuado para las relaciones entre personas e instituciones, autorizando, prohibiendo y permitiendo acciones específicas en la interacción de individuos e instituciones. Nació de la necesidad de mantener la armonía entre sus integrantes.

EQUIDAD, ES:

La tendencia a juzgar con imparcialidad y haciendo uso de la razón.

Equidad económica o financiera, es la distribución justa de la riqueza entre los miembros de una sociedad, la moderación en los precios y la justicia en los términos de un contrato.

³⁷Es un valor determinado por la sociedad. Nació de la necesidad de mantener la armonía entre sus integrantes. Es el conjunto de reglas y normas que establecen un marco adecuado para las relaciones entre personas e instituciones, autorizando, prohibiendo y permitiendo acciones específicas en la interacción de individuos e instituciones. La Justicia no es el dar o repartir cosas a la humanidad, sino el saber decidir a quién le pertenece esa cosa por derecho. La Justicia es ética, equidad y honestidad. Es la voluntad constante de dar a cada uno lo que es suyo. Es aquel referente de rectitud que gobierna la conducta y nos constriñe a respetar los derechos de los demás. La Justicia es para mí aquello cuya protección puede florecer la ciencia, y junto con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la Justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia. El valor de la justicia es saber hacer lo que corresponde en todo momento, sin dejarse llevar por los sentimientos y sin ver las cosas objetivamente. A cada uno lo que le toca. A veces ser justos significa que nos tenemos que privar de cosas nosotros mismos, para que otra persona tenga lo suyo. A veces es defender a alguien aunque nos caiga muy mal, pero si tiene razón, la tiene y punto. Ser justo es ver las cosas con realismo y sin ser egoístas.

Por ejemplo: si una empresa se encuentra en una situación monopólica, tendrá la capacidad de fijar los precios de sus productos o servicios a su antojo. El gobierno, por su parte, deberá establecer las condiciones necesarias para que la actividad comercial se realice con equidad.

Equidad de género, es la igualdad del hombre y la mujer en el uso y control de los bienes y servicios de una sociedad. Esto supone que las mujeres deben recibir la misma remuneración que los hombres por igual tarea. También implica que ambos sexos deben tener poder para la toma de decisiones.

Si un hombre y una mujer se desempeñan en cargos ejecutivos dentro de una empresa, con idénticas responsabilidad y horas de trabajo, ambos tendrán que ganar el mismo sueldo para que exista la equidad de género.

IGUALDAD, ES:

- El trato idéntico que un organismo, estado, empresa, asociación, grupo o individuo brinda a las personas sin que medie ningún tipo de discriminación, o sea, reparo por la raza, sexo, clase social u otra circunstancia de diferencia.

Igualdad social, es el contexto o situación donde las personas tienen los mismos derechos y las mismas oportunidades.

La desigualdad proviene de la injusticia y arbitrariedad del sistema político, económico y social. Cuando propicia la discriminación, explotación y abuso sobre determinadas personas o grupos de personas, impidiéndoles ejercer los derechos para los que están plenamente facultadas por la ley.

Esta es una circunstancia ante la cual se erige, no solo como un derecho sino como un deber, la lucha política y social para establecer las condiciones generales que permitan restituir la dignidad jurídica y moral de la persona y la ciudadanía.

Igualdad de sexo o igualdad de género, es estandarizar las oportunidades existentes de modo tal que puedan repartirse de manera justa entre hombres y mujeres.

Esto con respecto a las diferencias inherentes a la propia condición de la persona en lo que concierne a aspectos biológicos, so-

ciales, laborales, profesionales, por ejemplo, edad, sexo, trabajo, profesión, asociación.

Igualdad de razas, es dar los mismos derechos a todas las personas y no discriminarlas por sus características raciales.

La igualdad se refiere a la raza o grupo étnico: blancos, negros, indios etc. Al sexo: es usual que las mujeres estén por detrás de los hombres a la hora de buscar un empleo, pedir una promoción, cargos directivos, de liderazgos empresariales, de conducción de grupos humanos, o puestos estratégicos. A la nacionalidad, o a las minorías: por ejemplo cuando una persona de origen latino, o de diferente religión se radica en Europa, debe someterse a ámbitos denigrantes, en el trabajo y en la educación.

Igualdad ante la ley, es un principio que reconoce que todos los ciudadanos tienen capacidad para los mismos derechos.

Esta desigualdad tiene su origen en las diferencias de cada persona, en atención a la necesidad que su propia existencia formula y exige, tal sería el caso de quien menos tiene y más necesita, frente al del que más tiene y menos necesita.

Las regulaciones al principio de igualdad tienen un doble carácter: como compensación y como límite. En el primer caso, como compensación, tratan de evitar la injusticia que surge del déficit de facultades y posibilidades que afecta a la persona que debería tener derecho a ellas. En el segundo caso, como límite, trata de evitar los poderes excesivos que concentra o puede concentrar una persona, en detrimento de los derechos de los demás.

La falta de igualdad implica en la mayor parte de los casos una flagrante violación a los derechos humanos universalmente aceptados, y es característica de sociedades poco tolerantes, y poco democráticas.

La sociedad, el Estado y el Derecho, han sido creados para atenuar las desigualdades dando más a quien menos tiene y más necesita, y menos a quien más tiene y menos necesita. Cualquier condición discriminatoria ocasiona desigualdad.

El poder absoluto conduce a la desigualdad y la injusticia, presenta sus intereses particulares como si fuesen los intereses gene-

rales de la colectividad, impone el bien individual como si fuese el bien común.

La justicia viene a ser equivalente a equidad, en el sentido de que cada quien en uso de su libertad, puede luchar por aquello que considera le corresponde sin afectar los derechos de los demás.

El Estado y el Derecho deben establecer las condiciones que permitan al sujeto realizar las acciones necesarias para alcanzar los fines que se ha propuesto, removiendo de entrada los obstáculos en sus propósitos, eliminando toda condición discriminatoria que sería la verdadera desigualdad.

La igualdad existe como imperativo moral y jurídico para todos, en el caso de los derechos humanos fundamentales: el derecho a la vida, a la libertad, a la dignidad, y a la justicia.

La desigualdad se presenta, al menos, en tres situaciones principales.

EL ROL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN LA APLICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

El Estado Constitucional de Derecho representa la confluencia de diferentes principios y postulados filosófico – políticos, de variados movimientos y fuerzas históricos, los cuales toman cuerpo en un conjunto de que apenas en tiempos recientes se reconocen como elementos congruentes de un Estado liberal occidental.

El Estado de Derecho es el <Estado de la razón>, del *entendimiento*, de la racionalidad política. La esencia del Estado de Derecho sigue siendo la racionalidad del ejercicio del poder; esto es lo que permite explicar que no se altere su esencia, cuando en determinadas circunstancias, se producen episodios en los cuales la norma no es aplicada.

Ya en la filosofía política de la Antigüedad (Platón) se presentaba como ideal el “gobierno de las leyes”, como forma opuesta al [gobierno de los hombres], de sus arbitrariedades y abusos. Dichas leyes no serían otras que las dictadas por la razón. Esta visión, sin embargo, no tiene que ver con las mismas nociones de libertad individual y gobierno democrático que asociamos actualmente con la idea de “Estado de derecho”.

El período que sigue a la primera guerra mundial se caracteriza, de un lado, por una crítica al Estado legal de Derecho cuyo formulismo le convierte, según sus críticos, en un defensor del orden y del sistema de intereses establecidos, de donde surge la denominación Estado burgués de Derecho y frente al que se postula un Estado de Derecho de contenido social.

Y, de otro lado, se abre paso a la tendencia de la consideración de la Constitución como una norma verdaderamente jurídica y que, por consiguiente, ha de estar dotada de las debidas garantías constitucionales, pues un Derecho cuya validez no pueda postularse ante los tribunales no es un verdadero Derecho. Resultado institucional de este criterio es el establecimiento de Tribunales constitucionales, primero en Austria y, más tarde, en Checoslovaquia y España; luego en Perú, Colombia, etc.

Pero es sobre todo después de la segunda guerra mundial cuando los tribunales se establecen en varios países europeos y con ello se consolida lo que podemos denominar Estado constitucional de Derecho, pues, del mismo modo que no podía hablarse de propiedad de Estado legal de Derecho más que cuando existía una jurisdicción contencioso-administrativa, tampoco puede hablarse de un Estado constitucional de Derecho sin una jurisdicción contencioso-constitucional.

El *Estado Constitucional de Derecho* acoge en su estructura el principio de división entre los poderes: ejecutivo, legislativo y judicial, con las matizaciones del caso, pero añade a ello tres notas esenciales:

Como *primer supuesto* esencial de su existencia, la división primaria y fundamental entre el poder constituyente y los poderes constituidos, establecida como supuesto del sistema constitucional y según la cual los poderes constituidos no pueden invadir la esfera reservada al constituyente. Esta radical división de poderes, que afecta a la raíz misma del sistema constitucional, si bien reconocida por la teoría, carecía de garantías dado el poder fácticamente absoluto del Parlamento.

Pero el Estado constitucional de Derecho parte del supuesto de que el poder constituyente no sólo fundó en su día los poderes

constituidos con sus respectivas competencias y límites de acción, sino que los fundamenta permanentemente, pues la voluntad y racionalidad subjetivas del constituyente se objetivaron en su día en la voluntad y racionalidad objetivas de la Constitución y, por consiguiente, la custodia de ésta es la garantía de la custodia de la diferenciación entre ambos poderes.

El Estado legal de Derecho identifica el Derecho con la ley o con las normas dictadas en función de una ley. Ciertamente se reconocía la significación jurídica de la Constitución, pero sin que se vieran remedios a sus posibles contravenciones por parte de los poderes públicos. Sólo al Parlamento en cuanto representante de la soberanía popular y en el desarrollo de su función legislativa se le consideraba competente para la interpretación última de la Constitución, lo que, sin embargo, no evitaba conflictos con otros poderes que habían de resolverse por la vía política.

En cambio, el Estado constitucional de Derecho eleva la Constitución desde el plano programático al mundo de las normas jurídicas vinculatorias y, por consiguiente, no sólo acoge el principio de la primacía de la ley *in suo ordine* sino que lo complementa con el principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley y, por tanto, sobre todo el ordenamiento jurídico, con la consiguiente anulación en la medida que en su conjunto o en algunos de sus preceptos no se adecue a la norma constitucional.

Esta primacía de la Constitución sobre la ley se sustenta, en primer lugar, en la doctrina adoptada por Kelsen y hoy generalmente admitida según la cual el orden jurídico constituye un sistema jerárquico que, iniciándose en la Constitución, se extiende por los sucesivos momentos en el proceso de su creación a través de la ley, el reglamento, el acto administrativo, la sentencia y la ejecución³⁸.

En ese sentido, aparte de la supremacía de la Constitución sobre la ley es característica del Estado constitucional de Derecho que todos los poderes públicos y particularmente los poderes legislativo, ejecutivo y judicial estén sujetos a la Constitución, es decir, que actúen: i) dentro de los límites de la competencia fundamental del

³⁸García Pelayo, Manuel. Obras Completas. Vol. III [Http://www.der.uva.es/constitucional/materiales/libros/garcia_pelayo_1.pdf](http://www.der.uva.es/constitucional/materiales/libros/garcia_pelayo_1.pdf)

Estado sin que puedan invadir la esfera de autodeterminación de las personas y la de autorregulación de la sociedad, y *ii*) dentro de los límites de las competencias específicas que a cada uno de ellos le señala la Constitución frente a las competencias atribuidas a los demás órdenes constitucionales

Benjamin Constant postuló la necesidad de un cuarto poder políticamente neutral que tuviera la misión de mantener el equilibrio entre los tres poderes restantes y neutralizar las perturbaciones que pudieran producirse entre ellos, así como las posibles desviaciones constitucionales.

A reserva de las matizaciones debidas al siglo y medio transcurrido desde Constant a nuestro tiempo, cabe afirmar que este cuarto poder que Constant investía en el monarca y que actuaba más bien con recursos políticos, es ahora investido funcionalmente en una jurisdicción constitucional y, orgánicamente, en los Tribunales constitucionales que actuando con métodos jurídicos, tienen a su cargo mantener el debido nivel de constitucionalidad y resolver los conflictos entre los poderes constitucionales del Estado³⁹.

Dentro del sistema clásico de división de poderes, el legislativo poseía un poder de disposición prácticamente ilimitado sobre la ley, especialmente en aquellos sistemas en los que no existía o ejercía un derecho de veto por parte del Jefe del Estado. En cambio, un Estado constitucional de Derecho no admite que las decisiones del Parlamento sean absolutas, omnicompetentes y *eo ipso* justas, sino que la validez de tales decisiones depende de su concordancia con la Constitución. Estado democrático de Derecho significa, así, un sistema donde la democracia se ejerce dentro de los límites fijados por la Constitución.

Pero la primacía de la Constitución sobre la ley no se justifica solamente por la división entre poder constituyente y constituido, ni por unos criterios lógicos u ontológicos sobre la estructura del orden jurídico, sino que se justifica también por su aportación a la seguridad jurídica en un tiempo en el que los principios clásicos de generalidad, discusión y publicidad no tienen la significación que

³⁹<http://www.google.com.gt/search?hl=es&q=Benjamin+Constant+&btnG=Buscar&lr=>

tenían en otro tiempo, pues, de un lado, la generalidad de la ley cede frecuentemente ante la necesidad de las llamadas leyes medida para objetivos singulares y definidos y, de otro, los requisitos de discusión y publicidad tienden a perder contenido real como consecuencia de la creciente importancia de las comisiones en el proceso legislativo y de la de los partidos fuertemente organizados en la estructura del Parlamento. Bajo estos supuestos se acentúa la necesidad de la sumisión de la acción legislativa a la disciplina de la Constitución.

Dentro de las características de la Constitución, encontramos que uno de los principales cambios en los modelos de la *constitución* se encuentra en la estructura del sistema jurídico, ocurrió en Europa, con la intervención e introducción de las constituciones rígidas, después de la segunda guerra mundial, las cuales incorporaron principios y derechos fundamentales como límites y vínculos ya no solo para el poder ejecutivo y judicial, sino también para el legislativo.

En el modelo constitucional tradicional, el Estado de Derecho consistía básicamente en la primacía de la ley y la democracia en la omnipotencia de la mayoría y por lo tanto el parlamento. El papel del juez como órgano sujeto solo a la ley se configuraba, por consiguiente, como una mera función técnica de aplicación de la ley, cualquiera que fuese su contenido⁴⁰. Este sistema cambia profundamente con las constituciones rígidas de la segunda pos guerra, que contemplan el paradigma del Estado de Derecho sometiendo también al legislador a la ley –a la ley constitucional, precisamente- y transformando así al viejo Estado de Derecho en el Estado Constitucional de Derecho.

La *segunda característica* se produce en la posguerra con las constituciones rígidas, equivale a una integración del Estado de Derecho, es decir a la sujeción a la ley por parte de todos los poderes, incluido el Legislativo, que se subordina también al derecho y a la

⁴⁰Justicia Constitucional y Esfera de lo Indecidible de Luigi Ferrajoli, Traducción de Adrián Rentería http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719724684726977680/Isonomia_11.pdf.

Constitución, ya no sólo en las formas y procedimientos de formación de las leyes, sino también en sus contenidos.

Por consiguiente en el Estado Constitucional de Derecho, el legislador omnipotente, en el sentido de que las leyes que él produce no son válidas solo porque son vigentes, o sea producidas en las formas establecidas por las normas en relación con su producción, sino que los son sí, además son coherentes con los principios constitucionales.

La *tercera característica*, y a criterio de quien escribe, la más relevante para el tema objeto de estudio, es el rol de los jueces en la nueva tendencia constitucional, por ello es entendible el cambio de la ubicación del juez frente a la ley que produce este nuevo paradigma: no solo, de los tribunales constitucionales encargados del control de la constitucionalidad de las leyes, sino también de los jueces ordinarios que tienen el deber y el poder de activar dicho control.

La sujeción a la ley y, ante todo, a la constitución, de hecho, transforma al juez en garante de los derechos fundamentales, incluso contra el legislador, a través de la censura de la invalidez de las leyes que violan esos derechos. Esta censura es promovida por los jueces ordinarios y esta es declarada por las cortes constitucionales.

De hecho ya no es vigente el viejo paradigma *“sujeción a la letra de la ley cualquiera que sea su significado”* sino sujeción a la ley sólo si es válida, es decir si es coherente con la Constitución.

Partiendo de la premisa que en cualquier convención democrática hay dos cosas que se deben sustraer a las decisiones de la mayoría, porque son condiciones de la vida civil y razones del pacto de convivencia: antes que nada, la tutela de los derechos fundamentales, empezando por la vida y la libertad, que no pueden sacrificarse a ninguna a ninguna voluntad de mayoría ni interés general o bien común; en segundo lugar, la sujeción de los poderes públicos a la ley, que es la garantía máxima contra el arbitrio y contra las violaciones de la misma voluntad de la mayoría que produjo la ley.

CAPITULO VII

“LA HERMENEUTICA JURIDICA”

“El ser humano tiene la necesidad de tener siempre un fin bueno que le permita justificar su conducta y este fin supone la justicia”

LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA⁴¹

La interpretación jurídica es un instrumento que nos ayuda a establecer el significado o alcance de las normas jurídicas y de los demás conceptos que forman parte de un ordenamiento jurídico y que no son normas, como por ejemplo, los principios generales del derecho.

La actividad interpretativa ocupa un lugar central en todos los ámbitos de la vida en que interviene el conocimiento humano, ya que desentraña el sentido o significado que existe de forma no inmediatamente aparente en algún “factum” de la vida real; interpretar es decir o transmitir o descifrar un mensaje que no es evidente por sí mismo. Consecuentemente, el sujeto que lleva a cabo la interpretación está realizando el sentido de aquello que interpreta.

No es que lo interpretado no tenga ya su sentido, algún cierto sentido... Pero, si la interpretación es necesaria es porque por alguna razón lo interpretado no ofrece por sí mismo “su” sentido o significación en esa concreta circunstancia en que ha de intervenir el intérprete. En esa medida, la interpretación es una actividad instrumentalmente creadora.

Eso es precisamente lo que sucede en el ámbito de la interpretación jurídica, en la que cualquier intento de determinación del

⁴¹NOTA DE LOS AUTORES. En ese capítulo solo desarrollaremos sucintamente las reglas de interpretación, sin mayores análisis, ya que próximamente se publicará una obra que hable detenidamente sobre la hermenéutica jurídica en el derecho positivo paraguayo.

sentido concreto de una norma jurídica implica varias actividades bastante complejas.

Así, el sujeto jurídico implicado necesitará averiguar cuáles son las normas generales que corresponde aplicar en la situación concreta que tiene ante él, para lograrlo necesitará no sólo determinar el sentido general de esas normas, sino también realizar una primera calificación jurídica global del supuesto fáctico al que van a ser aplicadas, en pocas palabras, cuando la ley es oscura o dudosa se debe recurrir a los diversos sistemas de interpretación y en consecuencia se deberá recurrir a la interpretación, que se le llama **Hermenéutica Jurídica**.

HERMENÉUTICA JURÍDICA

El término HERMENÉUTICA proviene del griego: “**Jerme-neueien**”, que significa Interpretar, esclarecer, anunciar, declarar o traducir. Lo que a su vez indica que una cosa es vuelta comprensible o llevada a la comprensión, también deriva del latín “**interpretatio**” que a su vez es el verbo interpretar, o servir de intermediario, venir en ayuda de, también designa al traductor que pone en lenguaje accesible lo que se encuentra en un lenguaje desconocido. Interpretatio significa pues explicación, esclarecimiento o traducción.

El término deriva del Dios HERMES a quien se le atribuía el origen del lenguaje y la escritura como patrono de la comunicación y del entendimiento humano. Originalmente significaba <La explicación de una sentencia oscura y enigmática de los dioses a través del oráculo>.

El principio de los estudios Hermenéuticos se encuentra en la teología cristiana, teniendo como principio fijar los términos y normas que han de aplicarse a los libros sagrados. Obviamente la necesidad de la disciplina hermenéutica está dada por las complejidades del lenguaje que con frecuencia conducen a conclusiones diferentes o contrapuestas, e incluso en lo que respecta al significado de un texto.

La hermenéutica jurídica entonces se refiere a la interpretación del “espíritu de la ley”, entendiéndose como un conjunto de mé-

todos de interpretación de textos legales. De acuerdo con algunos autores es una forma de pensamiento que permite controlar las consecuencias posibles y su incidencia sobre la realidad antes de que ocurran los hechos.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Tres corrientes han sido de enorme importancia para la interpretación jurídica: la *interpretatio*, los glosadores y los comentaristas. Son en ellos donde se encuentran prácticamente todos los antecedentes de las reglas de la hermenéutica.

INTERPRETATIO. En un principio, en la antigua Roma, los pontífices, de manera exclusiva, realizaron la tarea de interpretar el derecho. Tarea que después fue asumida por los **JURISCONSULTOS**: hombres entendidos en derecho.

Así la *interpretatio prudentium* se convirtió en una fuente del derecho; fue el método que sirvió para convertir el derecho consuetudinario (*sino scripto*) en una de las formas del derecho escrito (*ius scriptum*) -vgr: como las XII tablas no podían satisfacer el incremento de las necesidades jurídicas, se recurrió a la *interpretatio*.

Con el paso del tiempo los *interpretes iuris*, en su afán de extender el derecho, llegaron a establecer reglas y formular principios jurídicos, de ahí que el intérprete fuera conocido como: “aquel que establece el derecho”.

También existían **LOS GLOSADORES** quienes se dedicaban al estudio del derecho Justiniano (aunque también, en alguna medida, al derecho canónico y germánico) su función consistía en explicar el sentido del texto legal. Para ellos no hay más derecho que el *corpus iuris civilis*, quienes ven en este cuerpo legal no un derecho sino el derecho. El derecho según la concepción de los glosadores se ha dictado una vez y para siempre y se encuentra, justamente, en las sentencias del *Corpus Iuris Civilis*.

Así mismo, **LOS COMENTARISTAS**. Se suele incluirlos también como antecedente de la interpretación legal, estos, tienden a separarse del análisis literal, y es que los comentaristas aspiraran a la construcción de una teoría general, sacada, las más de las veces,

de la interpretación que hicieron los glosadores; quizá es aquí en donde encontramos los orígenes del conceptualismo jurídico.

OBJETOS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA:

El objeto de la interpretación del derecho, como se dijo anteriormente, es el mismo derecho, o si se prefiere: las normas jurídicas y otros estándares como los principios generales del derecho. Como a su vez, las normas jurídicas reconocen múltiples fuentes, la interpretación del derecho reconoce múltiples especies:

- Interpretación de la ley
- Interpretación del contratos
- Interpretación del tratado internacional
- Interpretación de la sentencia.

FINALIDAD DE LA INTERPRETACION JURÍDICA

Una de las principales tareas de la interpretación jurídica es encontrar soluciones a los conflictos entre las reglas, jerarquizando los valores que estas reglas deben proteger. La vida del derecho presenta, en efecto, constantemente, conflictos entre las libertades constitucionalmente protegidas.

En la medida en que suministran las razones de una solución aceptable, que serán tomadas en cuenta por la jurisprudencia. Las mismas se esfuerzan, a los jueces y a la opinión pública, de que sobre esos dos puntos, o sea, el carácter aceptable de las soluciones y el valor de las justificaciones, ellas son preferibles a las concepciones concurrentes.

ELEMENTOS DE LA INTERPRETACIÓN

- 1) **Presupuesto de hecho:** que es lo que voy a interpretar.
- 2) **Contexto,** se divide en: concreto, cuando se va a interpretar un problema, al cual, es preciso dar una solución. Abstracto, se va a interpretar cualquier situación no concreta.
- 3) **Aspectos normativos y valorativos:** determinar de acuerdo a los métodos de interpretación, que valor le damos a cada norma Constitucional o legal que vamos a interpretar.

- 4) **Argumentos:** razones que va a exponer para sustentar su posición respecto al hecho o situación en interpretación.
- 5) **Consecuencias:** conclusiones de la interpretación, que se plasma de acuerdo a la clase de interpretación, en una decisión o sugerencia.

¿QUIÉN INTERPRETA LA LEY?

Respecto al quién interpreta la ley, existía un principio fundamental que decía que “el que hacía la ley es el que debía interpretarla” (interpretación auténtica), y ahora se suele decir que la ley debe interpretarse por quien la aplica (interpretación usual).

IMPORTANCIA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

La interpretación jurídica constituye la esencia de la labor de los hombres de Derecho, que en tanto tales, les corresponde la tarea de indicar el sentido cristalizado en las normas jurídicas y determinar la finalidad de esta.

En la vida cotidiana interpretar significa explicar el sentido de una cosa, en tal razón no está ajeno en la vida diaria que el ser humano tenga que interpretar, sean ideas, escritos, movimientos artísticos, etc., pero este modo de interpretación evidentemente no es jurídica, sino más bien, podríamos denominarla común, que cualquier persona, puede llevar a cabo.

En el ámbito del derecho la norma jurídica puede ser interpretada no solo por los denominados operadores jurídicos (Magistrados, jueces, abogados, juristas, etc.). También los particulares realizan interpretación de las normas jurídicas cada vez que desean saber si la actividad que quieren emprender es lícita o ilícita; si los actos o negocios jurídicos que quieren llevar a cabo producirán o no tales o cuales efectos; cuando al otorgar un testamento, desean saber cómo proporcionar los bienes que poseen, entre sus futuros herederos, o en el caso de que aquellos que deseen interponer alguna queja en contra de algún servidor público de la Administración Pública, que por actos u omisiones trastocan su deber de servicio, etc.

Se puede decir que la interpretación en sí, se da cuando la norma es oscura o inatendible, o bien cuando entramos en la opaci-

dad del derecho, en la que el significado de las palabras no resultan claras en cuanto a su semántica, entonces el operador jurídico tiene que realizar el ejercicio de desentrañar o descubrir lo que el legislador quiso decir al redactar la norma. Ante esto, se puede afirmar entonces que la interpretación se da no tanto porque la ley sea opaca sino es cuestión del intérprete en cuanto a que significado le da a las palabras.

En función de lo ante expuesto se deduce que la interpretación en el mundo del derecho es tan importante como el que los seres vivos tengan que respirar, en función de que los operadores jurídicos que aplican la norma a hechos o casos concretos, formulan una interpretación para determinar la aplicabilidad de la misma, y más trascendencia tiene, cuando el operador jurídico, en este caso, abogados, litigantes, pretenden descubrir si la norma referida en las sentencias o resoluciones es la correcta.

Por lo tanto, el interpretar es tan importante, porque no sólo es desentrañar el sentido de un texto, en este caso jurídico, ni describir un significado a éste. Es, además un acto de comprensión y comunicación, por lo que, podemos interpretar no sólo las proposiciones prescriptivas, sino los hechos, el ordenamiento jurídico, las consecuencias del derecho y el contexto del fenómeno jurídico; dado que la interpretación no sólo está encaminada al conocimiento sino a la resolución de casos.

CARACTERÍSTICAS DE LA INTERPRETACIÓN JURIDICA

- Es un Conjunto Abierto y no Jerárquico:
Se basa en un conjunto indefinido de instrumentos y subinstrumentos, que se utilizan según el criterio de quien desea hacer una interpretación, no tienen jerarquía establecida ni predeterminada.
- Los resultados no son definitivos:
Es decir pueden ser diferentes en la medida de aplicar uno o varios sistemas interpretativos aun por el mismo intérprete.
- Posee un Carácter Ideológico:

La Interpretación estará condicionada por la percepción normativa del intérprete, (capacidad de comprender la norma y sus preceptos) condicionada por:

- El tiempo
- Lugar
- La ideología
- La realidad social
- La política o cultura del interprete o de su medio

ESCUELAS DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Las cuatro escuelas más importantes que se han ocupado de la interpretación de las normas jurídicas son:

Escuelas Subjetiva:

Los defensores de esta teoría dan por supuesto que el contenido de las normas jurídicas sigue definiéndose siempre por el mandato originario que estableció en ellas su autor al promulgarlas. Consecuentemente, propugnan la aplicación de la siguiente regla o criterio interpretativo básico:

“El intérprete ha de colocarse en cierta medida en la posición del legislador originario, asumiendo todas sus ideas y proyectos e intentando saber cuáles fueron los propósitos concretos que el legislador tuvo a la vista y cuál fue el espíritu que presidió la redacción de la ley”

Esta Escuela, defiende la teoría la **Exegética**, la cual se basaba en que la Interpretación jurídica debe necesariamente consistir en la consulta de la ley como fuente única y exclusiva del Derecho; los exegetas sostienen que el Derecho es la ley: la interpretación de la ley es la averiguación de la voluntad real del legislador y toda interpretación que no sea tal debe ser rechazada.

Para la exégesis, una norma es siempre expresión del acto de un individuo privilegiado, a saber: el legislador. El interpretar la ley consistía en reconstruir fielmente lo que el autor del texto legislativo había pretendido. Tradicionalmente esto se expresa diciendo que la exégesis se propone reconstruir la voluntad del legislador.

Se supone, así, que, de alguna manera, las normas jurídicas son expresión, en el plano del lenguaje, de actos volitivos que son la manifestación de la voluntad real del legislador.

Escuelas Objetiva:

Esta Escuela considera que la interpretación jurídica ha de orientarse al descubrimiento del sentido que tienen las propias normas en el momento de ser aplicadas, es pues, fruto de la apuesta por una interpretación dinámica en lugar de la defensa de la interpretación estática.

La defensa de este método arranca de la creencia en que la ley, una vez promulgada y en vigor, adquiere vida propia, va conformando su contenido normativo en función de las circunstancias y necesidades sociales.

Consecuentemente, la interpretación objetiva obliga al intérprete a perseguir el sentido o significado que radica en la propia ley en sus ideas y en las consecuencias por ella implicadas, y no en la voluntad del legislador.

La Escuela de la teoría Absolutista

Se concreta a reconocer en las normas jurídicas, únicamente el alcance literal o significado real de las palabras empleadas, en otros términos, no le interesa lo que persigue la ley, o su finalidad, sino lo que significan las palabras empleadas en el texto de la norma.

Escuela de Interpretación Libre

El derecho libre consiste en que si el texto es diáfano entonces se acude al método exegético, es decir hay un apego a la ley de lo contrario aplicamos la escuela del derecho libre o se acuden a otros métodos o escuelas de interpretación.

Se denomina “derecho libre” por las convicciones predominantes que tiene la gente en un cierto lugar y un cierto tiempo sobre lo que es justo y que efectivamente regulan las conductas de esas gentes.

Los principales postulados:

- Se oponen al formalismo jurídico.

- El derecho es libre e independiente del estatal pero se origina de él.
- El juez no solo descubre sino que crea derecho. cuya labor tiene como finalidad la justicia.
- El juez tiene como base la discrecionalidad judicial
- El juez debe y puede prescindir de la ley
- La función jurisdiccional es misión del estado
- No acepta que la ley sea la única fuente del derecho positivo.

TIPOS DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA

La gran multiplicidad y variedad de las teorías que ha desarrollado la doctrina en relación con la interpretación impide que se haga un análisis individualizado de todas ellas. De ahí que se hayan seleccionado algunas manifestaciones que pueden ser consideradas ejemplares.

Según el Sujeto que Interpreta

En base a este criterio, se distingue entre interpretación **Auténtica, Judicial, Doctrinaria y Popular**:

1) Interpretación Auténtica.

Es la realizada por el propio autor de la norma; es decir, es la realizada estrictamente por la misma persona que elaboró la norma.

2) Interpretación Usual.

Esta es la que hace quien aplica la ley, es decir, el órgano jurisdiccional. Se divide a su vez en **Judicial**, que elabora el juez, o en **Jurisprudencial**, que esencialmente la realizan los Tribunales Colegiados de Circuito y la misma Suprema Corte de Justicia de Justicia.

3) Interpretación Doctrinal.

Aunque carezca de obligatoriedad, dicha forma de interpretar es una de las más importantes, pues es realizada por personas que se dedican al estudio del fenómeno jurídico, entre los que

encontramos: Magistrados, jueces, Jurisconsultos, Abogados, etc., que en su mayoría aúnan a su conocimiento teórico sobre el Derecho, una gran experiencia práctica; lo que permite imprimir a sus obras una categoría intelectual que funciona como directriz orientadora del Derecho en general.

Este tipo de interpretación ha sido denominada comúnmente “interpretación científica”, pues aunque carezca de obligatoriedad, no es menos cierto que requiere por parte de sus elaboradores un conocimiento profundo de los hechos sociales que han dado origen a las leyes; de las instituciones jurídicas actuales y de las necesidades económicas, sociales y políticas que originan cambios en el Derecho.

4) Interpretación Popular

En todos los tipos de interpretación analizados anteriormente, veíamos como las personas encargadas de realizar la interpretación eran sujetos versados en conocimiento de lo jurídico; Jueces, Magistrados, Jurisconsultos, Órganos Legislativos, etc.; sin embargo la interpretación de tipo popular es realizada por personas que poco o ningún conocimiento tienen sobre Derecho, como en los casos de personas que fungen como escabinos, o la interpretación diaria que hace de la ley, un ciudadano común y corriente.

Según el Resultado

1) Interpretación Declarativa

Esta especie se da cuando el resultado de la interpretación se identifica plenamente con el pensamiento del legislador, plasmado en el texto legal; siendo entonces la interpretación una mera declaración o repetición de la intención del legislador. Esta situación se da continuamente en los tribunales, en que el Juez desempeña una labor simplemente mecánica de aplicación de la Ley a los casos concretos en particular de una manera silogística.

2) Interpretación Estricta

Se presenta cuando al interpretar el operador jurídico se ciñe a lo que dice la norma, limitándose a aplicarla a los supuestos estrictamente comprendidos en ella. Explica el maestro Mario Alzamora Valdez, la interpretación declarativa es la de más corriente uso y su objeto es el de explicar el texto de la ley. Continúa diciendo que este procedimiento se emplea cuando las palabras son imprecisas u obscuras y se busca desentrañar a través de ellas la mente de la ley y la del legislador.

3) Interpretación Restrictiva

Se da cuando la interpretación que se hace de una norma jurídica, tiende a reducir su campo de aplicación que según la letra de la misma abarca más de su verdadero contenido real.

4) Interpretación Extensiva

Esta interpretación ocurre cuando el sujeto que la realiza, extiende el alcance de la norma mediante el desarrollo razonable de su campo de aplicación.

A menudo ocurre que se confunde con la aplicación analógica de la ley, pero en su esencia son diferentes, pues mediante aquella lo que hace el intérprete es desarrollar la norma jurídica dentro de un límite que es su radio de acción o su campo de posibilidades; o sea que la ley tácitamente contempla el caso.

6) Interpretación Progresiva

La interpretación de la Ley según las épocas puede conducir a resultados diversos; con el transcurso del tiempo las realidades cambian y dichos cambios implican una adecuación de las palabras de la ley a las necesidades sociales, por lo que se hace necesaria una interpretación progresiva o evolutiva de la ley, para que esta comprenda esas nuevas necesidades antes desconocidas para el órgano que creó la ley.

Con el uso de este método se garantiza el desarrollo del Derecho junto con el desarrollo de la sociedad, pues un buen uso de esta especie de interpretación enriquece el significado de los términos legales, con conceptos capaces de entrar en la fórmula

legal y no situaciones incompatibles completamente con el texto de la Ley.

MÉTODO DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Son Normas, sistemas y técnicas recogidas por el propio derecho, utilizadas de facto por los juristas cuyo objeto, es resolver los problemas interpretativos de las normas, analizando éstas según el sentido propio de sus palabra, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente el espíritu y finalidad de la norma, entre estos métodos los más destacados en el transcurso de la evolución de las formas de interpretación están:

Método Exegético o gramatical

Es la que se hace conforme a la letra de la ley, al sentido exacto y propio y no al amplio o figurado de las palabras por él empleadas; esta forma de interpretar se utiliza cuando las palabras tienen un solo significado, el cual es precisado oficialmente en el diccionario de la lengua en que está redactado. Pero también puede ser que le corresponda un significado desde el punto del lenguaje técnico jurídico de tal manera que el intérprete al hacer una interpretación gramatical debe atenerse a las reglas del lenguaje y a las reglas gramaticales y etimológicas, pero es atendiendo a la raíz de las palabras, el intérprete tendrá que hacer uso y tener a la mano desde luego, diccionarios y libros de texto jurídico que lo ayuden a desentrañar el sentido literal de las palabras o el sentido técnico de las mismas.

De tal manera que cuando el texto es tan claro que no exista duda alguna sobre la voluntad del legislador o en el caso de los contratos de la voluntad de las partes, la interpretación resulta enteramente gramatical y la ley debe aplicarse en sus términos con base en el Principio de Stricto Derecho que determina que la controversia debe resolverse conforme a la letra de la ley sin que permita al juzgador recurrir a otra clase de interpretación bajo el pretexto de que la ley no es clara ya que no es lícito eludir la letra de la ley bajo el pretexto de penetrar en su espíritu.

Principales Características

- Método gramatical o literal, sentido natural y obvio.
- Obediencia a la Ley, culto a la ley.
- Toda palabra tiene un valor exacto o preciso.
- Interpretación Estrictu sensu.

Interpretación Lógica o Teleológica

Este método consiste en tele significa fin, lógico: pensamiento, cuando hablamos del método teleológico se habla desentrañar el fin normativo, espíritu de la ley, el objetivo que persigue una disposición.

El intérprete deberá recurrir a otros medios para encontrar cuál es el objetivo del legislador al crear la ley, cuál fue su finalidad, qué situación social y real existía al momento de la creación de la norma

Interpretación Sistemática

Este sistema parte del principio filosófico de que el Derecho hace parte de un sistema y que habrá que analizarse como parte del mismo sistema y por lo tanto la aplicabilidad la norma se hará basada en el sistema al que pertenece.

Debemos considerar que la norma jurídica se encuentra incluida o colocada dentro de un sistema normativo; es decir, las leyes forman parte de un todo en el cual la norma superior determina el contenido de las inferiores, ya que están ordenadas jerárquicamente.

Así, el ordenamiento jurídico constituye una unidad normativa, lo que da lugar a la interpretación sistemática, por lo cual se pretende indagar el sentido de la ley dentro de un todo se hace una especie de viaje por los campos o áreas jurídicas, en que la norma se encuentra inmersa, para, recurriendo a otras leyes, desentrañar el verdadero sentido de aquella.

La interpretación sistemática es así, complementaria de la lógica, por lo que también se le denomina lógica sistemática.

Interpretación Histórica

Consiste en que la ley no debe concebirse como la voluntad de su autor, una vez dictada se independiza de su autor, adquiere autonomía y toma vida, cuyo destino es satisfacer un presente, siempre renovado.

Interpretar a la luz del método histórico evolutivo es adaptar los preceptos normativos de acuerdo a las condiciones imperantes en el medio social, económico y cultural. Esto es, darle a la ley no el sentido que tuvo al tiempo de dictarse, sino el que pueda tener al momento de ser aplicada, es decir es la expresión de las necesidades históricas –sociales que motivaron su sanción.

Método Savigniano

A la luz del método savigniano la ley es la expresión del derecho popular y el legislador el verdadero representante de ese espíritu nacional

El método savigniano propone 4 elementos para la interpretación de la ley:

- Gramatical: Lenguaje de la Ley-Tenor literal de la Ley
- Lógico: Descomposición del pensamiento
- Histórico: Nos permite unir el presente con el pasado
- Sistemático: Vinculo que une a las instituciones con las normas en una vasta unidad.

El método savigniano reconoce las lagunas, de acuerdo con esto propone para resolver el problema de las lagunas propone a través de la analogía.

El intérprete si la ley es defectuosa por contener un pensamiento incompleto o ambiguo o el sentido de la expresión está en contradicción con el verdadero pensamiento de la ley.

- Analizar el conjunto de la legislación.
- Indagar los motivos de la ley.
- Apreciar el resultado obtenido de la interpretación.

El principio que se aplica para las contradicciones insolubles mediante la conciliación de los textos es el principio de que la fuente más moderna se sobrepone a la más antigua

PRINCIPALES REGLAS PRÁCTICAS DE HERMENEÚTICA JURÍDICA

Existen además de los métodos de interpretación que conocemos, ciertas reglas utilizadas en forma antojadiza por los intérpretes, cuando se encuentran ante un vacío legal o cuando el método interpretativo que utilizan resulta insuficiente para proporcionar una solución acertada al caso concreto que se les plantea.

Estas reglas de uso práctico en la interpretación se les denomina también máximas, adagios o aforismos, y se expresan generalmente en latín. Son utilizadas casi universalmente por la doctrina, la jurisprudencia y particularmente por los intérpretes que utilizan los métodos de interpretación tradicionales, cuya investigación se orienta a extraer del precepto legislativo el sentido o el alcance que el legislador quiso darle a la norma. En manos de dichas personas las máximas antes dichas constituyen verdaderos instrumentos de tortura para extraer de la ley enunciaciones lógicas, las que supuestamente orientaron al legislador para la elaboración de dichos preceptos.

1) Argumento de Analogía O “A Pari”

Su enunciación en latín es la siguiente *“Ubicad em est lega ratio, ibi eadem ent legis dispositio”* o sea *“donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición”*. Este argumento aunque se encuentre revestido de una lógica incontrovertible.

2) Argumento de Contradicción “A CONTRARIO SENSU”

Este argumento se expresa así: *“Qui dicit de uno negat de altero; inclusione unius fit exclusio alterus”* *“quien dice de usos, niega de los otros, la inclusión de una excluye a la otra”*. Este argumento se usa generalmente para demostrar que si la ley expresamente hizo referencia a uno o unos casos dados, lógicamente no quiso referirse a otros, pues el texto encierra una solución restrictiva que solo comprende los casos expresamente señalados.

Ciertamente este argumento aunque lógicamente es aceptable, en la realidad no prueba nada, pues el hecho de que el legislador

no haya hecho mención de un caso concreto no quiere forzosamente significar que decididamente haya querido excluir a otros.

3) Argumento “A POTIORI”

Este argumento se expresa de la siguiente manera: “con mayor razón todavía” su fundamento radica en la extensión de la ley a un caso no previsto por ella, pero que concurren razones más importantes para aplicarla también o dicho caso.

Existen dos variantes de dicho argumento, que se expresan con las siguientes frases latinas: “*a minori ad minus*” y “*a minori ad majus*”, que significan respectivamente, “quien puede lo más, puede lo menos” y “a quien le está prohibido lo menos, le está también prohibido lo más”.

Al respecto dice Aftalión: “si en el supuesto A debe ser B en atención a ciertas cualidades de A, y si C, posee esas cualidades en mayor grado aún que B, la razón dice que en el supuesto C debe ser B, a potiori”.

4) Argumento de “NO DISTINCIÓN”

“Ubi lex no distinguir, nec nos distinguere debemos. Esta expresión latina significa “donde la ley no distingue, no debemos nosotros distinguir”. O sea que la ley es enunciada siempre en términos generales y si es la intención del legislador distinguir, se sirve de la misma ley para hacerlo; pero si se abstiene es porque expresa tácitamente su voluntad de no hacerlo, el intérprete no está facultado para hacer distinciones que el legislador no hizo, o para aplicar la ley en caos en que el legislador no quiso que se aplicara. La extensión que debe darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes”.

Esto confirma la regla anterior de que si bien la ley no ha hecho distinción alguna, pudiendo razonablemente hacerlo, no es potestad del intérprete hacerla.

5) Argumento del Absurdo “AB-ABSURDO”.

Este argumento se base en que ningún tipo de interpretación que se haga de las leyes debe llevar a un absurdo o contrasentido, entendiendo por ello, toda conclusión que sea contraria a los prin-

principios más elementales de la razón son personas naturales todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición.

Este argumento aunque aparentemente sea correcto, dentro de los mecanismos de la lógica tradicional o deductiva, contraria los principios de la razón, o lo que Recasens Siches.

CAPÍTULO VIII

“LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA”

“La adecuada valoración de las pruebas: un ineludible y esencial camino hacia la búsqueda de la verdad procesal”

¿QUÉ ES LA PRUEBA?

Cuando se intenta definir o conocer un concepto único de la prueba, se falla en el intento; pues diversos autores han ofrecido una definición que aunque no es distante u opuesta, no deja de tener matices interesantes. Veamos:

El doctor **Elvito RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ**⁴² citando al maestro Francisco CARNELUTTI expresa: *“prueba no se llama solamente al objeto que sirve para el conocimiento de un hecho, sino al conocimiento mismo suministrado por tal objeto”*.

Para **Hugo ALSINA**, la palabra prueba se usa para designar:

1) *Los distintos medios ofrecidos por las partes o recogidos por el juez en el curso del proceso, y así se habla por ejemplo de prueba testimonial o instrumental;*

2) *La acción de probar y así se dice que al actor corresponde la prueba de su demanda y al demandante la de su defensa; y,*

3) *La convicción producida en el juez por los medios aportados.*

Concluye con su definición de prueba afirmando que: *“La comprobación judicial, por los medios que la ley establece, de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende”*.

⁴²RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito A. “Manual de Derecho Procesal Civil”, editora GRIJLEY, 6ta edición, Lima 2005, pág. 106.

En atención al proceso civil, esta definición no sólo es clara y precisa, sino adecuada, por descriptiva.

En el proceso civil, las partes alegan hechos y deben probarlos, por tanto no se trata de una comprobación cualquiera, sino de una comprobación que se hace ante el juez y por ello es judicial; no se hace de cualquier manera, sino por los medios y en la forma que la ley autoriza. No se prueban todos los hechos alegados por las partes, sino solamente aquellos que son controvertidos. Su finalidad es acreditar la verdad del hecho o hechos controvertidos, lo cual adquiere importancia, porque de ellos depende el derecho materia de la pretensión (exfacto oritur QUIERE DECIR del hecho nace el derecho).

- **ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO:** *“la prueba es un conjunto de actividades destinadas a procurar el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión del litigio sometido a proceso, sin perjuicio de que suela llamarse también prueba al resultado así conseguido y a los medios utilizados para alcanzar esa meta.”*
- **DEVIS ECHANDIA (Compendio de Pruebas Judiciales, 1984, Tomo I: 26),** este autor entiende por pruebas judiciales *“el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso.”*
- **LINO PALACIO (Palacio, 1977, Tomo IV: 331):** *“La prueba es la actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios previstos o autorizados por la ley, y encaminada a crear la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes en sus alegaciones.”*
- **Lino Palacio** agrega que *“constituyen medios de prueba los modos u operaciones que, referidos a cosas o personas, son susceptibles de proporcionar un dato demostrativo de la existencia o inexistencia de uno o más hechos”*
- **ROCCO,** conceptúa a los medios probatorios como *“los medios suministrados por las partes a los órganos de control –órganos jurisdiccionales, de la verdad y existencia de los hechos jurídicos controvertidos, a fin de formar la convicción de dichos órganos sobre la verdad y existencia de ellos.”*

- Podemos concluir que **[probar es]** acreditar, desarrollar una actividad para demostrar la verdad de una afirmación.

En el orden procesal: Significa *acreditar o demostrar* la verdad de los hechos afirmados por las partes.

¿CUÁL ES LA MISIÓN DEL JUEZ LUEGO DE QUE LAS PARTES REALICEN LA ACREDITACIÓN DE SUS HECHOS?

De verificar, de confrontar, los hechos acreditados en el proceso por los litigantes utilizando naturalmente los medios probatorios que permite el ordenamiento, con el supuesto de hecho o supuesto fáctico contenido en el derecho contenido en el derecho objetivo aplicable al caso litigioso.

Para ello el juez tiene que reconstruir los hechos, examinar en forma conjunta el material probatorio aportado al proceso, averiguar cómo sucedieron las cosas, para subsumirlos dentro del supuesto fáctico de la norma sustantiva

PRINCIPIOS GENERALES EN LA PRUEBA JUDICIAL

LA LEGALIDAD DE LAS PRUEBAS

En la prospectiva del autor OSVALDO GOZAINI⁴³:

“Esta no se debe confundir con la LEGITIMIDAD de las mismas. Por LEGALIDAD entendemos el modo como se instrumenta el ofrecimiento y la producción de cada soporte de verificación, de manera tal que mucho depende del tipo de estructura procedimental que se asigne.

También la legalidad se refiere, al contenido intrínseco de los medios de prueba, los cuales no deben estar inficionados por algún vicio que los invalide; como:

Lo inmoral, o contrario a las buenas costumbres; o este teñido por dolo, error, violencia u otra agresión al libre consentimiento”.

⁴³GOZAINI, Alfredo Osvaldo, “LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL PERUANO”, Editora Normas Legales, 1997, pg 13

EL PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN

Quiere decir que cada prueba tiene un tiempo de incorporación, de subsanación, de producción y de respuesta. El curso normal de los tiempos avanza controlado por las partes y el juez, de esta manera si alguna etapa queda trunca o insuficiente, la prueba se pierde por el desinterés en lograr cumplir los términos previstos.

Este principio también abarca las figuras de negligencia y caducidad, la negligencia probatoria solo es posible en ciertas contingencias.

LA INMEDIACIÓN EN LA PRUEBA

Este principio implica una permanente conducción, la inmediación es así una garantía y seguridad, porque el juez tiene percepción directa y frontal con los hechos que mencionan las partes, testigos y peritos. De esta forma en todos los ordenamientos procesales que contemplan este principio se consigue imponer un deber del oficio la presencia efectiva del juez en la audiencia.

LA CELERIDAD Y CONCENTRACION DE LOS ACTOS PROCESALES

El principio persigue que en la audiencia de pruebas del sistema peruano facilita la economía procesal al reunir los medios en un solo acto.

EL PODER DE CONDUCCION O DIRECCION DEL PROCESO

El procesalista CLEMENTE DIAZ ⁴⁴ señala que:

“El poder de conducción o de dirección del proceso, independientemente de su categorización dentro de los poderes – deberes, son manifestaciones del principio de autoridad, cuya conceptualización dependerá de la respuesta que se dé sobre cuáles son los límites de la función del juez en el derecho procesal”.

⁴⁴DIAZ, Clemente, “ INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL “ , tomo I, editores Abeledo Perlot, 1968, pag 339

Al respecto estamos conforme con la posición del autor porque en efecto es este principio la directriz para designar el tipo político de proceso que se diseña. Como es sabido, en nuestro orden jurídico procesal este principio tiene mucha trascendencia dado que el juez es el director del proceso pero no debe actuar fuera del marco de sus facultades.

Ahora bien, en opinión del jurista ALFREDO GOZAINI⁴⁵, ese poder tiene dos expresiones distintas.

Se manifiesta como **JURISDICCIONAL** en el sentido de ocupar al poder – deber de resolver los conflictos humanos estableciendo la paz social y aplicar el derecho objetivo.

Y también como **ESTRICTAMENTE PROCESAL**, es instrumental, generando una finalidad precisa de servicio que se vincula con el derecho al proceso y sus consecuentes naturales, como son: el acceso a la justicia sin restricciones, el derecho a la prueba, a una sentencia fundada, etc.

La dirección, obviamente, no incide sobre lo que es enteramente disponible para las partes (derechos subjetivos o sustanciales), de modo tal que la materia del proceso se nutre de las alegaciones (pretensiones y resistencias).

PRINCIPIO DE UNIDAD Y COMUNIDAD DE LA PRUEBA Y APRECIACIÓN GLOBAL O DE CONJUNTO

Para esta labor de valoración de los diversos medios de prueba, debe el juez considerarlos en conjunto, sin hacer distinción alguna en cuanto al origen de la prueba, como lo enseña el principio de su comunidad o adquisición, es decir, no interesa si llegó al proceso inquisitivamente por actividad oficiosa del juez o por solicitud o a instancia de parte y mucho menos si proviene del demandante o del demandado o de un tercero interventor.

Por otra parte, como dijimos al estudiar el principio de la unidad de la prueba, los diversos medios aportados deben apreciarse como un todo, en conjunto, sin que importe que su resultado sea adverso a quien la aportó, porque no existe un derecho sobre su

⁴⁵GOZAINI, Alfredo Osvaldo, “LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL PERUANO”, pág 17

valor de convicción; una vez que han sido aportadas legalmente, su resultado depende sólo de la fuerza de convicción que en ellas se encuentre.

Se entiende por comunidad de la prueba el principio conforme al cual practicada o presentada (lo último si es documental) pertenece al proceso, no a quien la pidió o la adujo; de ahí que no sea admisible su renuncia o desistimiento, porque se violarían los principios de la lealtad procesal y de la probidad de la prueba, que impiden practicarla para luego aprovecharse de ella si resulta favorable, o abandonarla, en el caso contrario. El desistimiento es procedente sólo cuando no ha sido practicada ni presentada.

Para una correcta apreciación no basta tener en cuenta cada medio aisladamente, ni siquiera darle el sentido y alcance que en realidad le corresponda, porque la prueba es el resultado de los múltiples elementos probatorios reunidos en el proceso, tomados en su conjunto, como una “masa de pruebas”, según la expresión de los juristas ingleses y norteamericanos.

Para que ese examen de conjunto sea eficiente, debe formarse, como aconsejan Wigmore y Gorphe, un cuadro esquemático de los diversos elementos de prueba, clasificándolos de la manera más lógica, relacionándolos entre sí, debido a sus conexiones más o menos estrechas, comparando los elementos de cargo con los de descargo respecto de cada hecho, a fin de comprobar si los unos neutralizan a los otros o cuáles prevalecen, de manera que al final se tenga un conjunto sintético, coherente y concluyente; todo eso antes de sacar conclusiones de ellos, de acuerdo con la gran regla cartesiana de proceder objetivamente, sin ideas preconcebidas con desconfianza o duda provisional respecto de las varias hipótesis.

Es una triple tarea:

- I. fijar los diversos elementos de prueba,
- II. confrontarlos para verificar
- III. y apreciar su verosimilitud y obtener la conclusión coherente que de ellos resulte.

Para esto debe utilizarse un método crítico de conjunto, luego de analizar cada prueba aisladamente, teniendo en cuenta las necesarias conexiones, concordancias o discrepancias, con las demás.

Y en la motivación debe el juez explicar su concepto sobre cada prueba y sobre el conjunto de ellas.

Inclusive cuando la única prueba aceptada por la ley para un hecho es la de escritura pública o documento auténtico, el estudio comparativo de los otros elementos allegados al proceso es indispensable, para conocer su verdadero contenido o significado.

La apreciación o valoración en su conjunto, de toda la prueba que exista en el proceso, es forzosa en todos los casos.

Esa crítica de conjunto del acervo probatorio debe orientarse hacia el examen de todas las hipótesis posibles, sin dejarse llevar por el mayor interés o la simpatía o antipatía respecto de alguna de ellas, pues sólo examinándolas aisladamente y comparándolas luego, con serena imparcialidad, es posible llegar a la exclusión progresiva de unas y a una síntesis final afortunada⁴⁶.

Sin embargo, el juez debe concretar su estudio a los hechos que sean pertinentes, es decir, que no se debe perder en divagaciones inútiles sobre cuestiones irrelevantes⁴⁷.

Un buen método para valorar cada prueba es examinar si reúnen los requisitos para su existencia, su validez y su eficacia probatoria o fuerza de convicción, que al tratar de cada medio en particular examinaremos.

Dicho de otra manera, Para esta labor de valoración de los diversos medios de prueba, el **principio de su comunidad o adquisición**; enseña que el juez al tomar estos medios en conjunto no debe hacer distinción alguna en cuanto al origen de la prueba, como lo enseña; es decir, no interesa si llegó al proceso inquisitivamente por actividad oficiosa del juez o por solicitud o a instancia de parte y mucho menos si proviene del demandante o del demandado o de un tercero interventor.

Por otra parte, en el **principio de la unidad de la prueba**, los diversos medios aportados deben apreciarse como un todo, en conjunto, sin que importe que su resultado sea adverso a quien la

⁴⁶SILVA MELERO. La prueba procesal Madrid: 1963, págs. 122-123 y 130; GORPHE, de la apreciación de la prueba, ed. pág. 472; FRAMARINO. cit., págs. 4 y 104. COSSIO, Teoría de la verdad jurídica, Buenos Aires, 1954, p 445.

⁴⁷ROSENBERG, Tratado. Buenos Aires, 1955, t. II. p. 207.

aportó, porque no existe un derecho sobre su valor de convicción; una vez que han sido aportadas legalmente, su resultado depende sólo de la fuerza de convicción que en ellas se encuentre.

Por las mismas razones, cuando se acumulan varios procesos, la prueba practicada en uno sirve para los demás, si el hecho es común a las diversas causas. De la misma opinión es el procesalista MICHELLI.

Para una correcta apreciación no basta tener en cuenta cada medio aisladamente, ni siquiera darle el sentido y alcance que realmente le corresponda, porque la prueba es el resultado de los múltiples elementos probatorios, reunidos en el proceso, tomados en su conjunto, como una *“masa de pruebas”*, según la expresión de los juristas ingleses y norteamericanos.

Es indispensable analizar las varias pruebas referentes a cada hecho y luego estudiar globalmente los diversos hechos, es decir, “el tejido probatorio que surge de la investigación”, agrupando las que resulten favorables a una hipótesis y las que resulten a una hipótesis y las que por el contrario la desfavorezcan, para luego analizarlas comparativamente, pensando su valor intrínseco y, si existe tarifa legal, su valor formal, para que la conclusión sea una verdadera síntesis de la totalidad de los medios probatorios y de los hechos que en ellos se contiene.

EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD QUE DEBE TENER EL JUZGADOR EN LA ADMISIÓN, ACTUACIÓN Y VALORACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

Como primer punto cabe referirnos al **principio de buena fe procesal**, con el que deben actuar los sujetos del proceso, el cual comprende también a los jueces.

¿QUÉ SE DEBE REALIZAR SI HAY ALGÚN INDICIO O SIGNO DE PARCIALIDAD DEL JUZGADOR?

Debe **recusársele** o él mismo debe apartarse.

El principio de imparcialidad rige en todo el proceso⁴⁸.

48CARRIÓN LUGO, Jorge, Tratado de Derecho Procesal Civil II, Pág 18

Los Órganos Judiciales se estructuran bajo el presupuesto de la imparcialidad de sus integrantes. No puede admitirse lo contrario. La imparcialidad del juez en materia probatoria es relevante aún más en la tarea de valoración para decidir la causa.

¿QUE IMPLICA LA VALORACION DE LA PRUEBA?

Es conocida también como “**APRECIACION DE LA PRUEBA**”, ambos términos son admitidos, dado que **la apreciación, significa darle un precio; mientras que la valoración implica determinar un ajuste cuántico de la prueba.**

Se entiende a la valoración o apreciación de la prueba como el proceso por el cual el juez califica el mérito de cada medida probatoria explicando en la sentencia el grado de convencimiento que ellas le han reportado para resolver la causa.

Es decir, no tiene obligación de dejar sentado que prueba le ha significado más que otra ; simplemente -tal como lo expresa el procesalista GOZAINI-, se trata de un orden de selección y calificación donde obran interactuantes distintas contingencias que hacen a la posibilidad de análisis.

Por otro lado CHIOVENDA, alerta en un memorable estudio, que un juez cualquiera puede encontrarse desorientado al tener que ponderar el valor de una prueba, frente a los atributos que otras normas – sustanciales o procesales – le señalan como para tenerla en cuenta.

Este autor decía que **la eficacia de la prueba depende de la naturaleza jurídica de la norma**⁴⁹.

Del mismo modo el maestro COUTURE⁵⁰ manifiesta que: “cuando por razones de política jurídica el legislador instituye determinado medio de prueba (Ejemplo, el análisis de los grupos sanguíneos) o excluye otros (el juramento en los contratos ; la confesión en el divorcio, etc) ; lo hace guiándose por razones rigurosamente

⁴⁹CHIOVENDA, José, “ ENSAYOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL” TOMO II, ed Ejea, 1949, pág 292

⁵⁰Citado por GOZAINI, Alfredo Osvaldo, “LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL PERUANO”, pág 190

procesales, inherentes a la demostración misma de las proposiciones formuladas en el juicio”

Estas consideraciones demuestran el por qué las normas de valoración y eficacia probatoria son de carácter procesal, otorgándole a las sustancias el atributo de orientar las formas y solemnidades que le otorgan validez en el concierto jurídico.

Asimismo Los doctores **Manuel Castillo Quispe y Edward Sánchez Bravo**, en su **“MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL”**, explican un concepto de la valoración de la prueba, desde la perspectiva de importantes procesalistas, tales como:

El profesor argentino **Jorge A. Claria Olmedo**⁵¹, entiende por valoración de la prueba consiste en:

*“el análisis y apreciación metódicos y razonados de los elementos probatorios ya introducidos; que absorbe un aspecto fundamental de discusión y decisión del asunto cuestionado, y es carácter **eminente crítico**.” (Subrayado nuestro)*

En este sentido el procesalista **Vittorio Denti**⁵², explicando el aspecto de la libre valoración de la prueba, refiere que:

*“la libre valoración de la prueba no significa tan sólo exclusión de la eficacia de las pruebas en sí,(...)sino también valoración racional, realizada a base de criterios objetivos verificables, que por tanto **no quedan liberados a la arbitrariedad del juzgador**”(subrayado nuestro)*

En palabras del autor **DEVIS ECHANDÍA**⁵³, afirma lo siguiente:

*“Se entiende por valoración o apreciación de la prueba judicial a la operación mental que tiene por fin **conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido**”.*

51CLARIA OLMEDO, Jorge A; “Actividad Probatoria en el Proceso Judicial”, en: Cuadernos de los institutos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la universidad de Córdoba, Córdoba-Argentina, 1968, N°101, págs. 43-78. Citado por Manuel Castillo Quispe y Edward Sánchez Bravo, en su “MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL”.

52DENTI, Vittorio; “” Cientificidad de la Prueba y Libre Valoración del Juzgador” en: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Universidad Autónoma de México,México, Año V, Enero-Agosto,1972, N°13-14, págs. 3-22

53DEVIS ECHANDÍA, Hernando; “Teoría general de la prueba judicial” Tomo I; Pág. 287

En efecto, la apreciación y valoración de los medios probatorios actuados en el procedimiento en forma conjunta tiene por finalidad:

- **Verificar** si el actor ha demostrado sus alegaciones hechas en la misma *etapa postulatoria* del proceso.
- **Verificar** si el demandado ha demostrado las alegaciones hechas en la misma etapa en relación a los hechos aducidos por los actores tendientes a desvirtuarlos o las alegaciones formuladas sobre hechos para contradecir la pretensión del demandante.

Podemos sostener válidamente que la apreciación y valoración de los medios probatorios constituye la fase culminante de la actividad probatoria. Es el momento también en que el Juez puede calificar con mayor certeza si tal o cual medio probatorio actuado tiene la eficacia para convencerlo sobre los hechos alegados y si ha sido pertinente o no su actuación en el proceso.

Es por ello que vale la pena consignar la opinión importante del mismo autor cuando dice:

“En el campo específico de la prueba judicial, la actividad valorativa adquiere una trascendencia superior, porque de ella depende la suerte del proceso en la mayoría de los casos y, por lo tanto, que exista o no armonía entre la sentencia y la justicia. La vida, la libertad, el honor y la dignidad, el patrimonio y el estado civil, la familia y el hogar de las personas dependen del buen éxito o del fracaso de la prueba judicial, y esto, a su vez, principalmente de la apreciación correcta o incorrecta que el Juez haga de la prueba aportada al proceso”.

En conclusión se entiende por valoración o apreciación de la prueba judicial a aquella operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido. Se trata de una actividad procesal exclusiva del juez, como lo vimos al estudiar los sujetos de la prueba, pues las partes o sus apoderados tienen únicamente una función de colaboradores, cuando presentan sus puntos de vista en alegaciones o memoriales.

*Su importancia es extraordinaria*⁵⁴

Asimismo, opina **PIERO CALAMANDREI**, que la valoración de la prueba reviste el carácter de una verdadera y propia decisión del juez. Por ejemplo, entre dos juicios controvertidos entre sí, escoge el que debe considerarse como verdad, el que pasa a convertirse en lo que se puede denominar una *declaración de certeza del hecho*.

En opinión de **CARLOS DUCCI CLARO**, la valoración de la prueba se denomina “calificación jurídica de los hechos”, es decir, que el juez, una vez establecido el hecho, debe determinar su calidad jurídica, para posteriormente comprobar sus efectos. Al respecto no se ha logrado establecer con exactitud a que se refiere el autor con “calificación jurídica”, pero se presume que esta circunstancia se encuentra dentro de la fase aplicación del derecho a desarrollarse más adelante.

DIVERSAS OPERACIONES DEL PROCESO MENTAL DE VALORACIÓN O APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

Este proceso de valoración o apreciación de la prueba no es simple ni uniforme, sino, por el contrario, complejo y variable en cada caso.

Con todo y ser así, pueden señalarse en general sus fases y sus diversas operaciones sensoriales e intelectuales, lo cual procuraremos sintetizar a continuación.

Tres aspectos básicos de la función valoratoria: percepción, representación o reconstrucción y razonamiento⁵⁵.

El juez debe percibir los hechos a través de los medios de prueba, pero luego es indispensable que proceda a la representación o reconstrucción histórica de ellos, no ya separadamente sino en su conjunto, poniendo el mayor cuidado para que no queden lagunas u omisiones que trastruequen la realidad o la hagan cambiar de significado.

⁵⁴Un magnífico estudio sobre este tema es el publicado por SENTÍS MELENDO, Santiago, en la Revista de derecho Procesal iberoamericana Madrid, 1976, núms.2-3, pág. 267-368.

⁵⁵COUTURE, Eduardo. Estudios ed. cit. pág. 55; CARNELLUTI. La prueba civil, ed. cit. p. 64; FRAMARINO, Lógica de las pruebas en materia criminal, ed cit., t. pags. 133, 170 y 218.

Es la segunda fase indispensable de la operación⁵⁶.

Esta representación o reconstrucción puede hacerse respecto de algunos de los hechos por la vía directa de la percepción u observación, pero a muchos otros se llega indirectamente, por la vía de la inducción o deducción, es decir, infiriéndolos de otros hechos, porque sólo los segundos y no los primeros hayan sido percibidos por el juez.

Pero *en la observación directa opera siempre una actividad analítica* o razonadora, por elemental y rápida que sea, mediante la cual se obtienen las inferencias de los datos percibidos; por ejemplo, la identificación de lo que el juez ve, oye, toca o huele.

De ahí que la *tercera fase del proceso de valoración de la prueba sea la intelectual o la de raciocinio o razonamiento*, sin que esto signifique que deba estar precedida por la segunda o de reconstrucción, y también, en ocasiones, a un mismo tiempo con la primera o perceptiva (cuando el juez debe resolver inmediatamente conoce los hechos a través de las pruebas).

FUNCIÓN FUNDAMENTAL DE LA LÓGICA

Se trata de razonar sobre ella, así sea prueba directa, como ya hemos observado, y la lógica es indispensable para el correcto razonamiento⁵⁷. Pero se trata de la lógica común o general, porque sus reglas son unas mismas, cualquiera que sea la materia a que se aplican.

Esa actividad lógica tiene la peculiaridad de que siempre debe basarse en las reglas de la experiencia (físicas, morales, sociales, psicológicas, técnicas, científicas, y las corrientes a que todos enseñan la vida)⁵⁸. En conjunto forman las llamados reglas de la sana crítica.

Si bien el razonamiento se presenta generalmente en forma silogística, ya que se trata de juicio, no existe la mecánica exactitud de un silogismo teórico o de una operación aritmética, debido a que la

56COUTURE, Eduardo. Estudios, ed cit. pág. 55; SILVA MELERO, la prueba procesal, págs. 61 y 62; CORPHE. ob. cit., p. 53

57FRAMARINO, lógica de las pruebas, ed. cit, págs. 174-175 y 200-211

58STUART MILL, ROMAGNOSI y PESCATORE, citados por FLORIAN, Delle prove penali, núm. 5; GORPHE, ob. cit., págs. 49 y 54; KRAMARINO, ob. cit., t. I, págs. 206-211

premisa mayor está constituida por regla general de la experiencia y la menor por las inferencias de la actividad perceptiva, falibles siempre, deficientes muchas veces; ni constituye una mera operación inductiva-deductiva⁵⁹.

OTROS CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS Y TÉCNICOS

Pese a que es imposible prescindir de la lógica al valorar las pruebas, como se trata de reconstrucción de hechos generalmente pasados y en ocasiones presentes, pero que ocurren fuera del proceso, la imaginación es un auxiliar utilísimo para la búsqueda de datos, huellas, cosas, analogías o discrepancias del caso.

Y como esos hechos son humanos generalmente o se relacionan con la vida de seres humanos. raro será el proceso en que para la calificación definitiva del conjunto probatorio no deba recurrir el juez a conocimientos psicológicos y sociológicos; las operaciones psicológicas son de importancia extraordinaria en el examen del testimonio, la confesión, el dictamen de peritos y los documentos privados o públicos, razón por la cual es imposible prescindir de ellas en la tarea de valorar la prueba judicial, pues el factor psicológico es inseparable del sensorial y del lógico en la formación del juicio que el testigo, la parte o el perito exponen⁶⁰.

En un sistema de tarifa legal rigurosa, estas reglas para la valoración de las pruebas adquieren carácter jurídico, en el sentido de que se convierten en mandatos legales imperativos que el juez debe aceptar y aplicar sin valoración subjetiva o personal. Pero aun en este caso hay ciertas excepciones, como en la apreciación de la concordancia y la razón del dicho de los testimonios, que permiten la aplicación de reglas lógicas, psicológicas y morales.

Por otra parte, es evidente que las normas consagradas en la tarifa legal son reglas lógicas y de experiencia acogidas por el legislador de manera abstracta, con el fin de dirigir el criterio del juez; o

59SILVA MELERO, La prueba procesal, Madrid. 1963, págs.61 y 123; COUTURE, Estudios. Buenos Aires, 1948-1950, p. 192; CARNELUTTI, La prueba civil, Buenos Aires. 1955. núm. 15. p. 64

60VISHINSKÍ. La teoría de la prueba en el derecho soviético, edic. cit., pág. 255; FRAMARINO. Lógica de las pruebas. Bogotá, 1964,1. I, p. 206; GORPHE, ob. cit, págs. 8, 54, 59. 6i y 79; FLORIAN, ob. cit., núm. 6; ROSENBERG, Tratado de derecho procesal civil, pág. 206.

sea, son la lógica y la experiencia del legislador, mas no la del juez ni la del abogado litigante.

En un sistema de libre apreciación existe además la diferencia sustancial de que esas reglas son concretas, para casos específicos examinados mientras que en la tarifa legal son abstractos o de carácter general. Son las reglas de la sana crítica que constituyen un “estándar jurídico”, esto es un criterio permanente para la valoración de la prueba judicial; pero no son inflexibles ni estáticas, porque son tomadas del normal comportamiento social e individual que está sujeto a las leyes de la evolución cultural, técnica, científica, moral y económica. Su naturaleza y flexibilidad son similares a las de “las reglas o máximas de la experiencia”

De consiguiente, ese método que el juez emplea para la valoración, no es simple, sino complejo, tanto respecto a los instrumentos, como al proceso síquico que en la mente de aquél se realiza.

MOMENTO EN QUE SE EJERCE LA ACTIVIDAD VALORATIVA

Si se distingue correctamente la admisibilidad de la prueba y su apreciación o valoración, no se presenta dificultad alguna para comprender que la segunda corresponde siempre al momento de la decisión de la causa o del punto incidental. Generalmente la valoración corresponde a la sentencia, pero en ocasiones se presenta en providencias interlocutorias, cuando por ellas deben adoptarse decisiones sobre hechos distintos de los que fundamenten las pretensiones de la demanda y las excepciones de mérito que se les hayan opuesto, como sucede en las oposiciones a la entrega o secuestro de bienes, en las objeciones a dictámenes de peritos, en las recusaciones de jueces, tachas de testigos o de falsedad de documentos, etcétera.

FIN DE LA APRECIACIÓN O VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Son diferentes El fin de la prueba y el fin de su valoración.

Aquél es siempre el convencimiento o la certeza del juez; éste es precisar el mérito que ella pueda tener para formar el conven-

cimiento del juez, es decir su valor de convicción, que puede ser positivo, si se obtiene ,o por el contrario negativo, si no se logra.

Por ello, gracias a la valoración podrá saber el juez si, en ese proceso, la prueba ha cumplido su fin propio, si su resultado corresponde o no a su fin. Pero en ambos casos la actividad valorativa ha cumplido el fin que le corresponde.

Dicho de otra manera, el resultado de la prueba se conoce mediante su valoración.

PROBAR COMO ACTIVIDAD PROCESAL ¿ES TOTALMENTE DIFERENTE DE LOS MEDIOS PROBATORIOS QUE SE UTILIZAN DENTRO DEL PROCESO PARA ACREDITAR LOS HECHOS?

La respuesta a esta pregunta es afirmativa, teniendo como razón principal que:

*“La **Actividad Probatoria** como tal comprende: todos los pasos que sigue la parte litigante con el objeto de demostrar el hecho afirmativo, que puede ser de orden positivo o de orden negativo, abarcando desde su ofrecimiento hasta la culminación de la actuación correspondiente, en los casos que requiere de actuación”.*

Cuando se sostiene que un hecho ha sido probado en el proceso mediante tales o cuales medios probatorios, significa que tales medios han sido actuados y que de su examen se han extraído la determinación de que el hecho ha sido demostrado. Ese hecho demostrado suele llamarse también prueba, distinto de los medios probatorios.⁶¹

En primer lugar, la colisión entre medios de prueba de libre valoración. Ello se produce cuando ninguno de los medios de prueba que entran en colisión goza de prueba legal, en cuyo caso el juez puede apreciarlos libremente. La contradicción simultánea entre varios medios de prueba de libre valoración será valorada por el juez según su prudente arbitrio. Son los supuestos de colisión entre el interrogatorio de testigos con la prueba pericial , con el reconocimiento judicial y, en parte, con el interrogatorio de partes.

⁶¹CARRIÓN LUGO, Jorge, Tratado de Derecho Procesal Civil II, Pág. 19-20

No es fácil establecer la prioridad entre el reconocimiento de la parte y las declaraciones del testigo o las conclusiones del perito.

En caso de contradicción entre la declaración de partes o terceros con las percepciones judiciales en el reconocimiento judicial, deberá prevalecer lo constatado por el juez, en cuanto si los demás medios de prueba convencen al juez, por el reconocimiento judicial el juez se convence. Ello a salvo que se advierta error en la percepción judicial en el acto del reconocimiento.

En segundo lugar, la colisión entre medios de prueba de libre valoración y valoración tasada. En tal caso, y por su propia naturaleza tasada, debe prevalecer el medio de prueba de carácter tasado o legal. Es el caso de colisión entre el interrogatorio de testigos y la prueba pericial con el contenido de un documento y, en parte, con el interrogatorio de partes.

Y en tercer lugar, la colisión entre medios de prueba de carácter tasado. En tal supuesto se neutralizan las pruebas tasadas, y deben ser valoradas libremente por el juez.

LA DISTINCIÓN ENTRE INTERPRETAR Y VALORAR.

Dentro de la apreciación de la prueba la doctrina más autorizada distingue las operaciones de “interpretar” y “valorar”⁶². Se dice que “interpretar” una prueba supone fijar el resultado, mientras que “valorar” una prueba significa otorga la credibilidad que merece atendiendo al sistema de valoración, tasado o libre, establecido por el legislador.

Una primera operación mental a efectuar por el juez es la de “interpretar” el resultado de los medios de prueba, que significará fijar qué ha dicho el testigo, cuáles son las máximas de experiencia que aporta el perito o cuáles el contenido de un documento, por citar algunos ejemplos de los medios de prueba más habituales.

Una vez verificada la “interpretación”, el juez deberá proceder a su “valoración”, aplicando bien una regla de libre valoración, caso de los testigos y peritos; o de valoración tasada, caso de los documentos y consistente en determinar la credibilidad del testigo,

⁶²Esta distinción fue elaborada por CALAMANDREI, Piero. La génesis lógica de la sentencia.

la razonabilidad de las máximas de experiencia aportadas por el perito y su aplicación al caso concreto, o si el documento es auténtico y refleja los hechos ocurridos en la realidad.

¿QUÉ SE ENTIENDE POR VALORACIÓN DE LA PRUEBA?

Los doctores **Manuel Castillo Quispe** y **Edward Sánchez Bravo**, en su **“MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL”**, explican un concepto de la valoración de la prueba, desde la perspectiva de importantes procesalistas, tales como:

El profesor argentino **Jorge A. Claria Olmedo**⁶³, entiende por valoración de la prueba consiste en:

*“el análisis y apreciación metódicos y razonados de los elementos probatorios ya introducidos; que absorbe un aspecto fundamental de discusión y decisión del asunto cuestionado, y es carácter **eminentemente crítico**.”(Subrayado nuestro)*

En este sentido el procesalista **Vittorio Denti**⁶⁴, explicando el aspecto de la libre valoración de la prueba, refiere que:

*“la libre valoración de la prueba no significa tan sólo exclusión de la eficacia de las pruebas en sí, (...)sino también valoración racional, realizada a base de criterios objetivos verificables, que por tanto **no quedan liberados a la arbitrariedad del juzgador**”(subrayado nuestro)*

¿QUÉ SE ENTIENDE POR VALORACIÓN O APRECIACIÓN DE LA PRUEBA?

La destacada jurista peruana **Marianella Ledesma Narváez**, explica que la valoración de la prueba o denominada también apreciación; es un proceso por el cual el juez califica el mérito de cada medio probatorio explicando en la sentencia el grado de convencimiento que ellas han reportado para resolver la causa.

⁶³CLARIA OLMEDO, Jorge A; “Actividad Probatoria en el Proceso Judicial”, en: Cuadernos de los institutos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la universidad de Córdoba, Córdoba-Argentina, 1968, N°101, págs. 43-78. Citado por Manuel Castillo Quispe y Edward Sánchez Bravo, en su **“MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL”**.

⁶⁴DENTI, Vittorio; “” Cientificidad de la Prueba y Libre Valoración del Juzgador” en: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Universidad Autónoma de México, México, Año V, Enero-Agosto, 1972, N°13-14, págs. 3-22

Ahora bien, desde esta preliminar, exacta pero a la vez sustanciosa definición, podemos distinguir algunos caracteres de la valoración de la prueba:

- Es un proceso, cognitivo se entiende
- Presupone una calificación de cada medio probatorio
- Incluye una motivación, en el sentido que la valoración consistiría en *explicar* el grado de convencimiento de los medios probatorios.

¿QUÉ SE ENTIENDE POR VALORACIÓN CONJUNTA DE LAS PRUEBAS?

Para ello se debe partir por explicar el principio de unidad de la prueba que regula la norma, advierte la autora. Bien, este principio señala que la prueba se aprecia en su conjunto, pues la *certeza no se obtiene con una evaluación aislada y fragmentaria* tomadas una por una, sino aprehendiendo en su totalidad.

Un punto importante de señalar es que puede darse el caso de que las pruebas individualmente estudiadas pudiesen aparecer como *débiles o imprecisas*, sin embargo; estas pueden complementarse entre sí, de tal modo que *unidas lleven al ánimo del juez*, la convicción acerca de la existencia o no de los hechos controvertidos.

¿QUÉ SISTEMAS CONCURREN EN LA APRECIACIÓN O VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS?

La autora bajo comentario, indica que existen dos sistemas de valoración de la prueba: *la libre apreciación y la prueba legal*. Expliquemos cada uno de ellos:

El sistema de la libre apreciación:

Mediante este sistema el juez tiene *libertad de selección y valoración de cada medio probatorio*; el juez califica el valor de cada prueba producida en el proceso *sin tener reglas que le señalen el camino a seguir*.

La eficacia la consigue de su *pleno raciocinio*, **sin** tener el deber expresar en la sentencia la valoración todas las pruebas produci-

das, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para la sentencia.

El sistema de la prueba legal

En este sistema la apreciación está sujeta a *reglas predeterminadas* que le otorgan parámetros, por ello se dice que es una prueba *tarifada o tasada*. Pues la vía legislativa le otorga un *valor determinado cada prueba*; en este sentido, el juez al emitir la sentencia analiza las pruebas incorporadas al proceso asignándoles la eficacia prestablecida por ley. Si ella fuera inexistente no habría posibilidad de sentenciar por *carecer de tarifa*, obligando a descalificar la pretensión. En la misma línea doctrinaria, el jurista GOZAINI ⁶⁵señala que:

“la tarifa legal está sujeta a fórmulas preconcebidas, propias de un sistema donde el legislador todo lo puede, hasta decir cuánto vale el proceso por conseguir la justicia.”

¿QUÉ ES LA SANA CRÍTICA Y CUÁL SU POSICIÓN FRENTE A LOS DOS SISTEMAS ANTERIORES?

La denominada sana crítica aparece frente a estos dos sistemas señalados anteriormente. Un sector de la doctrina sostiene que la sana crítica *es una modalidad de apreciación*, pero no es un verdadero sistema de valoración. Ahora bien, según nos explica la autora, esta modalidad se va a expresar en cuatro parámetros: *apreciación en conciencia, íntima convicción, persuasión racional y la apreciación razonada*.

Es importante expresar, una interesante acotación; y es que esta modalidad de sana crítica *no admite la discrecionalidad absoluta del juez*, busca limitar los juicios de valor del juez a *proposiciones lógicas y concretas* tomadas de la confrontación con los sucesos normales que en la vida ocurren. Así, se dice que los dos pilares que la guían son: la lógica y la experiencia.

Profundizando y esclareciendo más el tema, podemos formularnos la siguiente interrogante: ¿Qué busca la sana crítica, cuál es su objetivo? Pues bien, la sana crítica busca **contrarrestar** la arbitra-

⁶⁵GOZAINI, Osvaldo; “La Prueba en el Proceso Civil”, Normas Legales, Trujillo, 1997, pág. 196. citado Por Marianella Ledesma Narvaez, en “Comentarios al Código Procesal Civil”, Tomo I

riedad del juez producto de su discrecionalidad ilimitada, para que la *libertad de análisis se dirija por normas lógicas y empíricas, que deben expresarse en los fundamentos de la sentencia.*

Se debe indicar también, que estas *reglas no se contraponen* a la libre convicción del juez, sino que *otorgan una vía que encarrile* la racionalidad de su pensamiento. Precisamente la vía que encarrila su pensamiento está formada, como se mencionó ya anteriormente, por la lógica y la experiencia.

Las máximas de la experiencia integran junto con los *principios de la lógica* las reglas de la sana crítica a las que el juzgador debe ajustarse para apreciar o valorar la prueba, tratándose de principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano y científicos verificables, que actúan como fundamentos de posibilidad y realidad.

Por otro lado, se debe precisar una idea importante ofrecida por Morello, autor citado por la autora Marianella Ledesma Narvaez; este autor resume un cuadro de alegaciones por arbitrariedad o sin razón, consistentes en:

1. Omitir la ponderación de prueba decisiva
2. Dar como probado lo que no está
3. Afirmar erróneamente que no hay prueba

Sistemas de valoración de la prueba

En el antiguo derecho germánico existe el precedente que la prueba era un fin en sí misma: las pruebas detenían el proceso; existían los métodos bárbaros artificiales, absurdos en los que se creía ver una intervención divina directa, era la famosa época de las Ordalías, los juicios de Dios, las pruebas del agua y del fuego, quienes las pasaban ganaban el juicio y quienes no, lo perdían.

Como lo señala Bentham, el hombre vigoroso podía defender cien injusticias con el hierro en la mano: no existía una verdadera administración de justicia, ganaba siempre el más fuerte; el que lo-graba pasarla prueba del fuego probablemente se quedaba sin piel pero ganaba el proceso.

SISTEMA DE LA TARIFA LEGAL

El sistema de Prueba Legal o Tasada

Para esta clasificación, conforme señala la doctrina, se encuentra establecida por la norma.

Se entiende que se priva la juez de su capacidad de aplicar su conocimiento y experiencia a los hechos materia del proceso.

Este sistema implica que la valoración de los medios probatorios se encuentra predeterminada en el ordenamiento procesal así como el grado e verdad de la pretensión propuesta.

En tal sentido, automatiza la función del juez al no permitirle tener un ***criterio propio*** y ser la norma la que determine el valor de la prueba en el proceso de tal forma que el juez se convierte en un mero encargado de establecer la sumatoria de las pruebas de cada parte y en tal sentido declarar a favor de quien más prueba presentó en el proceso.

FAIREN GUILLEN, señala lo siguiente:

“Según este sistema, el legislador atribuye a cada medio de prueba un valor determinado; el juez no tiene sino que aplicar aquello que la ley le dice para cada caso. En palabras del maestro CHIOVEN-DA⁶⁶, ‘El legislador sustituye al juez’”, en tal sentido la manera como se puede comprobar las pretensiones de las partes se sustraen a la aplicación de la norma, la que impone al juez la manera de llegar a una conclusión.

TORRES NEUQUÉN, expone lo siguiente:

“En este sistema, es la norma la que indica, por anticipado, el valor o grado de eficacia que tiene cada, medio probatorio presentado en el proceso. Aquí, el juez no tiene libertad de apreciación, sino que, ante determinada prueba le deberá atribuir el valor o eficacia que indica a norma. Este sistema también es conocido como el de la prueba “tasada” o “tarifada””.

Ahora, veamos, ¿CUÁL ES EL ORIGEN DE ESTE SISTEMA?

⁶⁶FAIREN GUILLEN, Víctor. (1990): Doctrina General del Derecho Procesal. Librería Bosh. Barcelona. Pág. 450.

Su origen histórico está en el primitivo derecho germano y predominó en el mundo occidental durante la Edad Media y la Edad Moderna, dando lugar a la formulación de principios rígidos y extravagantes, tales como los referentes al valor de la declaración de testigos:

- Testimonio de un testigo intachable: valía “media prueba”.
- Testimonio de un testigo sospechoso: valía “menos de media prueba”.
- Testimonio de un testigo intachable y de uno sospechoso: valía “más media prueba”.
- La declaración de un solo testigo, carecía de valor probatorio y no servía para probar el hecho (“testis unus, testis nullus”), requiriéndose por lo menos la declaración de 2 testigos intachables y cuyas manifestaciones fuesen concordantes⁶⁷.

Este sistema de las “**pruebas legales**” fue perdiendo prestigio por la forma en que los jueces lo aplicaban y por las arbitrariedades a que deban lugar, surgiendo así otros sistemas que daban a los jueces libertad en la apreciación de las pruebas.

DEVIS ECHANDÍA⁶⁸, señala:

“Este sistema sujeta al juez a reglas abstractas preestablecidas, que le señalan la conclusión que forzosamente debe aceptar en presencia o por la ausencia de determinados medios de prueba”.

¿CUÁL SON LAS DESVENTAJAS QUE PRESENTA ESTE SISTEMA A TENOR DEL PENSAMIENTO DEL MAESTRO DEVIS ECHANDÍA?

Estas son de tres tipos:

- a) Mecaniza o automatiza al juez, impidiendo que forme un criterio personal, y obligándolo a aceptar soluciones en contra de su convencimiento lógico razonado.

⁶⁷TORRES NEUQUÉN. Sistemas para apreciar la prueba. En: <http://> Consultado el 31 de marzo del 2010.

⁶⁸DAVIS ECHANDÍA, Hernando (1984): Teoría general del proceso. Tomo I. Editorial Universidad S.R.L. Bs. As. Pág. 64.

- b) Conduce con frecuencia a la declaración como verdad de una simple apariencia formal, esto es no permite la búsqueda de la verdad real.
- c) Genera un divorcio entre la justicia y la sentencia, ya que se otorga preeminencia a fórmulas abstractas en desmedro de la función primordial del derecho de realizar la armonía social mediante una solución que responda a la realidad y que haga justicia.

En el derecho canónico se contemplan las primeras doctrinas referentes a la fase de la tarifa legal, que le da una base jurídica al proceso; aunque su característica es la dación de muchas reglas por el legislador, habida cuenta que el sistema anterior había sido caótico.

A favor de la tarifa legal se ha señalado, que otorga una mayor confianza en la justicia, pues las reglas de valoración son dadas por el legislador; Este fríamente ha pensado en sus propias reglas de la experiencia; No las aplica a un caso concreto sino que las dicta de un modo general, lo que los hace más objetivo.

Otra de las ventajas que se señalaba es que las sentencias se les libran de toda sospecha de arbitrariedad, por cuanto la ley es para todos sin excepción. Finalmente se ha señalado como ventaja del sistema de la tarifa legal que se compensa la poca o deciente formación jurídica de los jueces y entonces el legislador se ha dicho es un ser superior que le señalaba al Juez cuáles pruebas tenían validez y cuáles no y como debía valorarlas.

Asimismo se ha señalado las desventajas de este sistema, por un lado mecaniza la función del Juez quien tiene que aplicar a todos los casos la misma valoración que se le impone a cada medio probatorio, Mazzini señala que este sistema vuelve verdugo al Juez; o sea un mero ejecutor y un esclavo de la ley, pues se le obliga a aceptar las soluciones legislativas incluso en contra de sus convicciones: puede ser que a un Juez determina-da confesión no lo convenza.

Otra de las desventajas que ofrece este sistema es que se llega a una apariencia formal, pues esa declaración de verdad no es nada más que eso. Furno señala que se trata de una certeza histórica le-

gal y Peyrano agrega que este sistema se sustenta en una jurisprudencia de conceptos.

Devis Echandia señala otra desventaja a este sistema, que efectivamente hay un desencuentro con la realidad, ya que la tarifa legal se olvida que el derecho tiene como función primordial realizarla armonía social.

SISTEMA DE LA LIBRE VALORACIÓN O VALORACIÓN RAZONADA

Antes de analizar el sistema de la libre valoración de la prueba o valoración razonada, es necesario señalar un estudio evolutivo del razonamiento judicial:

Razonamiento Judicial

Deductivismo Judicial. Se aplica la lógica matemática en la decisión del Juez. El Juez hace un silogismo elemental a través del método deductivo, en la que la premisa mayor es la ley, la premisa menor es el caso concreto y la conclusión es la sentencia; Mazzini sostiene que la lógica formal transforma al Juez en un verdugo obligado a aplicar la ley ciegamente.

Las tres características del Deductivismo judicial son en primer lugar la única fuente del derecho es la ley, en segundo lugar el único método a seguir es el silogismo deductivo y finalmente no caben estimaciones ni probabilidades, ni juicios de valor; el Juez está obligado a una aplicación formal de la lógica y de su aplicación matemática.

Las desventajas a este razonamiento son en primer lugar, el objeto del derecho es una orientación justa de la conducta humana. Lo cual por esencia no puede reducirse a conceptos exámenes, en consecuencia el derecho no encaja en la a lógica matemática, en segundo lugar el ser humano es un ser eminentemente axiológico en busca de valores que por esencia busca la perfección, aspirando a la justicia, lo que no puede reducirse a una simple aplicación de la lógica matemática.

Como consecuencia y oposición al Deductivismo judicial surgió lo que Mazzini señaló como la reacción irracionalista del razona-

miento judicial, en esta época el Juez decide en forma completamente libre, sin ningún tipo de limitación y sin tener que explicar su razonamiento, en este sistema lo que importa no es el criterio de la ley sino el criterio del Juez, el cual no depende necesariamente de su inteligencia sino de su creencia y de lo que le parezca justo en un momento dado.

Ambos razonamientos judiciales tanto el Deductivismo judicial como el razonamiento irracional en las decisiones judiciales fueron dejados de lado para dar paso al razonamiento dialéctico inspirado en las enseñanzas de Aristóteles para quien el proceso es una argumentación es decir la precisión del problema de lo que se tiene que resolverlo que en nuestro ordenamiento conocemos con fijar los puntos controvertidos, en segundo lugar un debate la confrontación de las posiciones que es lo esencial para lograr la solución justa, en esta etapa de deliberación el Juez verifica los hechos, los interpreta y al mismo tiempo establece la norma aplicable.

Finalmente es una decisión porque el debate no puede prolongarse eternamente, el Juez toma una decisión y le pone término a está deliberación con la sentencia: decide cuales la verdad para él y toma una solución. En ese sentido dos jueces enfrentados a un mismo problema pueden llegar a soluciones distintas, aunque ambas sean válidas

LA SANA CRÍTICA

A mediados del siglo XIX se desarrolla la fase de la valoración razonada de la prueba, libre apreciación o de la sana crítica como una fase científica del derecho procesal.

También llamado “**sana lógica**”.

Conforme a este sistema el juez tiene la libertad para apreciar el valor o grado de eficacia de las pruebas producidas.

Hay quienes consideran que ésta constituye un sistema intermedio entre la prueba legal y la de libre apreciación.

En ese sentido de ideas, el **A Quo** valora la prueba que tiene entre sus manos sin encontrarse sujeto a criterios establecidos previamente por la norma y sin interferencia.

En palabras del autor **RIOJA BERMÚDEZ, Alexander**⁶⁹ sostiene que sin embargo debe quedar claro que este sistema no autoriza al Juez a valorar de manera arbitraria, sino que por el contrario, le exige que determine el valor de las pruebas haciendo un análisis razonado de ellas, siguiendo las reglas de la lógica, de los que le dicte su experiencia, el buen sentido y el entendimiento humano.

Y como consecuencia de ello, le exige que funde sus sentencias y expresa las razones por las cuales concede o no eficacia probatoria a una prueba.

TORRES NEUQUÉN, precisa lo siguiente:

“Además las diferencias entre el sistema de las “pruebas legales” y el de la “sana crítica” son claras:

En el sistema de “Pruebas Legales”, la valoración es hecha por el legislador en la ley y el juez carece de libertad para valorar.

En el sistema de “sana crítica”, la valoración la hace el juez, éste tiene libertad para valorar pero con limitaciones.

Se debe precisar que en la sana crítica el juez emplea las reglas de la lógica y de su experiencia. Por ejemplo, determinar si el demandado actuó con la debida diligencia en el cumplimiento de la prestación.

Para **COUTURE**⁷⁰, “La sana crítica no puede desentenderse de los principios lógicos, ni de las reglas de experiencia”. Los primeros son verdades inmutables anteriores a toda experiencia; las segundas son contingencias, variables con relación al tiempo y al espacio. La sana crítica será pues, permanente e inmutable”.

En ese sentido, si bien el juez tiene una libertad en la valoración de las pruebas admitidas y actuadas esta no es de carácter absoluta y arbitraria sino que debe respetar los principios de la lógica y la experiencia.

En la libre valoración de la prueba el Juez debe llegar a la convicción, es decir estar convencido de la realidad de los hechos para que pueda fallar.

⁶⁹BERMÚDEZ RIOJA, Alexander: El Nuevo Proceso Civil Peruano, Editorial ADRUS, Pág.485.

⁷⁰COUTURE, Eduardo: Fundamentos de derecho Procesal Civil. Depalma Bs. Tomo I, II, II.

Calamandrei nos señala, que aunque estemos convencidos que la naturaleza humana no es capaz de alcanzar verdades absolutas, es un deber de honestidad extrema el esfuerzo para acercarse a éstas lo más posible: Aunque la sentencia final no será un juicio de verdad absoluta, pues la posibilidad del error judicial siempre está incluida, el objetivo del proceso consiste en darle a esa búsqueda de la verdad una intensidad profunda para que la distancia entre la verdad y lo verosímil quede reducida a la mínima expresión.

Si el Juez no está convencido de los hechos afirmados aplica las reglas de la carga de la prueba y de esa forma resuelve el de intereses o incertidumbre jurídica.

Estableciéndose que la convicción es el mayor grado de certeza y la certeza histórica o reconstructiva es aquella a que llega el juzgador cuando se produjo conflicto de intereses, y sus antecedentes.

El Juez con el sistema de libre valoración ya no solo recurre al método deductivo; sino que también se vale del método inductivo, en la que mediante los indicios él va reconstruyendo lo ocurrido y finalmente llegue a descubrir la verdad de los hechos, por lo menos, al convencimiento de que así sucedieron.

Lo primero que tiene que hacer en el aspecto probatorio es percibir el problema y como han sido los hechos en *segundo lugar* tiene que hacer una reconstrucción de todo lo sucedido, para cual se vale de las pruebas, la tercera fase es la del razonamiento o valoración.

Cabe señalar que estas fases o etapas no son secuenciales sino que el Juez desde el momento que está percibiendo está reconstruyendo y a la vez está haciendo su propia estimación o valoración. Es un proceso complejo de valoración de cada prueba, pero que para crear convicción en su ánimo tiene que hacerlo en forma razonada y de todas las pruebas en conjunto y no aisladamente.

Nuestro Código Procesal Civil señala que la valoración sea en **conjunto**, pero su expresión en la solución debe ser solamente de aquello que sea relevante; los argumentos que exprese en la sentencia sólo serán valoraciones importantes, lo cual es criticado por cuanto a originado que las resoluciones tengan en su mayoría una fundamentación escueta y pobre: el Juez suele limitarse a indicar dos o tres argumentos basados solamente en dos o tres medios pro-

batorios, descartando medios probatorios importantes, *sin explicar por qué, bajo el razonamiento que solo debe valorar relevante.*

El razonamiento realizado por el Juez en este sistema ya sea lógico deductivo o inductivo, lo hace con apoyo de la lógica y de la psicología, en cuanto esta última se tiene que tener en cuenta que es el estudio de la conducta, como en el actual Código procesal señala la indelegabilidad de las audiencias, el Juez tiene la facultad de observar la declaración de parte, testimonial, el debate pericial, percibe quien esta diciendo la verdad y quien no, e incluso confronta a los participantes en las audiencias, extrayendo conclusiones en contra de los intereses de las partes ante la conducta negativa que se tiene en materia probatoria.

En este sistema para la valoración de las pruebas son importantes también las reglas de la experiencia, que son las reglas de la vida, que se van formando en el quehacer judicial justificándose lo que se denomina carrera judicial.

En el sistema de la valoración razonada es muy importante y esencial el apoyo de la ciencia; sobre el cual el Código Procesal Civil introduce el concepto novedoso de las *prueba atípicas*, que más que nuevas pruebas son métodos complementarios de la prueba pericial, tales pruebas son: la prueba del ADN, y el genoma humano descubierto recientemente.

Sentis Melendo, ha señalado a la intuición jurídica, como complemento de las reglas de la experiencia, en la que el Juez percibe por la intuición, lo que en realidad ha sucedido, tesis que ha sido criticada por algunos autores.

Es importante destacar que *la valoración razonada tiene sus límites*: en *primer lugar* el Juez no puede valorar sobre hecho no controvertidos, en *segundo lugar* es la actuación de la pruebas fuera del lugar del proceso, en donde debe actuar las pruebas el Juez comisionado, quien le informará como se realizó la prueba, en *tercer lugar* se debe tener en cuenta como límite las prueba ilícitas, es decir obtenidas por un soborno, intimidación, o dolo, un cuarto límite lo constituyen las pruebas sospechosas o dubitativas, son la que se refieren a los parientes, amigo íntimo, o al enemigo, al que tiene interés en el pleito y quienes no pueden declarar como testigos,

según la doctrina alemana prohíben la declaraciones testimoniales a los parientes, el amigo o el que tiene interés en el pleito como una presunción jure et jure según la cual estos necesariamente faltan a la verdad, esto no es tan cierto por cuanto los parientes o personas interesadas en el proceso dicen la verdad, *quien debe establecer esto es el Juez y no el legislador para todos los casos*, sin excepción como lo ha hecho en nuestro Código Procesal Civil.

Otra de las limitaciones a libre valoración de la prueba es la obligación que tiene el Juzgador de fundamentar sus resoluciones, teniendo presente el *“control de Logicidad”*.

Por otro lado a tenor de lo expuesto por el maestro peruano Dr. RIOJA BERMUDEZ, Alexander; en su libro “El nuevo Proceso Civil Peruano”, en el cual desarrolla el tema sobre Sistemas de Valoración de la Prueba, a continuación se presentará tal exposición.

Al elaborar la sentencia el juez tiene la libertad de SELECCIONAR y VALORAR cada medio probatorio teniendo en cuenta las reglas que establecen objetivamente los parámetros para su valoración.

Los sistemas para la apreciación de la prueba reconocidos por la doctrina y que el Dr. SARTORI precisa es el modelo trialista:

- **Pruebas Legales**
- **Sana Crítica**
- **Libre Convicción, sobre este la doctrina discute si es un Sistema autónomo o si se le debe identificar con el Sistema de Sana Crítica.**

Esta clasificación tripartita es criticada por autores como: **Guasp, Palacio, Devis Echandía**, entre otros, incluyendo a la íntima convicción y a la sana crítica racional en un único sistema llamado *“de libre apreciación”*.

Sin embargo, se puede hablar de la diferencia entre la íntima convicción y la sana crítica racional, siendo esta la siguiente:

En relación a la íntima convicción, ésta hace referencia al resultado obtenido en la apreciación de la prueba, en tanto que en la sana crítica racional hace mención al método de realizar tal apreciación.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- 1) Atienza, Manuel: *"El derecho como argumentación"*. 2005. D.F., México, Fontanamara.
- 2) Arendt, Hannah: *"Entre el pasado y el futuro"*, 2003. Barcelona: Ediciones Península.
- 3) Barak, Aharon: *"Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia"*. 2009. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- 4) Bickel, Alexander M.: *"The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics"*, (La rama menos peligrosa. La Corte Suprema en el lugar de la política), 10ª Edición. 1980. EE.UU. Ed. Bobbs.Merrill Educational.
- 5) Cañas-Quiros, Roberto. *"La educación en la República de Platón"*, en Acta Académica. 2007.
- 6) Carbonell, Miguel, Héctor y Vázquez, Rodolfo: *"Jueces y Derecho: Problemas Contemporáneos"*. 2010. México.
- 7) D'Ors, Álvaro: *"Derecho privado romano"*. 10ª edición. 2004. Pamplona, España. Ed. Eunsa.
- 8) Dworkin, Ronald: *"Los derechos en serio"*. 1989. Barcelona, España. Ed. Ariel.
- 9) Fiss, Owen M.: *"The Forms of Justice"*, (*"Las formas de Justicia"*). 1979. Faculty Scholarship Series, (Facultad de Ciencias Sociales para Becarios). Yale, EE.UU.
- 10) Ferrajoli, Luigi: *"Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción"*. 2010. D.F., México. Revista de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- 11) Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Tinoco: *"Derecho constitucional mexicano y comparado"*, 5ª edición. 2007. D.F., México. Ed. Porrúa.
- 12) Garapon, Antoine: *"El poder inédito de los jueces"*, en Carbonell, Miguel, Fix-Fierro, Héctor y Vázquez, Rodolfo (coords.), *"Jueces y Derecho: Problemas Contemporáneos"*. 2004). D.F., México. Ed. Porrúa.
- 13) Gómez Sámano, José Sebastián: *"La motivación Judicial: Principios de la Ética Judicial Iberoamericana"*. 2012. D.F., México. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- 14) Hamilton, Jay, en su clásica obra *"El Federalista"*. 2009. EE.UU.

- 15) Mora Restrepo, Gabriel: *"Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces"*. 2009. Bs. As., Argentina. Ed. Marcial Pons.
- 16) Platón: *"Obras completas"*. 2003. Ed. Gredos.
- 17) Ortega y Gasset, J.: *"Prólogo a una edición de sus obras"*. Vol. 6. 1983. Madrid, España. Alianza, Editorial y Revista de Occidente.
- 18) Ordóñez Solís, David: *"La independencia judicial en clave ética: la confianza de una sociedad democrática en sus jueces"*. 2009. D.F., México. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- 19) Ramos, Samuel: *"El perfil del hombre y la cultura en México"*. 1998. D.F., México, Ed. Austral.
- 20) Rubio Llorente, Francisco: *"La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho"*. 1993. Madrid, España. Ed. CEC.
- 21) Rawls, John: *"Teoría de la Justicia"*. 1995. D.F., México. Ed. Fondo de Cultura Económica.
- 22) Troper, Michel: *"Filosofía del Derecho"*. (2008). Tecnos.
- 23) Viehweg, Theodor: *"Topica e giurisprudenza"*, (*"Tópico y Jurisprudencia"*). 1962. Milán, Italia. Ed. Tistem.
- 24) Vigo, Rodolfo Luis: (2005), *"De la Ley al Derecho"* D.F., México. Ed. Porrúa.
- 25) Zaffaroni, Eugenio Raúl: *"Dimensión política de un poder judicial democrático"*. 2004. D.F., México. Ed. Porrúa.
- 26) CHAIREZA ZARAGOZA, Jorge: *"La Independencia del Poder Judicial"*. 2004. D.F., México. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año XXXVII, Número 10, mayo-agosto 2004.
- 27) CHAIREZA ZARAGOZA, Jorge: *"Excelencia Judicial"*. 2004. Docente en la UNAM, D.F., México www.ejournal.unam.mx.
- 28) FERNÁNDEZ, Anahí: *"Ética, política y Derechos Humanos: Por una ética de la convicción"*, publicada en la Revista Telemática de Filosofía de Derecho en <http://www.filosofiyderecho.com>.
- 29) GARCIA RADA, Domingo: *"Memorias de un Juez"*. 2004. Lima, Perú. Centro de Investigaciones Judiciales "Manuel Augusto Olaechea", Corte Superior de Justicia de Ica, y Editorial San Marcos. Serie Clásicos del Derecho, Vol. VIII, segunda edición, 2004. Publicado también en: <http://hechosdelajusticia.org>.
- 30) INGENIEROS, José: *"El Hombre Mediocre"*. 2000. Publicado en <http://www.elaleph.com>.
- 31) KENNEDY MCLEOD, Anthony: *"Ética Profesional y Judicial"*. 2004. Boletín Informativo de la Embajada de Estados Unidos en Panamá.
- 32) LARENZ, Kart: *"Metodología de la Ciencia del Derecho"*. Traducción de la 4ta. edición alemana. 1980. Barcelona, España. Editorial Ariel.
- 33) LUIS VIGO, Rodolfo: *"Ética Judicial y Centro de Capacitación en Argentina"*, Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales, Oficina de Coope-

ración Jurídica de la Organización de Estados Americanos OEA, en: <http://www.oas.org>.

- 34) MONROY GALVEZ, Juan: *"La Independencia del Juez y del Abogado"*. 2003. Lima, Perú.
- 35) NAVARRETE O., Luis A.: *"Ética Judicial"*. 2008. D.F., México. Ed. UNAM. Publicado en el 2013. www.monografias.com; Publicado en el Coloquio de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Milano (Milán—Italia).
- 36) NAVARRETE O., Luis A.: *"La Filosofía y su Historia"*. 2011. Cajamarca, Perú. Ed. UNC.
- 37) NAVARRETE O., Emilia B.: *"Apuntes sobre la Independencia Funcional de los Magistrados: Necesidad Urgente para evitar la corrupción"*. 2013. Trujillo, Perú. Juez Provincial del 3er. Juzgado Especializado Civil de la Corte Superior de Justicia de Trujillo, Perú.
- 38) NAVARRETE O., Luis A.: *"Apuntes de Filosofía: Ética y Moral"*. 2014. Cajamarca, Perú. Ed. UNC.
- 39) NAVARRETE O., Luis A.: *"Corrupción en la Administración de Justicia: Ética Y Moral"*. 2014. Cajamarca, Perú. www.monografias.com
- 40) SALAS VILLALOBOS, Sergio: *"la participación civil en el diseño y control del poder judicial"*. En: <http://www.dplf.org>.

Se terminó de imprimir en noviembre de 2015.

Arandurã Editorial

Tte. Fariña 1028

Teléfono: (595 21) 214 295

e-mail: arandura@hotmail.com

www.arandura.com.py