

ARBITRIO Y ARBITRARIEDAD JUDICIAL

Manuel Riera Domínguez¹

RESUMEN

Los distintos sistemas de justicia enfrentan día a día problemas insolubles. Desde los más conocidos y tangibles, como la morosidad judicial, la corrupción y la ineficacia del Poder Judicial en términos de indicadores de gestión, hasta los intangibles y teóricos aspectos de la función judicial a la hora de impartir justicia. Este trabajo, en aras de contribuir con las discusiones doctrinales reinantes sobre este último aspecto, presenta y rescata una vieja postura: los procesos y las sentencias están trabajados por hombres y para los hombres. Sobre todo, estas últimas, las sentencias. El fallo judicial conjuga, no sólo normas de forma y garantías, sino normas de fondo sustanciales y saberes no normativos, que delinear los contornos jurídicos del sistema. ¿Es esta realidad procesal, judicial, arbitrariedad? ¿O es una consecuencia humana insoslayable que puede tolerarse en ciertos casos con los llamados fallos arbitrados? Este artículo rescata una vieja tesis e intenta poner luz sobre ello.

ABSTRACT

Different systems of justice face unsolvable problems every day. From the most known and tangible, as judicial slowness, corruption and inefficiency of the Judiciary Branch in terms of performance indicators, to intangible and theoretical aspects of the judiciary regarding delivering of justice. In order to contribute to the doctrinaire discussion surrounding the mentioned aspects, this work presents and rescues an old theory: the judicial processes and sentences are being made by men for men. Above all the latter, the sentences. The judicial decision involves not only norms regarding forms and guarantees, but also substantial norms and non-regulatory knowledge, which sets the legal framework of the system. Is this reality procedural, judicial, arbitrary? Or is it an unavoidable human consequence that can be tolerated in some cases with the so-called arbitrated decisions? This article rescues an old thesis and tries to put light on it.

Palabras claves: *proceso, sentencia, arbitrario, arbitrariedad, arbitrio, arbitrado, justicia, hombre.*

Keywords: *process, sentence, arbitrary, arbitrariness, discretion, justice, man.*

En apoyo a una exposición de contados minutos que di en el PRIMER CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL organizado en Mendoza, Argentina, preparé este artículo para presentar –*in extenso*– mejor las ideas ahí desarrolladas. En él, dentro del marco teórico del “*Proceso como medio para impartir justicia*” y, a su vez, dentro

¹ Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción (UNA). Magister en Derecho Procesal por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Rosario (UNR). Docente en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” (UCA). Vicepresidente en ejercicio del Colegio de Abogados del Paraguay.

del eje programático “*proceso y sentencia*”, presenté un tema poco común desde su enfoque *normativo*, aunque sí muy presente en los debates teóricos actuales. Debates que enfrentan los doctrinarios, sobre todo los argentinos, al criticar y considerar las facultades judiciales dentro del proceso y cómo afecta la actuación de un juez el *devenir* de la sentencia. Considerando el marco teórico y el eje programático citados y atendiendo que un congreso es siempre una oportunidad para tratar temas académicamente, ante estudiantes y estudiosos del Derecho, me pareció relevante presentar al foro en general y al auditorio en particular, un tema que, en las palabras del profesor español ALEJANDRO NIETO, “*necesita una recuperación teórica, si es que la teoría quiere explicar una realidad que jamás ha abandonado su práctica*”².

La invitación que recibí para asistir al congreso se la debo al profesor ADOLFO ALVARADO VELLOSO. La organización del Congreso estuvo, además, en manos de amigos, docentes y catedráticos; cursantes y defensores todos de la visión *garantista* del proceso. Una visión no sólo trasladada a artículos, revistas, libros, conferencias e innumerables reuniones como la que nos congregó en Mendoza, sino que, también, presentada en diferentes ciudades de Argentina, en provincias y a lo largo y ancho de América Latina en otros países –como el mío, el Paraguay– en cientos de oportunidades. ADOLFO ALVARADO VELLOSO es tajante. El juez no puede tomar iniciativa alguna. Cualquier oscilación implicaría una ruptura de su deber de *imparcialidad* –de impar[t]ialidad–, lo que afectará la *esencia* del proceso como debate entre partes iguales. De hecho, más de una vez lo oí decir y sostener, con ahínco y convicción cuasi bélica, que el juez debe ser *aséptico*. Es decir, frío, neutral, acentuando –adrede– la significación castiza [asepsia], de un juez libre de toda *infección* de parcialidad. Esta visión *garantista* de la imparcialidad –impar[t]ialidad– e independencia del juez, es tan absoluta, que pretende del juzgador que obvie su lado humano, su formación, sus *prejuicios*; aspirando a alcanzar con ello, si se puede, un verdadero *milagro*.

El Paraguay tiene en su frontera Sur con la Argentina a dos grandes ríos: el río Paraguay y el río Paraná. Lo curioso de ambos no sólo es su caudal, sino el color de sus aguas. En la convergencia entre los dos grandes ríos, a la altura de Paso de Patria, se nota que el río Paraguay es más turbio o, si se quiere, *sucio*, debido a los sedimentos que el río Bermejo arrastra desde los suelos chaqueños del Norte argentino. Esa mezcla de colores y de aguas *limpias* y *sucias* grafica cabalmente el tema que expuse. Nadar en

² Alejandro Nieto, *El arbitrio judicial* (Barcelona, Editorial Ariel S.A., 2000), 203.

las aguas del arbitrio y la arbitrariedad puede resultar un cruce peligroso; puede *ensuciarnos* entre posiciones extremas y antagónicas. Pero así como el propio presidente de la Mesa del Panel, el Dr. JORGE ALEJANDRO AMAYA, sostuvo en su visión “hacia dónde vamos”, el proceso debe estudiarse *tendiendo puentes*. No podemos extremar las visiones de un lado o del otro, así como no podemos separar las aguas de dos grandes ríos. De hacerlo, nos quedaríamos sin el río mismo.

El proceso se concibe en los innumerables libros de ALVARADO y en sus bellísimas clases de TEORÍA GENERAL DEL PROCESO con *una razón de ser*. Es un medio de debate, dialogado, dialéctico, paritario, igual, horizontal, que busca *erradicar el uso de la fuerza privada* de la sociedad. Enmarcado teóricamente en el congreso como *medio de impartir justicia* y dentro del eje de la sentencia, me pareció relevante presentar el tema considerando la visión de una escuela, de un pensamiento, de un marco teórico y un eje programático dados, junto con un perfil mayor y más integrador. Pues estoy convencido que nuestras enseñanzas, nuestras palabras y nuestros discursos académicos se deben centrar también en función de una *razón de ser*, que no es solo del proceso, sino del Derecho mismo como totalidad que lo contiene. La *causa del proceso* que pretende erradicar la fuerza de la sociedad, estudiada desde la *realidad*, es una parte riquísima de la teoría alvaradiana. Evita la ley como punto de partida. Enfatiza la *realidad social* como la manera correcta de vincular la norma. Es decir, parte del problema [social] para luego buscarle una solución [normativa]. Esta *teoría general*, en tal sentido, tiene una aspiración holística de *generalidad* y pretende, desde el estudio de los fenómenos sociales, instalar un nuevo punto de partida. Si algo ocurre, se estudia. Se vuelve un fenómeno de relevancia suficiente, como para ser considerado un problema –o no– que puede –o no– y debe –o no– resolverse con la norma.

Las ideas del profesor NIETO persiguen un fin único: *desarrollar una teoría realista*. Y creo que, así como todo el saber humano es siempre acumulativo, podría tenderse un puente sobre la comunidad de aspiraciones de ambos pensadores: un puente que parta desde y llegue hasta la realidad, entendida esta como el universo donde se sucede la convivencia, fin último del Derecho. La *teoría realista* de NIETO, empero, no es una *apología* al *arbitrio judicial*, lo cual advierte con cautela. Es una consideración de lo que ocurre día a día. Esta realidad, además, es evidente para él y para ALVARADO. Ocurre, es tangible, revisable, no sólo en las actitudes judiciales en los procesos, sino en la expresa declaración que permanentemente plasman los jueces en sus sentencias. Observación que también realizaron pensadores como ALFREDO ROCCO, SCIALOJA, WINDS-

CHEID, CHIOVENDA y otros autores citados por ellos como WACH, BINDING, SAVIGNY y DEL VECCHIO. Es, pues, realidad patente, considerada desde antaño, tanto en la escuela sistemática alemana como italiana; bases ambas del *procesalismo* moderno.

El proceso persigue fines determinados. ECHANDÍA, ALSINA, PALACIOS, PODETTI, CARLOS, COUTURE, CARNELUTTI, CALAMANDREI, ALVARADO VELLOSO, BRISEÑO, DE LA RÚA, CASCO PAGANO; todos coinciden. Tales fines varían, gradualmente, entre los autores. Perseguir una sentencia, una sentencia justa, el dictado de una resolución que ponga fin al litigio o al conflicto intersubjetivo de intereses, la paz social, la seguridad jurídica, la certeza de las relaciones jurídicas, entre tantas otras, no son más que aspectos de la observación de un mismo fenómeno. Pero detrás subyace la única realidad importante en toda esta historia: *la convivencia social* donde reside, en última instancia, *la persona*. Una persona a la cual el proceso sirve [o debe servir]. Una persona que lo trabaja, que lo insta, que lo impulsa y lo culmina, en la persecución de su interés. Por tal motivo es relevante considerar el *arbitrio judicial* y enfrentarlo a la idea de *arbitrariedad*, para considerar una visión también *realista*. Ello, no se desentiende en lo más mínimo de la teoría *general*, sino que –por el contrario– se mantiene dentro de sus postulados. Al ser el *arbitrio* y la *arbitrariedad* realidades, tanto sociales, como doctrinarias e incluso normativas, omitir o desconsiderar su existencia –como problema o no– es impropio de la labor académica y de una teoría que se autodefine o pretende tener alcance *general*. La exposición tuvo, pues, este objetivo específico. Tratar realidades, enfrentarlas, considerar si son un problema que merece –o no– una solución normativa [procesal].

En la jerga, el *arbitrio* y la *arbitrariedad* judiciales son sinónimos. Incluso, desde el lenguaje español castizo, podrían considerarse con significados también sinónimos. El **arbitrio**, del lat. *arbitrium*, tiene varias acepciones. Es entendido como facultad del ser humano de adoptar una resolución con preferencia a otra; autoridad o poder; voluntad no gobernada por la razón, sino por el apetito o el capricho; un medio extraordinario que se propone para el logro de algún fin; la sentencia o laudo del árbitro e, incluso, entendido como derechos o impuestos con que se arbitran fondos para gastos públicos, por lo general municipales. La **arbitrariedad**, por su parte, es cualidad o condición de *arbitrario*; hecho o dicho *arbitrario* y el comportamiento o proceder *arbitrario*. Lo **arbitrario**, del lat. *arbitrarius*, es aquello sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón. Estas acepciones pueden, incluso, guiar nuestro sentido común, también por sinonimia, a otras acepciones tales como:

discreción [lat. *discretio*, -ōnis], sensatez para formar un juicio y tacto para hablar u obrar; don de expresarse con agudeza, ingenio y oportunidad; reserva, prudencia, circunspección. Un hombre **sensato** [lat. tardío *sensātus*] es prudente, cuerdo, de buen juicio. La **prudencia** [lat. *Prudentia*] es templanza, cautela, moderación atributo en una persona; sensatez, buen juicio y, en el cristianismo, incluso, llegó a constituirse en una de las cuatro virtudes cardinales, que consiste en discernir y distinguir lo que es bueno o malo, para seguirlo o huir de ello. La **circunspección** [lat. *circumspectio*, -ōnis] es también prudencia ante circunstancias para comportarse comedidamente. Seriedad, decoro y gravedad en acciones y palabras.

Etimológicamente, es llamativo arbitrio y arbitrariedad compartan raíces similares –ARBITRIUM y ARBITRARIUM–. El *arbitrium* es presentado como la causa en que el magistrado romano disponía de facultades amplias para resolver, como en las acciones de buena fe; una variedad de la amigable composición en el arbitraje actual. La etimología también reconoce expresiones como el *arbitrium boni viri* [arbitraje de un hombre de bien o de un hombre bueno], el *arbitrium honorarium* [arbitraje honorario], el *arbitrium iudicis* [arbitraje del juez, entendido por él, durante el procedimiento formulario romano, la fijación por el juez, de conformidad con el arbitrio o libertad que la fórmula le permitía]. Y así, mayores expresiones como el *arbitrium liberum* [libre albedrío], *arbitrium liti aestimandae* [arbitrio para estimar la cosa litigiosa o cuantía], entre otras. Considerar estas raíces no pretende encontrar en la Roma de las *legis actionis*, del proceso formulario y la *extraordinaria cognitio*, los significados del arbitrio en el proceso moderno. Pero su consideración en tiempos pasados muestra, cabalmente, que esta facultad, libertad, apreciación y flexibilidad de criterio judicial y de árbitros existió antiguamente, se mantuvo durante siglos en la cuna del Derecho Occidental y campea hasta hoy. El estudioso puede debatir el alcance de la sensatez, la bondad, la equidad, la circunspección del criterio judicial en los casos y en la historia del Derecho. Pero con honestidad intelectual de por medio, insoslayablemente, aceptará que existió, sigue existiendo y no se avizora cambio al respecto. Es, pues, a mi modo de ver, una realidad que se debe tratar. Que puede plantearse como *problema de investigación*, no sólo como algo que deba resolverse, sino como un campo del saber que puede comprenderse mejor, expandiendo las fronteras de su *estado del arte*. Si el procesalista observa en ello un fenómeno de la convivencia –o judicial o procesal– no puede obviarlo. Debe integrarlo en sus postulaciones.

ALEJANDRO NIETO afirma: “*Tal como veo yo las cosas, el Derecho positivo no se configura como un cuerpo macizo, un poliedro rígido de caras planas y ni siquiera tampoco con cantos o esquinas erosionadas que desdibujan su forma geométrica; se trata más bien de un cuerpo amorfo, flexible, con huecos y canales inferiores y sin superficies rígidas ni en el exterior ni en el interior: literalmente un cuerpo horadado como lava volcánica, o mejor todavía, esponjoso por el que circula permanentemente el plasma del arbitrio. El arbitrio de las decisiones judiciales anida en los huecos abiertos por la ley, pero también penetra –aumentando su flexibilidad– por las fisuras y poros de los textos normativos que nunca resultan impermeables por mucho que lo intente el legislador*”³. Hagamos, pues, un pequeño intento de comprender esta idea plasmada en realidades, no sólo de la convivencia paraguaya o mendocina, sino de sus normativas. La Ley 9001/2018, CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE MENDOZA, no establece expresamente el arbitrio. No hay un solo artículo que lo regule de manera expresa. Al menos, no *literalmente*. En Paraguay, en cambio, se lo menciona en dos oportunidades. Al tratarse la imposición de las costas, en sus disposiciones generales, la Ley 1337/1988, CÓDIGO PROCESAL CIVIL, establece: **Pluspetición inexcusable**. *El litigante que incurriera en pluspetición inexcusable será condenado en costas. Si ambas partes incurrieren en pluspetición, regirá lo dispuesto en el artículo anterior. No se entenderá que hay pluspetición, cuando el valor de la condena dependiere legalmente del arbitrio judicial o de rendición de cuentas, o cuando las pretensiones no fueren reducidas en la sentencia en forma considerable* (art. 196). Lo propio ocurre en el procedimiento de CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS. Se establece: **Falta de postores**. *Si no se realizare el primer remate por falta de postores, quedará al arbitrio del ejecutante pedir: a) un nuevo remate, previa reducción de la base de la subasta en un veinticinco por ciento; o b) que se adjudiquen los bienes por las dos terceras partes de dicha base. Si, no obstante, la reducción a que se refiere el inciso primero, no se presentaren postores a la segunda subasta, se ordenará la venta sin base* (art. 486). En ambos casos, el arbitrio literal y expresamente establecido, tiene el mismo significado español castizo. Facultad de tomar una resolución o una decisión. En ambos casos, el arbitrio es *legal*. En un caso es “judicial”, como atribución del juez y en el otro es “particular”, como atribución de la parte.

En el CÓDIGO PROCESAL CIVIL de Mendoza, sin embargo, existen disposiciones que podrían considerarse relevantes para este estudio. Por ejemplo, la concerniente a los

³ Alejandro Nieto, *El arbitrio judicial*, 223.

deberes de los jueces, quienes deben actuar con *criterios de equidad* o justicia (num. 12, art. 46); las medidas precautorias, en tanto se admite caución en los supuestos de *extrema vulnerabilidad a criterio del juez* (art. 112); el recurso extraordinario provincial contra fallos *arbitrarios* (art. 145); la mención de la *ostensible* arbitrariedad o ilegalidad en el amparo (art. 219); su admisibilidad contra actos *arbitrarios* o ilegales (art. 219) o contra actos *arbitrarios legales, pero notoriamente* inconstitucionales (art. 219); lo concerniente a la apreciación de la prueba con *sana crítica* (art. 199); lo relativo a la subasta electrónica que permite el uso de otro medio, *a criterio* del Tribunal (art. 278); la licitación de bienes hereditarios en casos de valores *razonables o criterios de valuación* (art. 355); las diligencias preliminares a la demanda que autoriza el uso de otras medidas para el *futuro proceso, a criterio del juez* (art. 154); los dictámenes periciales, en tanto y en cuanto los peritos serán uno o tres, según la *importancia* o la *complejidad* del asunto, a criterio del Tribunal (art. 180); el *criterio restrictivo* para la admisión de la acción autónoma de revisión de cosa juzgada (art. 231); la desocupación del inmueble subastado [ocupado], en plazo *razonable*, conforme *particularidades* del caso (art. 290); la acción de tutela preventiva para quien *ostente un interés razonable* en la prevención de un daño (art. 3); entre otras. Estas disposiciones muestran que, allende el significado y la literalidad que podamos dar al arbitrio o a la arbitrariedad, la legislación paraguaya y la *mendocina* norman la misma realidad que conoció la Roma antigua. Hay campos del desenvolvimiento cultural de la convivencia; el devenir humano cotidiano que, aunque considerados, no pueden preestablecerse con debida suficiencia en la norma. ¿Cómo podría legislarse, definirse o imputarse normativamente lo *razonable*? ¿Cómo se regula hipotéticamente en la norma el límite o la definición de una *extrema vulnerabilidad*? ¿Cómo se concibe unívocamente la *ostensible* arbitrariedad o la *notoria* inconstitucionalidad? No se puede e, incluso, no se debe. Pues la casuística en la que caería un intento de tamaña envergadura se ahogaría en el fondo de la infinita realidad de la convivencia, tejida por complejísimas y alambicadas interrelaciones humanas. Este mapa intrazable del convivir humano, cambiante, en constante desarrollo a lo largo de la historia de la civilización, *causa y razón de ser* del proceso, impide las definiciones. Este universo que llamamos realidad es caótico, el *cuerpo amorfo* de NIETO; que permanece flexible por su inherente e incesante mutación. ¿Cómo puede, en definitiva, servir el *proceso como medio para impartir justicia* a través de la *sentencia* de una convivencia imprevisible?

La idea para intentar responder este interrogante, este problema, intentaré reducirla en su forma más simple posible, de la siguiente manera:

Gráfico 1:

El caso procesado ante el juzgador puede plantearse, en definitiva, en dos escenarios básicos: a) que sea un caso normativamente reglado; o b) que no lo sea. Cada caso concreto discutido ante un juez se espera tenga una solución preestablecida en la norma. Es un *deber procesal* en la mayoría de los códigos que la parte exprese claramente el derecho sobre el que funda su pretensión. Pero la experiencia muestra que existen casos llevados ante los jueces donde la solución planteada no está sujeta a una norma, pues no existe. También muestra que hay casos complejos, donde varias son las normas, o son insuficientes, oscuras, o permiten –incluso– *márgenes* de solución que el juez debe, en su sentencia, en cada caso, determinar. Esta realidad normativa, claramente, refiere a las cuestiones de *fondo*, no a las procesales. Pues el proceso, en su consideración con la sentencia, no puede obviar el fondo. El proceso sirve al fondo y no puede, so pretexto de autonomía, desentenderse de la realidad a la cual sirve. El Derecho Procesal, antes que *procesal*, es Derecho. Un todo normativo que aspira, como sistema, servir a la sociedad. El Derecho primero, el proceso después, sirve al ciudadano. No a la teoría.

En el **Gráfico 1**, un caso concreto que reconozca una solución normativa claramente establecida debe aplicar la norma sin más. El proceso que así *imparte justicia* tendrá una sentencia *lícita* (escenario A1). En sentido contrario, un proceso que se aparta de la aplicación directa de una norma claramente establecida culmina con el dictado de una sentencia *ilícita* (escenario B1). En casos claramente reglados, con normas claras, aplicarlas directamente no deja lugar alguno al *arbitrio*, pues no es requerido. Un escenario semejante (B1) alejado de la norma es, en consecuencia, *arbitrario*. Una sentencia arbitraria es siempre ilícita.

En los demás casos del **Gráfico 1**, no sujetos a una solución normativa clara, es donde se plantea el problema procesal importante. Un problema que, incluso, más que procesal, es *jurídico*, pues afecta al Derecho todo. Este tipo de situaciones, allende el grado de dificultad que pueda requerir la solución, conocido en doctrina como casos difíciles, *no puede dejar de resolverse*. El *deber de resolver* es la esencia del poder jurisdiccional del Estado. Es su *razón de ser*. Aunque el juez no vea clara la solución

normativa –*non liquet*– debe resolverla de una manera u otra. Esta disyuntiva se viene considerando a lo largo de la historia del Derecho, de su teoría general, de la filosofía aplicada a su estudio, así como con el estudio de prestigiosas opiniones de jurisconsultos, doctrinarios, jueces y jurisprudencia. Ella muestra que la solución se obtiene por medio de *otros saberes* aunque no sean esencialmente normativos. ALFREDO ROCCO, sin postular por algún tipo de Derecho Natural o racional, cree que, simplemente, las normas para la interpretación de las leyes *no son normas jurídicas*⁴. Aunque la norma no exista o su existencia sea de aplicación incierta, insuficiente, oscura o ambivalente, el juez recurre a otras normas, las aplica por analogía, recurre a principios, costumbres, precedentes, saberes (pericias), jurisprudencia, *integrando* el Derecho en busca de la solución. Me produjo, además, un profundo agrado escuchar la ponencia de don EFRAÍN QUEVEDO MENDOZA quien, al hablar de la prueba en el congreso, señaló que la proposición probatoria debe *adaptarse a la realidad*. Una evaluación del peso probatorio que requiere siempre un punto de partida, una *hipótesis*, que *necesariamente* –y aquí citó a técnicos en Lógica, MORRIS COHEN y ERNEST NAGEL– parte de un ejercicio de generalización o reglas de experiencia. Coincidimos, pues, en ello, que existen ingredientes no normativos en el proceso intelectual del juez –y de cualquier persona– en la toma de sus decisiones. Esto es así, pues, en definitiva, lo esencial es resolver. En casos difíciles, las idas y venidas intelectuales del juez bucean entre opciones. Juzgar, en última instancia, se reduce a un *acto de elección*; la precisión de un contenido. Ese campo de libertad dentro del que se desarrolla el pensamiento del juez es necesario pues, caso contrario, el proceso no se sentencia. Si no se resuelve es ineficiente, no sirve a su sociedad, rehúye a su razón de ser y es *ilícito*. El proceso que así *imparte justicia* tendrá una sentencia *lícita* (escenario A2), aunque la libertad del juez exista, pues estará haciendo *uso lícito de su arbitrio* en un ejercicio intelectual entre opciones jurídicas para poder sentenciar. En sentido contrario, un proceso que no se resuelve por inexistencia de la norma o por una renuncia puritana a la búsqueda de una solución en otros campos no normativos, implica una decisión *arbitraria* como la del MINISTRO TATTING en el *caso* de los EXPLORADORES DE CAVERNAS, quien prefirió apartarse de una decisión, en una sentencia *ilícita* (escenario B2).

Es, pues, una realidad primero y una necesidad después que, ante ciertos casos el *deber de sentenciar* del juez, aunque sufra dificultad de tamaña envergadura, se man-

⁴ Alfredo Rocco, *La interpretación de las leyes procesales* (Buenos Aires, Editorial Valleta Ediciones S.R.L., 2005), 17.

tenga. La solución no puede dejar de sentenciarse (ilícito). Lo que permite –a su vez– que el juez recurra a otras áreas no normativas para resolver el caso, por medio del convencimiento. Esta “libertad” es, insisto, necesaria y lícita. El *arbitrio judicial* es lícito. Y si bien reposa sobre cuestiones de fondo o de derecho objetivo, la labor del Derecho Procesal a fin de *garantizar* al máximo posible el uso legítimo de ese arbitrio, pasa por establecer márgenes de legalidad para que su exceso no se convierta en arbitrariedad.

Comprender estos casos también puedo intentarlo en esta sinopsis:

Gráfico 2:

Si el arbitrio judicial puede ser lícito en determinados casos, el **Gráfico 2** muestra que un caso concreto que reconozca una solución normativa claramente establecida debe aplicar la norma sin más. En ese tipo de casos, lo *lícito* es la norma (escenario A1) y el arbitrio deviene *ilícito* (escenario B1), pues su aplicación no es requerida. De aplicarse, será un fallo *arbitrario*; la contracara del arbitrio o del fallo *arbitrado*, parafraseando a NIETO. Pero en todos los demás casos, ante leyes ambivalentes que ofrezcan más de una solución, no exista ley alguna o existan varias, otorguen un margen legal, padezcan obscuridad o insuficiencia, el arbitrio judicial permanece *lícito* (escenarios A2, A3, A4, A5, A6) dado el deber de resolver. Por el contrario, el juez no puede no resolver, lo que es *ilícito* (escenarios B2, B3, B4, B5, B6).

ORTEGA Y GASSET enseña que cada quien es *él y su circunstancia*. ALVARADO VELLOSO coincide: uno es *hijo de la leche de su mamá o de la cachetada de su papá*. Ve en esto un peligro y pide un milagro. ¿Pero cómo lo obtendremos? La puridad y la perfección son propias de los dioses y de las vírgenes, no de los hombres. El hombre imperfecto no otorga milagros. Quizá los santos puedan lograrlo, pero son mínimos. Y con excepciones no se crean reglas generales. El juez es primero un hombre *imperfecto*, luego es juez. No puede pedírsele que deje de ser hombre. RAÚL CANELO RABANAL, de Perú, en el congreso, coincidió en esto. Aunque el procesalismo moderno discuta los márgenes de actuación judicial, las fronteras de la legalidad y lo arbitrario, sopesando los extremos de una libertad absoluta con un criterio legal impuesto, la ley no logra nunca, por imperfecta, reglar ciertos dominios del ser. Aspectos como la *convicción* no tienen sustento científico. Ella es propia de la Psicología sostuvo MARIANO IBAÑEZ, de San Juan. No sólo debido a la insuficiencia normativa, las lagunas, la ambigüedad, sino a la misma *textura abierta del lenguaje* que señalaba HART, al proceso de conceptuali-

zación de significados, de tipificación de hechos en tipos o categorías normativos; realidades que existen con [o debido a] nuestra propia imperfección. No es sólo el juicio de valor del juez imperfecto o su prejuicio el riesgo, sino el mismo camino –o proceso, ¡que paradoja!– de aprendizaje que el hombre acumula con su experiencia. Esta cantera infinita de vivencias que da consistencia a la argamasa de saberes con la que se construye la *sana crítica*. Podrá someterse, incluso, una sinopsis de este tipo a *criterios* de Justicia y obtendremos respuestas también bifrontes, pero entrar en los laberintos de la Justicia, además de que excede la temática del congreso y de este artículo, es materia de la Filosofía. Bastará decir que es *relativa*, por su alto contenido axiológico, constantemente sometido a escrutinio y crítica, de generación en generación. Una sentencia obtenida en base al *arbitrio lícito* puede ser *justa* (escenarios C2, C3, C4, C5, C6) e *injusta* (escenarios D2, D3, D4, D5, D6) a la vez, pues la discusión sobre el valor Justicia es interminable. Incluso, una sentencia con arbitrio ilícito puede ser *justa* (escenario C1) e *injusta* (escenario D1), toda vez que la legalidad no dé a la parte procesal el resultado esperado en su pretensión, presupuesto de todos los recursos de alzada. De ahí que la verdadera *garantía* del proceso a la hora de impartir justicia en sus sentencias reposa en su legalidad, pero no en una legalidad cerrada, granítica, meramente teórica. Ni siquiera una legalidad disfrazada en la lógica de un falso silogismo. Pues, en definitiva, ¿qué lógica justifica la elección de las premisas? ¿Qué lógica justifica la elección de la norma o Premisa Mayor? ¿La lógica funciona así en la realidad? Es necesaria una legalidad permeada por un *arbitrio judicial lícito* que no se separe de la realidad ni de la *persona* a la que sirve. Es necesario, como decía don EFRAÍN QUEVEDO MENDOZA, una sentencia que tenga el *título* de verdad, que *valga como verdad*, lograda con la *motivación* que responda a exigencias de racionalidad inferencial. Un proceso como medio de impartir justicia debe aspirar a eso. Al dictado de sentencias lícitas, en ciertos casos arbitradas, pero siempre lícitas, al servicio de la persona, con una motivación y un fundamento suficiente que permita, razonablemente, ser revisada. Es decir, que permita ser entendida por los demás para que la razonen de igual manera.

Creo yo que esta realidad es ineluctable. Es cada vez más compleja. El uso del fiel de la balanza como ejemplo de Justicia es una rémora de épocas más simples. Los jueces de hoy no sentencian hechos y derechos sopesando los siempre *vacíos* platillos de esa balanza. Hoy, esos platillos están llenos de complejísimas realidades sociales propias de una humanidad que avanza a pasos velocísimos. Ante una sociedad como la de hoy y la del porvenir, el Derecho no puede presentarse como una mera inclinación

bidireccional, para un lado o para el otro. El Derecho, como ciencia social de la cual el propio proceso se nutre, debe actuar más bien como un SOPORTE DE CARDANO, un mecanismo de contención de realidades complejas que se solucionan no siempre desde la pureza de las normas. En definitiva, lo que el proceso debe garantizar, es su viejo y humano principio; su *causa y razón de ser, la persona*. Desde ahí, sin pretender soluciones extremas de una arbitrariedad tiránica o de una legalidad exacerbada, debe centrarse en la medida de postulados reales, lícitos, motivados, razonados, aceptando su normatividad imperfecta; pero siempre *perfectible*. El arbitrio judicial, en definitiva, no debe prescindir de un marco de legalidad. Eso está claro. Pero este marco no debe, so pretexto de garantía, enclaustrar la labor de sentenciar de un juez en una urna hermética sin contenido social alguno. Nuestro trabajo como garantistas debe centrarse en trazar los márgenes legales reales de la discusión (proceso) para que el arbitrio de la sentencia (objeto del proceso) se mantenga y sea *lícito*, arbitrio sin el cual una sentencia no podrá ser *efectiva* para la solución de los problemas más humanos y cada vez más complejos que se plantean. Estos son los puentes que debemos construir.

Gráfico 1:

		A	B
		Lícito	Ilícito
1	Reglado	Norma	Ilegal
2	No reglado	Arbitrio	Arbitrario

Gráfico 2:

		A	B	C	D
Sentencia		Lícita	Ilícita	Justa	Injusta
1	Existe ley / 1 solución		Arbitrio	Arbitrio	Arbitrio
2	Existe ley / +1 solución	Arbitrio		Arbitrio	Arbitrio
3	No existe ley	Arbitrio		Arbitrio	Arbitrio
4	Margen legal	Arbitrio		Arbitrio	Arbitrio
5	Obscuridad	Arbitrio		Arbitrio	Arbitrio
6	Insuficiencia	Arbitrio		Arbitrio	Arbitrio