

## ANÁLISIS FILOSÓFICO DE LA FACULTAD CREADORA Y ARGUMENTATIVA DEL JUEZ

*Segundo Sebastián Quito Calua<sup>14</sup>*

### RESUMEN

Examinando la teoría de Kant respecto a /a concepción de "magistrado" como un "ser humano moral" -antes que como un profesional del Derecho, en este interesante artículo, el autor evalúa la labor argumentativa y creativa de los jueces al resolver las controversias que llegan a sus manos. Así, precisa que estos toman "una decisión existencial" que los compromete como persona, sujeto moral y profesional ante la sociedad y su propia conciencia; de ahí que se requiera que tengan una "sensibilidad social especial" para no evaluar los casos complejos bajo la literalidad de las normas, sino con la finalidad de procurar justicia.

---

<sup>14</sup> Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo de Cajamarca, Perú.

## INTRODUCCIÓN

El desarrollo de la práctica judicial en contextos complejos, como ocurre en el Perú, implica el análisis de las resoluciones respecto de las consecuencias que esta produce en la sociedad.

Dichos efectos, en determinados casos, se producen en términos negativos, generando una mayor *injusticia* que aquella que se procuró extinguir a través de la intervención del magistrado, como tercero imparcial.

Si bien la *ley* se muestra inflexible frente a esta realidad, corresponde al magistrado tener una *capacidad profesional* especial al superar esta limitación y ponderar la búsqueda de una justicia que la sola imposición de la *ley*.

El ejercicio que ejecuta el magistrado en este sentido, pasará a una evaluación en dos niveles: la que ejecute la misma sociedad sobre el producto final (la sentencia) como la que ejecute el mismo magistrado sobre su decisión final, como *autocrítica*. Dicha autoevaluación, finalmente será la más difícil de superar, pues de por medio existe la necesidad de actuar con *diligencia y conciencia*.

Si para el magistrado es un problema formular posiciones argumentativas que superen las limitaciones que propone la ley, en determinados casos (difíciles) debemos recurrir a la doctrina, la cual plantea algunos mecanismos que pueden respaldar una posición de *conciencia* del magistrado.

El magistrado debe considerar que al emitir un pronunciamiento, el producto seguirá con un patrón de inferencias lógicas y deductivas, los cuales validarán su conciencia, al actuar conforme a un estándar ético que procura acceder a un correcto nivel de aplicabilidad de justicia

## **I. LA LIBERTAD CREATIVA Y LA AUTOEVALUACIÓN SEGÚN KANT**

El análisis de la actividad jurisdiccional se centra en la labor que desarrolla el magistrado, principalmente al momento de conjugar los elementos lógicos, jurídicos y sociales que serán empleados en el contenido material de la resolución, principalmente en la sentencia.

A pesar de lo cotidiano de la función pública, este acto de discernimiento obliga al magistrado a ubicarse en un contexto

filosófico que Kant denomina "juicio", desde un punto de vista moral, principalmente porque existe una autoevaluación moral de la actividad desempeñada<sup>15</sup>.

Kant, en este sentido, considera que el juez se *desdobra* en dos sujetos: a) uno el magistrado, y, b) en otro, al cual podríamos calificarlo como el *sujeto que ejerce una actividad profesional de alta especialización*<sup>16</sup>.

Ambos "sujetos" evalúan la actividad de la contraparte y será el *otro* quien juzgue la actividad del *magistrado*, pero desde un punto de vista moral (*iudicium*), como sí se estuviese ante un proceso mismo (*coram iudicium*).

Por lo tanto, no es que se juzgue el aspecto técnico o jurídico que ha empleado el *magistrado*; se juzgará la *ley moral* que el *magistrado* se *ha dado a sí mismo*, principalmente al momento de resolver un caso

---

<sup>15</sup> CHAZAN, Pauline. The moral self. The problems of philosophy. Toutledge, Londres, 1998, p.52

<sup>16</sup> COX, Raymond. Ethics and integrity in public administration: concepts and cases. Sharpe, Nueva York, 2009, p.21

judicial. En otros términos, se juzgará la *conciencia* (o moralidad) del magistrado al momento de resolver<sup>17</sup>.

Debemos señalar en este apartado que, cuando hacemos mención a la *conciencia* o a la moralidad del magistrado, nos referimos a su capacidad de resolver conflictos sobre la base de su discrecionalidad, principalmente en aquellos casos complejos que tiene a su cargo, en los cuales eventualmente tiene presente que la *ley* no tendrá un mecanismo de solución aplicable al caso.

Kant, bajo esta perspectiva, considera que el *magistrado* cuando hace una labor de autoevaluación se convierte en todos los sujetos procesales en una sola persona: es, a la vez de juzgador, el procesado y el fiscal de sí mismo (respecto del producto final, la sentencia) y paralelamente, hará las veces de *legislador*<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Ver: "Punishment, conscience, and moral worth". En: TIMMONS, Mark *Kant's metaphysics of morals: interpretative essays*. Oxford University Press, Oxford. 2004, P-233 y ss.

<sup>18</sup> Ver: "Enter moral conscience". En: ATWELL, John. *Ends and principles in Kant's moral thought*. Nijhoff, Dordrecht, 1986, p- 73 y ss.

Solo a través de este ejercicio de autoevaluación es que el magistrado ejerce una de las características naturales de su función: su *autonomía*, en sus dos vertientes, tanto respecto de los demás niveles jurisdiccionales, como también respecto del caso que debe resolver. La *autoevaluación* moral, desde una perspectiva filosófica, nos permite fundamentar la capacidad que tiene el magistrado de *superar el marco limitativo de la norma* cuando la *ley (positive law)* se presenta insuficiente o contraria a la *razonabilidad lógica* de la *justicia*, representada en la *natural law*<sup>19</sup>.

Este ejercicio de habilidades le conferiría al magistrado una *libertad creativa* al momento de redactar una resolución. Libertad que permitirá superar las consecuencias de esta, principalmente cuando la norma resulta insuficiente al caso. Por ello, Kant señala que esta libertad creativa faculta una evaluación *in meritum aut demeritum* del propio magistrado sobre su propia creación<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> STONE, Julius. *Human Law and human justice*. Stanford University Press, Stanford, 1965, p. 84.

<sup>20</sup> GUYER, Paul. *Kant on freedom, law; and happiness*. Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p.110.

Sobre la *libertad de creación*, Kant desarrolla la habilidad del *sujeto moral*, quien no es otro que el magistrado, el cual no se halla ni *sotopuesto ni superpuesto* (ni por debajo ni por encima) de los demás sujetos procesales<sup>21</sup>.

## II. LA MORALIDAD EN EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN RESPECTO DE LA ACTUACIÓN DILIGENTE

Desde la filosofía griega se discute si el *sujeto moral* es un "individuo" (*individuum o átomos*, indiviso) respecto de su concepción física; a la par se discute si el mismo sujeto es también "dividuo" (dividido en dos o dos en uno), respecto del ámbito de la percepción de la moralidad, en particular cuando desempeña una labor.

Platón señalaba que el sujeto *puede* desdoblarse en "dos", debido a que ejecuta una serie de procesos de reflexión, donde desarrolla un análisis sobre su propio comportamiento denominado "diálogo del alma consigo misma", donde interactúan el *ego* y el *alter*<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> FLEISCHACKER, Samuel. A third concept of liberty: judgment and freedom in Kant and Adam Smith. Princeton University Press, Princeton, 1999, p.269

<sup>22</sup> MOLINA FLORES, Antonio. Doble teoría del genio: sujeto y creación de Kant a Schopenhawer. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, p.113.

Este debate interior le permite a un sujeto tener la capacidad para "tomar una decisión", con lo cual actúa en *libertad*. La actuación en libertad, por lo tanto, le permite al sujeto tener una condición superior respecto de las circunstancias que le rodean y así poder escapar de las "circunstancias" que se le pudieran presentar. Esta concepción filosófica fue utilizada por Descartes, respecto de sus propias teorías<sup>23</sup>.

En el caso particular de que el *sujeto* es en realidad un *magistrado*, la libertad a la que hacemos mención consiste en aquella devenida del proceso de análisis, deliberación y fundamentación de una resolución judicial respecto de los *hechos* evaluados en un proceso.

Dicha circunstancia, por lo tanto, la diferencia de los *hechos naturales* o la *causalidad natural*, los que por su propia condición resultan ser superiores a la capacidad del sujeto, siendo inevitable que los hombres se sometan. En términos penales determinan, por ejemplo, la condición de inimputabilidad de un sujeto, si este es evaluado bajo los conceptos de la sociopatía.

---

<sup>23</sup> SANTIAGO, Teresa. Alcances y límites de la racionalidad en el conocimiento y la sociedad. Plaza y Valdés, México, 2000, p. 87.



Complementariamente a los *hechos y hechos naturales*, existen los *hechos sociales (causalidad social)*, las cuales son las consecuencias inintencionales de nuestras acciones, de las que pueden derivarse y se derivan con profusión "efectos perversos", los cuales terminan provocando consecuencias no planificadas ni controladas.

Estos hechos, tienen consecuencias que derivan de *las acciones del sujeto*, razón por la cual los niveles de excusabilidad son relativos. En el contexto penal, el atropello a un peatón por manejo a excesiva velocidad de un vehículo, estando el conductor en estado de ebriedad, provoca el análisis de los *errores de tipo*, los cuales tienen un tratamiento diferenciado entre la *imputabilidad e inimputabilidad*. Finalmente, siendo la cuestión el poder prever las consecuencias que podría originar la causalidad social, se debe tener presente que las consecuencias se deberán a causas desencadenadas, en última instancia, por el mismo *sujeto*.

Este deber de diligencia, particularmente para los magistrados, constituye un elemento que los define respecto de sus competencias

funcionales, por cuanto deben ser conscientes de que sus actividades y su entorno estará bajo la influencia de los demás partícipes del sistema judicial, en particular respecto de los abogados y los propios litigantes. Los magistrados -en este sentido- deben tener una *inteligencia emocional* especial al momento de desempeñar sus funciones, porque las presiones (políticas, económicas, sociales, familiares, académicas, personales, etc.) siempre estarán presentes en su labor diaria, lo cual exige un *sacrificio social* especial, pues lo que resuelven no solo repercute en las partes procesales, sino también en la sociedad.

Por lo tanto, el ejercicio de la magistratura implica el ejercicio de conocimientos superiores de la legislación y la doctrina, así como también de una capacidad profesional y moral especial, porque -finalmente- el magistrado es también un miembro de la sociedad y, naturalmente, su propia percepción se encuentra condicionada cultural y socialmente.

Frente a esta situación, el ejercicio de su *libertad* creativa en la redacción de una resolución implica un deber consigo mismo, en particular, para justificar moralmente su decisión. Si no existe una

autocrítica moral, el magistrado puede actuar bajo el yugo perverso de la ley en una sociedad compleja como la peruana, y ello sería un error. Y hacemos mención a esta labor *autocrítica*, principalmente cuando se tienen que justificar dictámenes fiscales, resoluciones o sentencias, que bien pueden ser considerados como *ilógicos*, al tener un sustento material erróneo respecto de la evaluación de la ley y los hechos observados.

Ejemplos que sustentan estos hechos, pueden ser descritos, como:

- a. La liberación de un presunto delincuente, detenido en flagrancia, respecto de delitos contra la libertad y el patrimonio. Cuando se libera a un "marca" provoca la consideración: ¿cuáles son los fundamentos para la liberación de un delincuente de extrema peligrosidad?
- b. La detención de sujetos que actuando en *defensa propia* provocaron la muerte de los atacantes, a pesar de que en el parte policial se deja constancia del ataque sobre la víctima, el nivel de la agresión y las condiciones del atacante y la víctima.
- c. El otorgamiento de *beneficios penitenciarios* a delincuentes de extrema peligrosidad, tomando en cuenta que los niveles de

*resocialización, rehabilitación, y reinserción social* de los sentenciados a pena privativa de libertad, constituyen un elemento lírico.

En consecuencia, el magistrado debe considerar que al emitir un pronunciamiento, el producto seguirá con un patrón de inferencias lógicas y deductivas, los cuales validarán su *conciencia*, al actuar conforme a un estándar ético que procura acceder a un correcto nivel de aplicabilidad de justicia.

### **III. LA ARGUMENTACION FRENTE A LA MULTIPLICIDAD DE RESPUESTA QUE SE PUEDAN INFERIR**

En el ámbito de las teorías que desarrollan los mecanismos de argumentación al momento de resolver un conflicto jurídico, se debe tener presente que no existe una uniformidad doctrinaria, y que eventualmente se admiten posiciones hasta antagónicas, como por ejemplo:

- a. El ultrarracionalismo de Ronald Dworkin, donde se enfatiza la *capacidad* de la razón<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel y HOYO SIERRA, Isabel. Raíces de lo ilícito y razones de licitud. Dykinson, Madrid, 2006, p. 48.

- b. El irracionalismo de Alf Ross. La presente teoría, a pesar de su denominación, resulta bastante "racional", principalmente porque fundamenta el hecho de que las decisiones jurídicas, al igual que sucedería con cualquier otro género de decisión, depende de la voluntad del sujeto como de su propia razón (conciencia)<sup>25</sup>.

En este contexto, Atienza justifica las diferentes teorías, principalmente porque concluye que la lógica formal deductiva se ha *flexibilizado*, debido a la multiplicidad de respuestas ante un único hecho, en particular cuando se evalúan los "casos difíciles".

Dicha flexibilización provoca una serie de "respuestas" que en esencia bien pueden ser "correctas", razón por la cual el magistrado bien puede *optar* por alguna de estas, sí con ellas se alcanza lo *verosímil*<sup>26</sup>. *Si se está en esta posición, la única garantía para el propio magistrado, lo constituye el actuar sobre la base de una conciencia ética.*

---

<sup>25</sup> "Alf Ross: la concepción analítica del Derecho". En: LÓPEZ HERNÁNDEZ. José, *introducción histórica a la Filosofía del Derecho contemporáneo*. Universidad de Murcia, Murcia. 2005, p. 107 y ss.

<sup>26</sup> SOCORRO, Juan Carlos y CRUCETA, José Alberto. *Argumentación jurídica*. Escuela Nacional de la Judicatura, Santo Domingo 2008, p. 68

Hart, en este punto, justificaría la decisión de un juez conminado a escoger una respuesta entre las tantas existentes, sobre la base de que existe un imperativo de *responder institucionalmente* ante un conflicto determinado que requiere finalizar una *indeterminación jurídica*. Esta facultad del magistrado responde a su discrecionalidad *profesional*<sup>27</sup>.

Por lo tanto, en contextos complejos, multiculturales y conflictivos, como los que ocurren en nuestro país, resulta factible deducir que se pueden materializar varias respuestas corree-fas y que el juez debe escoger aquella que resulte más vinculable a los hechos, a la espera de que su decisión final no provoque un daño más complejo que el que trató de resolver.

Esta posición se encuentra respaldada tanto por Alexy como por Dworkin, quienes señalan que el *Derecho*, siempre proporciona -al menos- una respuesta correcta a un caso determinado"<sup>28</sup>, porque siempre es posible hacer justicia de acuerdo con aquel.

---

<sup>27</sup> ARANGO, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas en el Derecho?* Siglo de Hombres Editores, Bogotá. 1999, p. 66.

<sup>28</sup> RICOEUR. Paul, *Amor y justicia*. Caparrós. Madrid, 2000. p. 172.

A pesar de que el magistrado se encuentra facultado a escoger finalmente una opción (una respuesta) frente a un abanico de probables soluciones, bien puede determinarse que esta respuesta podría vulnerar el propio ordenamiento jurídico. Dichas situaciones provienen del análisis de los "casos trágicos" propuesto por Atienza, por cuanto podría suceder que no exista ninguna respuesta correcta.

Frente a estas situaciones, el magistrado debe hacer uso de su *conciencia* y deberá resolver, ponderando entre el *Derecho* y la *justicia*, entre la *ley* y la *conciencia*; y, entre el *ser jurídico* y el *deber ser político o moral*.

#### IV. SALIENDO DE LOS PROBLEMAS

Cuando el magistrado se encuentra ante estos "casos difíciles" se puede preguntar sobre qué debe hacer y cómo debe proceder.

En el contexto anglosajón, Kennedy describe esta duda profesional del magistrado en su tesis *how I want to come out* ("cómo salir del paso" o HIWTCO, que es - en realidad - el acrónimo de esa frase), de donde se deduce que se debe priorizar la *ley* como un instrumento

para *hacer justicia*, y que si no cumple con esta condición, es factible desvincularse del contexto imperativo de la ley<sup>29</sup>.

En términos contrarios a las deducciones de Kennedy, Max Weber señala que el magistrado, al estar en un "pacto con el diablo", merced a su condición de funcionario de la Administración Pública y representante del Estado<sup>30</sup>, en muchos casos no puede manipular la *ley* para hacer *justicia*, porque este instrumento normativo *ni es infinitamente flexible, maleable, ni tampoco es manipulable a discreción*.

¿Qué debe hacer, entonces, el magistrado?

Existen varias respuestas, pero las más sencillas y lógicas, bien podrían ser:

- a. Abandonar el caso a través de la renuncia al cargo de magistrado.
- b. Redactando un argumento insostenible, insuficiente o carente de plausibilidad.
- c. Ajustarse a los parámetros de la ley, sin valorar los elementos

---

<sup>29</sup> KENNE.DY. Duncan. "Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology". En: *Journal of Legal Education*. N°36, 1986, pp. 518-562

<sup>30</sup> "La política como pacto con el diablo". En: ORO TAPIA, Luis. *Max Weber: la política y los políticos: una lectura desde la periferia*. Ril Editores, Santiago de Chile, 2010. p. 70 y ss.



*injustos* que pudiera contener<sup>31</sup>.

d. Interpretando el caso sobre *la base de lo que la ley debería ser*.

## CONCLUSIONES

Frente al conjunto de teorías respecto a la *argumentación de una decisión en la judicatura*, se debe tener en cuenta que el magistrado, finalmente, toma una *decisión existencial*, que lo compromete como persona, como sujeto moral y como profesional, no solo ante la sociedad, sino también frente a su propia *conciencia*.

Esta situación implica que el magistrado tenga una *sensibilidad social especial*, principalmente para no evaluar, a la luz literal de la norma, los casos complejos que nuestra sociedad plantea en su devenir cotidiano.

La excusa de recurrir a la inflexibilidad de la norma, no constituye un comportamiento funcional *eficiente* ni *diligente*, porque provoca, en esencia, que los conflictos sociales se expandan y se degeneren en otros conflictos.

---

<sup>31</sup> A pesar de que se manifieste contrario a los parámetros normativos o realice una crítica sobre su naturaleza y vigencia en el ordenamiento jurídico, sino inaplica dicha norma, termina siendo un cómplice de una *injusticia*, no pudiendo escapar de su propia *autoevaluación*.

## REFERENCIAS

- CHAZAN, P. (1998) *The moral self. The problems of philosophy*. Londres: Toutledge, p.52
- COX, R (2009). *Ethics and integrity in public administration: concepts and cases*. Nueva York: Sharpe, p.21
- TIMMONS, M. (2004) *Kant's metaphysics of morals: interpretative essays*. Oxford: Oxford Univesrsity Press, P, 233 y ss.
- ATWELL, J. (1986) *Ends and principles in Kant's moral thought*. Nijhoff, Dordrecht, p, 73 y ss.
- STONE, J. (1965) *Human Law and human justice*. Stanford: Stanford University Press, p. 84.
- GUYER, P. (2000) *Kant on freedom, law; and happiness*. Cambrigde: Cambridge University Press, p.110.
- FLEISCHACKER, S. (1999) *A third concept of liberty: judgment and freedom in Kant and Adam Smith*. Princeton: Princeton University Press, p.269
- MOLINA FLORES, A. (2001) *Doble teoría del genio: sujeto y creación de Kant a Schopenhawer*. Sevilla: Universidad de Sevilla, p.113.
- SANTIAGO, T. (2000) *Alcances y límites de la racionalidad en el conocimiento y la sociedad*. Plaza y Valdés, México, p. 87.

- SÁNCHEZ DE LA TORRE, A. y HOYO SIERRA, I. (2006) *Raíces de lo ilícito y razones de licitud*. Madrid: Dykinson, p. 48.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, J. (2005) *Introducción histórica a la Filosofía del Derecho contemporáneo*. Murcia: Universidad de Murcia, p. 107 y ss.
- SOCORRO, J. G. y CRUCETA, J. A. (2008) *Argumentación jurídica*. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, p. 68
- ARANGO, R. (1999) *¿Hay respuestas correctas en el Derecho?* Bogotá: Siglo de Hombres Editores, p. 66.
- RICOEUR, P. (2000) *Amor y justicia*. Caparrós. Madrid, p. 172.
- KENNEDY, D. (1986) "Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology". En: *Journal of Legal Education*. N°36, pp. 518-562.
- ORO TAPIA, L. (2010) *Max Weber: la política y los políticos: una lectura desde la periferia*. Santiago de Chile: Ril Editores, p. 70 y ss.