

DERECHO
RINCIPIOS GENERALES
DERECHO ROMANO

ESTUDIO SOBRE

Principios Generales y Derecho Romano

VOLUMEN 1

Cynthia Paola Acosta
Gabriela Marta
Alonsopérez
Mirta Beatriz Álvarez
María Elena Bazán
Daniel Bonjour
Emiliano J. Buis
Andrea Costa
Sebastián Cuenca
Susana Isabel Estrada
María Cristina Filippi
Yamila Fuentes Francis
Juan Carlos Ghirardi

Germán Giarocco
Norma Alicia Juárez
Favio Leonetti
Luis Aníbal Maggio
Gastón L. Medina
Elvira Méndez Chang
Laura Lilliana Micieli
Marilina Andrea Miceli
Patricia Silvina Mora
Noelia Morchio
Gabriela Victoria Morel
Grecia Sofía Munive
García

Alfonso Murillo Villar
Leticia Núñez
Soledad Andrea
Peralta
Norberto Darío Rinaldi
Julieta Salomé
Rodríguez
Luis Rodríguez Ennes
Mariana Verónica
Sconda
Giselle Trupia Verón
Francisco Valenzuela
Aránguiz
Adrián Gustavo Vedia

UFLO
UNIVERSIDAD

El deber de juzgar y el principio de razonabilidad como expresión del derecho a la tutela judicial efectiva. Antecedentes romanísticos

Por Patricia Silvina Mora⁶⁴²

I. Introducción

Ocuparse históricamente de un instituto jurídico implica remontarse en el pasado para registrar sus fuentes. Esta tarea no se impone como un método meramente especulativo o conceptual, sino que se presenta como necesaria para registrar su verdadera utilidad y sentido.

Cicerón en *Brutus*, XVIII, 71, recuerda que el origen de las distintas instituciones suele distar bastante de aquellos momentos en los que el grado de perfección se ha incrementado de modo considerable.

Aclarado esto, hay que conocer el lugar en que nacen y maduran las

⁶⁴² Profesora Adjunta de Derecho Romano (UBA-UAI). Profesora de Derecho Constitucional (UAI). Profesora en materias de Derecho Público en Posgrado de la Escuela de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Doctoranda en Derecho (USAL).

instituciones. Tal hogar predica sin dudas la existencia de un espíritu general, matriz y motor del todo jurídico. Ese espíritu significa, en definitiva, un orden superior de valores.

Tal como afirma Ihering, es el mismo interés que manifiesta el psicólogo por el primer vagido del alma en el niño, de modo de observar directamente el despertar.⁶⁴³

Así, el espíritu del derecho romano resulta primariamente importante, de modo de ver cómo el alma de ese derecho se adelanta y vive en el alma de nuestras instituciones procesales, siendo germen y sustento de lo que vendrá después.

Pasado y presente condicionan el futuro.

Palabras clave: razonabilidad; congruencia; derechos fundamentales

II. La importancia de la acción y el deber de juzgar en el derecho romano

Corresponde señalar a priori que hasta el período clásico la acción surge como supuesto de la existencia del derecho, y acaso la característica más notoria de la realidad jurídica sea la absoluta correspondencia entre acción y derecho, lo cual hace que el *ius* aparezca como una categoría esencialmente judicial. Se puede decir, con cierta propiedad, que la acción es la medida del derecho.

Gradualmente se fue dando la intervención del órgano estatal, limitando la defensa privada a través de un ritual caracterizado por el cumplimiento de determinada formalidad o del pronunciamiento de palabras solemnes, lo que ya no se desarrollaría como hoy conceptualizaríamos

⁶⁴³ VON IHERING, R. (1947). *El espíritu del Derecho Romano*. Buenos Aires: Revista De Occidente Argentina, p. 49.

extrajudicialmente, sino a través de una etapa denominada *in iure*, por estar dirigida por el magistrado que dice el derecho (*ius dicit*).

Se sostiene, para reforzar estos conceptos, que en realidad en la época primitiva el significado de *ius* no se identificaría en sí con el derecho, tal como lo conocemos, sino con el rito, adquiriendo estrictamente un contenido procesal. Por lo tanto *in iure* implicará estrictamente ante quien tenga la potestad de indicar los pasos procesales y las fórmulas rituales a seguir.⁶⁴⁴

Esta etapa *in iure* se integraría con otra etapa denominada *apud iudicem* y en la que intervenía un *iudex* privado elegido por las partes de una lista denominada *album*.

Si bien existen referencias respecto a que en sus orígenes habría asumido el proceso privado caracteres ordálicos, lo cierto es que la progresiva secularización del mismo llevará a distinguir en profundidad ambas fases e integrará a la *iurisprudencia* en la primera, la etapa *in iure*.

La lenta evolución del sistema de la venganza privada había culminado en un régimen de justicia reconocida y administrada por los magistrados, jugando un papel preponderante el pretor como magistrado que a través de su edicto anualmente ponía en conocimiento del *populus* las *actio* que reconocería.

Sostiene la doctrina al respecto que

el término *ius* designa para los romanos tanto el derecho en sentido objetivo, entendido éste como norma, cuanto el derecho en sentido subjetivo, esto es, como facultad o poder reconocido por el ordenamiento jurídico a un sujeto. Correlativamente al concepto de *ius* en sentido subjetivo estaba el de *actio*, esto es, del medio procesal mediante el cual el ordenamiento jurídico aseguraba a los individuos la tutela y la realización de los derechos subjetivos a ellos atribuidos.⁶⁴⁵

⁶⁴⁴ NICOSIA, G. (1986). *Il Processo Privato Romano. Le origini*, Torino: G.Giappichelli Editore, pp. 49-52; 73-76.

⁶⁴⁵ ORESTANO, R. (1944). *Derecho romano*. Epesa: Madrid, p. 21.

Esta realidad se verifica con mayor potencia durante el procedimiento formulario que presupone la mecánica vitalizante del edicto y éste, a su vez, involucra la relación jurisprudente-pretor, tanto en su génesis como en su operatividad. En el edicto, el derecho aparece expresado en categorías procesales, esto es, acciones y sus respectivas fórmulas para hacerlas valer.

La prioridad de la acción respecto del reconocimiento del derecho hace que lo atingente al proceso no se pueda considerar al modo moderno como derecho adjetivo, sino que las acciones constituyen la médula misma del derecho sustantivo. De ahí que, bajo la vigencia del sistema procesal *agere per formulas*, las acciones sean típicas, esto es, que cada relación jurídica disponía de una acción diversa, a la que correspondía también una fórmula distinta.

Numerosos artículos de doctrina destacan que los juristas romanos fueron fundamentalmente prácticos y no se preocuparon de realizar un estudio teórico del derecho subjetivo, el aspecto instrumental del derecho, y su practicidad transformaba al *ius* en un concepto para la persona y no así de la persona, hecho que no cuadra con la noción que hoy tenemos de derecho subjetivo.

D'Ors hizo notar la ambigüedad del término, “que tan pronto se nos muestra en un sentido objetivo, de ordenamiento, como en uno subjetivo, de facultad, sin que podamos afirmar sin embargo que los romanos separan netamente los dos aspectos”.⁶⁴⁶

La importancia del proceso y de la *sententiae* como fruto del mismo resultaba sustancial a la existencia misma del derecho.

Según Villey, negando la existencia de la categoría de derecho subjetivo, “el derecho romano clásico desconoce totalmente, en mi opinión, la idea de derecho subjetivo. Un ciudadano romano no gana su proceso

⁶⁴⁶ D'ORS, A. (1953). “Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de *ius*”. En *Studi in memoria di E. Albertario*. Vol. 2. Milano; Giuffrè, p. 280.

porque tiene derecho, él gana el proceso porque una fórmula determinada se adapta a su situación”.⁶⁴⁷

Es por ello que el término *directum* no fue propio de la tradición jurídica romana, correspondió más bien al lenguaje vulgar tardo-romano, como reflejo de que la conducta justa de una persona se emparentaba como algo recto.⁶⁴⁸

Aristóteles, en su tratado Pol. I 1253a, 1-18, sostiene que “lo propio del hombre en relación con otros animales es diferenciar el bien del mal, lo justo de lo injusto y otras cosas parecidas”.

Esa diferenciación, ante la presencia de un conflicto del *ius*, recae desde antiguo en manos de un tercero, que se considerará dotado de *auctoritas*, para diferenciar a los magistrados que se señalan dotados de *potestas*.

De este modo, el derecho con arreglo al cual el juez ha de resolver la contienda se elabora dentro del proceso, y el decisor lo toma de la fórmula que llega a sus manos.

A su turno, la obligación de dictar sentencia se encontró desde sus orígenes reconocida. El juez podía desconocer la ciencia del derecho, pero debía tener un saber prudencial *ad casum*, y hacerse de las *responsa* que requiriera para dar su *sententiae*.

Respecto a la obligación de juzgar, resulta ilustrativo también lo dispuesto en D. 50, 5, 13 Ulpiano: “1. Hay dos maneras de conceder exención de cargo público, una más plena, cuando se da también de

⁶⁴⁷ Los escritos de Villey sobre este tema, con un estudio de presentación de A. Guzmán, están recogidos –al margen de su publicación original– en *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo* (Ediciones Universitarias de Valparaíso, Chile, 1976), e incluyen, entre otros, los siguientes artículos: “Los orígenes de la noción de derecho subjetivo”; “*Suum cuique tribuens*”; “Las Instituciones de Gayo y la idea de derecho subjetivo”; “Acerca del sentido de la expresión *ius in re* en el Derecho romano clásico”; y “El *ius in re* del Derecho romano clásico al Derecho moderno”.

⁶⁴⁸ D’ORS, A. (1975). *Elementos de derecho privado romano*. Pamplona: Eunsa, p. 28

la milicia, y otra más restringida, cuando alguien ha recibido la nuda exención del cargo; 2. Mas el que no tiene excusa es obligado aún contra su voluntad a juzgar”.

De los conceptos hasta aquí vertidos podemos señalar que el proceso, y su aspecto fundamental, la existencia de la acción como genuina manifestación del *ius*, a partir de la interdicción de la justicia privada, constituye el camino idóneo a la realización de la justicia pacificadora social, por lo que la obligación de emitir sentencia y su fundamentación resultan ineludibles a dicho cometido.

Los estudios realizados por numerosos especialistas sostienen que desde los primeros momentos de la aplicación del derecho romano existían algunas acciones judiciales de determinada naturaleza que incorporaban la motivación.⁶⁴⁹

Como advierte Talamanca, ya en el procedimiento formulario rige este principio aunque no esté abiertamente formulado. Así, cuando las cuestiones eran complejas, el juez, que era lego, era socorrido por los *responsa prudentium* y por los *rescripta* del emperador que le perfeccionaban en estos aspectos. También lo confirma D. 49. 8. 1. 2, cuando señala que, si se juzga contra las sacras constituciones, es decir, contra derecho, se permite la apelación; o en C. 7. 64. 2, cuando se advierte que el juez debe decidir *secundum leges*, lo contrario se corrige con la emisión de una sentencia sin fuerza vinculante. Por todo lo anterior, la coherencia se refiere al contenido fáctico del proceso, sobre el que

⁶⁴⁹ Al respecto existe extensa obra que analiza la motivación de sentencias en el Derecho Romano, entre las que destaco el artículo de los profesores MURILLO VILLAR, A (1995). “La motivación de la sentencia en el proceso civil romano”. En *Cuadernos de Historia del Derecho*, Nº 2, Departamento de Historia del Derecho, Madrid, Facultad Derecho UCM, pp. 11-46; BIONDI, B. (1930). “Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano”. En *Studi in onore di P. Bonfante*. Vol. IV. Milán: Giuffrè, pp. 61 y ss.; CHIOVENDA, G. (1935). “Istituzioni di diritto processuale civile”. En *I concetti fondamentali. La dottrina delle azioni*. Vol. I, 2ª ed., Nápoles, p. 111; entre otros.

recaerá la prueba, y consecuencia de lo probado deberá resultar una decisión congruente.⁶⁵⁰

En D. 10. 3. 18, explica Javoleno que la potestad del juez no puede extenderse más allá de lo que se dedujo en el juicio. Y es un deber tal, que la falta de congruencia se penaliza, así por ejemplo cuando la *condemnatio* de la fórmula es *certa* y el juez decide más o menos de esa cantidad, *litem suam facere* (Gayo 4, 52). De idéntica manera en el caso de una *taxatio*.

Por tanto, no sentenciar conforme al tenor de la fórmula supone que el juez quede obligado a hacer suyo el proceso, y la consecuencia es cometer ese cuasidelito, que en opinión mayoritaria de la doctrina presume que el pronunciamiento es nulo, aunque Gayo en su obra no lo indique explícitamente.

Sostiene Kaser como única obligación para el juez que emana la sentencia es ajustarla en su contenido al programa procesal de la etapa *in iure*.⁶⁵¹

En este contexto del procedimiento formulario, Ulpiano, en D. 42. 1. 55, advierte que si un *iudex* condenó a más o menos, no puede alterar su sentencia. Esto puede interpretarse como que el juzgador puede dar sentencias válidas con contenidos diferentes a la fórmula *ultra petita* o *infra petita* y, sin embargo, ser inamovibles. De ahí que ese efecto de cosa juzgada que adquiere la sentencia deba ser contrarrestado de alguna forma, en este caso la prevista es el cuasidelito, que penaliza al juzgador.

Solo en el caso de tratarse de una *actio bonae fidei*, la *condemnatio* está encomendada al *bonum e aequum*, lo que permite al *iudex* apreciar más libremente el monto de la condena. La caracterización de los mismos ocurre por el agregado en la fórmula de la cláusula “*oportere ex fide bona*”.

⁶⁵⁰ TALAMANCA, M. (1990). *Instituzioni di Diritto romano*. Milano: Giuffrè, p. 354.

⁶⁵¹ KASER, M. (1982). *Derecho romano privado*. 2ª edición. Madrid: Reus, p. 378.

Como puede apreciarse se exige la congruencia, pero no así una fundamentación en la medida que el juez se encuentra atado al programa procesal. Scialoja, aún reconociendo que era una práctica habitual expresar los motivos de la sentencia, rechaza que la misma fuese requerida al juez, y sostiene que no es necesario que el juez dé cuenta de las razones que le impulsan a emitir su sentencia, pues la misma arrastra su ponderación, a la vez que actúa movido por la expresa confianza que las partes depositaron en él y por el programa procesal.⁶⁵²

En el proceso extraordinario, al no existir la fórmula y al asumir el *iudex* en una etapa única la *iurisdictio* y la *iudicatio*, esta coherencia consistirá en que haya armonía entre la pretensión y su contestación y lo concedido o denegado por el juez. Y así, el *iudex* no pueda fallar sobre algo distinto de lo que a ese asunto se refiere porque no resultará válido, como se desprende de C. 7. 48.

En la Constitución, C. 7. 44. 2 (a. 371), se sostiene que la *sententiae* no debe ser súbita y “debe guardar fidelidad con la demanda”, expresión que una vez más se refiere a la congruencia.

En el Código Teodosiano, tal vez acercándose más al deber de fundar, encontramos otro aspecto de la congruencia, el referido al deber de exhaustividad, es decir, a la obligación de responder todas y cada una de las cuestiones litigiosas planteadas (C. Th. 4. 17. 2).

Si bien algunos autores entienden que de ello se desprende un deber genérico de fundamentación, la identidad entre congruencia y razonabilidad en el derecho romano a los efectos de la fundamentación de la *sententiae* se irá ampliando a través de la *cognitio extraordinem*, debido a los justos alcances que deben atribuirse al principio de razonabilidad y su relación con la motivación.

De tal manera, sostiene Murillo Villar, “en el derecho romano, con el

⁶⁵² SCIALOJA, Y. (1936). *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti*. Collezione di scritti giuridici, XV, Milano-Roma: Anonima romana editoriale, p. 180

paso de unos sistemas procesales a otros, se va desarrollando una ampliación del contenido de la sentencia. Este contenido le otorga al juez, paulatinamente, un campo de maniobrabilidad más amplio en orden a su decisión final, de donde se infiere la necesidad tendiente a justificar, cada vez más, la solución que dé al litigio.”⁶⁵³

Calamandrei afirma que en el sistema procesal romano la motivación de sentencias no era obligatoria, de lo cual deduce que efectivamente se utilizó para ciertas cuestiones y por algunos jueces.⁶⁵⁴

No obstante, en general, la mayoría de la doctrina afinca la obligación de fundar y razonar las sentencias en el positivismo jurídico y, concretamente, al positivismo normativista.

III. La motivación y la razonabilidad. La importancia de su recepción en la resolución judicial como derecho fundamental

Establecido en el siglo XIX, el deber de motivación de las sentencias se ha impuesto en el derecho procesal actual. De tal manera que uno de los primeros problemas que se presentan es definir a qué llamamos motivación, siendo el signo más importante y típico de la racionalización de la función jurisdiccional.⁶⁵⁵

La congruencia tradicionalmente se une y se estudia junto a la motivación, y esto es así porque ambas se relacionan con la decisión última

⁶⁵³ MURILLO VILLAR, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁵⁴ CALAMANDREI, P. (1961). “La casación civil”, t. I. En *Historia y Legislaciones*, Nº 83, Vol. I, p. 80.

⁶⁵⁵ CALAMANDREI, P. (1954). *Processo e democrazia*. Padova: Cedam, p. 95. Asimismo, afirma que el requisito de la motivación cumple ante todo una función exhortativa o pedagógica.

del proceso, la congruencia con la decisión de acceder o no a la petición y la motivación con su porqué.

En la ciencia del derecho, la idea de razonabilidad aparece conectada con la necesidad de encontrar una razón suficiente que justifique la conducta estatal, y en este sentido sostiene Linares al analizar al debido proceso como garantía innominada en nuestra Constitución Nacional que “esa razón puede ser de esencia, cuando la conducta se funda en una norma jurídica; de existencia, cuando el fundamento es el mero hecho de que el comportamiento se da y de verdad, cuando tiene fundamento de justicia”.⁶⁵⁶

Pero en sentido estricto por razonabilidad solo se entiende una valoración de justicia, que es —a su criterio— el alcance con que se maneja el vocablo por nuestra Corte Suprema y que se asienta en dos principios fundamentales: el lógico de identidad y el de igualdad.

Y por tanto, son instrumentales a este principio el deber de congruencia y la garantía de interdicción de la discriminación. Dado que el núcleo de la razonabilidad se vincula a la justicia y a la circunstancia de que ésta ha sido concebida desde la filosofía clásica (Aristóteles y Santo Tomás) hasta en el moderno iusnaturalismo como una relación de igualdad, no es de extrañar que la jurisprudencia (particularmente la norteamericana y la de nuestra Corte Suprema hasta época reciente) haya asimilado ambas nociones (igualdad y razonabilidad). O mejor dicho, razonabilidad e interdicción de discriminación negativa.

Las pautas y contenido en la motivación de las decisiones jurídicas que han surgido a partir de la recepción de los derechos de rango fundamental como mandatos de optimización en la gestión estatal, que se recepan en el Código Civil y Comercial, en su art. 3º, en orden a la “razonabilidad”, sumadas a la mayor demanda política y social de legitimación hacia los jueces por parte de la ciudadanía e instituciones,

⁶⁵⁶ LINARES, J. (1970). *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*. 2ª ed. actualizada. Buenos Aires: Astrea, p. 108.

se presentan como evidentes frenos respecto de anomalías, carencias o defectos de todo pronunciamiento judicial.

Se considera que las decisiones judiciales cumplen diversas funciones, entre ellas, “tratar a un ser racional racionalmente, explicándoles por medio de razones por qué se ha llegado a una decisión que afecta negativamente sus intereses”.⁶⁵⁷

En los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial se expuso por parte de la Comisión reformadora, en relación a la citada norma (art. 3°), que el deber de resolver los casos mediante una “decisión razonablemente fundada” responde a la necesidad de “seguir un proceso argumentativo susceptible de control judicial” para no incurrir en la tacha de arbitrariedad de sentencias.⁶⁵⁸

Respecto al carácter de “fundada”, esta exigencia solo alude a una cuestión formal, a un requisito establecido en casi todos los ordenamientos procesales (así, por ejemplo, el art. 34, inc. 4, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Lo cierto es que se trata de un principio básico, con consecuencias significativas en orden a la democracia constitucional y el Estado de derecho.

Así, se distinguen dos funciones del deber de motivar las resoluciones judiciales: 1) facilita un adecuado ejercicio del derecho de defensa de quienes tienen la condición de partes en el proceso, a la vez que constituye un control riguroso de las instancias judiciales superiores cuando se emplean los recursos pertinentes, y 2) la de ser un factor de racionalidad en el desempeño de las funciones jurisdiccionales, pues garantiza que la solución brindada a la controversia sea consecuencia de una aplicación racional del ordenamiento, y no el fruto de la arbitrariedad o capricho en el ejercicio de la administración de justicia.

⁶⁵⁷ ALEX, R. (2007). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Lima: Palestra, p. 299.

⁶⁵⁸ LORENZETTI, R. (dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. T. I. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, p. 39.

En este sentido, lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, y significa obrar conforme a la razón; ser justo, moderado, prudente: todo aquello que puede ser resumido en arreglo a lo que dicte el sentido común, y no así desprovisto de todo apoyo legal y fundado tan solo en la voluntad de los jueces.⁶⁵⁹

Lo dicho no lleva a negar la existencia de cierto margen de apreciación, en base a las reglas de la sana crítica, y aún con un criterio de razonabilidad amplia, al sostener la adecuación a la realización de los derechos fundamentales, la proporcionalidad entre fines y medios y el análisis de alternativas de justicia que desplazan el rigor de la congruencia, por la vía de la interpretación en los denominados procesos estructurales al juzgar políticas públicas. Algunos autores sostienen que en los procesos colectivos la idea de motivación viene a estar calificada pues es allí en dónde se produce la mayor flexibilización del principio de congruencia.

⁶⁵⁹ El *leading case* de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia fue el famoso caso “Rey, Celestino M. c. Rocha, Alfredo y otro,” sent. del 2- XII-1909 (Fallos, 112: 384) y su consolidación se dio en “Storani de Boidanich” (Fallos, 184: 137, sent. del 26-VI-1939). Cfr. CARRIÓ, G. y CARRIÓ, A. (1983). *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot. Como observan estos autores, esa doctrina fue expuesta como un *obiter dicta* de un recurso que no prosperó; después de muchos años el *dictum* de “Rey vs. Rocha” pasó a ser *holding* (Fallos 131: 387; 150: 84; 174: 252; 178: 355; 181: 418). Más allá de ello, en ese precedente la Corte sostuvo que el requisito constitucional de que nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de una sentencia fundada en ley (art. 17), da lugar a recurso ante el Tribunal en los casos extraordinarios de sentencias arbitrarias, desprovistas de todo apoyo legal y fundadas tan solo en la voluntad de los jueces, y no cuando haya simplemente interpretación errónea de las leyes a juicio de los litigantes (pp. 27-28 y 34-40). 513 LINARES QUINTANA, S. (1987). *Reglas para la interpretación constitucional según la doctrina y la jurisprudencia*, Buenos Aires: Plus Ultra, p. 122, § 13; CAYUSO, S. (2013). “El principio de razonabilidad” En MANILI, P. (dir.). *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos Precedentes. Derecho Constitucional*, Buenos Aires: La Ley. T. I, pp. 1036-1037.

Al respecto, la Corte Suprema de la Nación ha resuelto que omitir desarrollar una argumentación que posibilite su refutación jurídica descalifica la decisión como acto judicial, ya que tal práctica impide desentrañar el proceso lógico empleado en ella.⁶⁶⁰

En ese plano, Cassagne sostiene que se han propuesto distintos requisitos, los cuales coexisten y se interrelacionan sin que hayan tenido recepción en el derecho positivo, permaneciendo muchos de ellos en el subconsciente de las argumentaciones de los jueces. Así, han aparecido desde una descripción simplificada de tipos de justificación racional (conmutativa o lingüística, jurídica formal o sistemática, pragmática y ética) hasta otra más completa, formulada por Vigo, sobre la racionalidad (orgánica, procedimental, sistémica, lógica-lingüística, teleológica, científica, sociológica, axiológica, fáctica, intencional). Dichas variables deben pasar por el filtro de “un juicio prudencial o persuasivo o de un juicio ponderativo” pues a la hora de tener que zanjar cualquier conflicto interpretativo o aplicativo del derecho se impone la técnica de la ponderación, que conduce a valorar el peso de los argumentos.⁶⁶¹

El concepto de “arbitrariedad”, tal como se define, en una de sus acepciones, en el *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico* de la RAE, corresponde al “acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o capricho”.

Es por ello que la discrecionalidad en la apreciación judicial y las herramientas de interpretación no pueden nunca llevar a la arbitrariedad al modo de la “ley del encaje”, cuyo significado figura en antiguos diccionarios franceses, que la definen como “la resolución que el juez toma por lo que a él se le ha encajado en la cabeza”. Así nos lo recuerda Cervantes en su *Quijote* a través de las recomendaciones que se le

⁶⁶⁰ CSJN, Fallos 324:1365, “Nicolai, Jorge Alberto y Díaz, Juan Eduardo s/ encubrimiento” (sent. 24-IV-2001), en *La Ley*, diario del 14- XI-2001, Nº 103.048 (suplemento).

⁶⁶¹ CASSAGNE, J. “El principio de razonabilidad y la interdicción de arbitrariedad” En *La Ley*, Año LXXXIV, Nº 180, Buenos Aires, publicado el 25 de septiembre del 2020.

dan a Sancho respecto a su deber de juzgar como gobernador: “Nunca te guíes por la ley del encaje, que suele tener mucha cabida con los ignorantes que presumen de agudos. Hallen en ti más compasión las lágrimas del pobre, pero no más justicia, que las informaciones del rico. Procura descubrir la verdad por entre las promesas y dádivas del rico, como por entre los sollozos e importunidades del pobre”.⁶⁶²

Estas ideas y el concepto de autoridad como expresión de voluntarismo aislado de la ley resultan repugnantes a un Estado de derecho.

De ahí que la “razonabilidad” es un principio constitucional⁶⁶³ y su tutela tiende a hacer efectiva y eficaz el derecho del debido proceso sustantivo. Constituye un principio y como tal se caracteriza como un mandato de optimización, cuyo objetivo es garantizar que el contenido de las normas, de los actos y la aplicación de las mismas guarden una adecuada coherencia con el texto, principio y valores de la norma base y la realidad de los hechos.

La mayoría de las cartas constitucionales de los Estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos carecen de previsiones expresas en materia de motivación de sentencias. Sin embargo, en todas ellas es posible encontrar reglas a partir de las cuales puede construirse el deber de motivación. Dicho deber sin dudas arraiga en normas vinculadas al debido proceso, la razonabilidad y la forma de gobierno republicana y democrática, sin perjuicio del principio de legalidad y de reserva.

⁶⁶² En España, la referencia más antigua –que sepamos– se remonta al Quijote de Cervantes. Al respecto, en la edición que conmemoró el IV Centenario de Don Quijote de la Mancha de la Real Academia Española (Madrid, 2004) se alude dos veces a la expresión “ley del encaje” (Primera Parte, cap. XI, y Segunda Parte, cap. XLII) como equivalente a la sentencia arbitraria (p. 98, nota 17) o al hecho de juzgar con arbitrariedad (p. 869, nota 29). A su vez, en el *Diccionario de la Lengua Española*, la ley del encaje se describe como una forma coloquial apareciendo referida al “dictamen o juicio que discrecionalmente forma el juez, sin atender a lo que las leyes disponen”

⁶⁶³ CAYUSO, *op. cit.*, p. 1038.

Corresponde destacar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos sí la contempla cuando se trata de las decisiones de la propia CIDH. Así, el artículo 66, inciso 1, prevé que “el fallo de la Corte será motivado”. En nuestro país tiene rango constitucional a partir de la reforma de 1994, con su recepción en el artículo 75, inciso 22.

La exigencia de adoptar una decisión razonablemente fundada constituye, al mismo tiempo, un deber para el juez, un derecho para las partes y una garantía del y para el sistema republicano y democrático de gobierno, y en el plano de la tipología de derechos se erige como de rango fundamental.

Es por ello que puede sostenerse que el juez hoy no recita la ley sino que dialoga con las fuentes y la realidad de los hechos.⁶⁶⁴

III. Conclusiones

Si se sostiene que la fundamentación razonada hace a la realización de derechos en un diálogo de fuentes, el ideal de fundamentación, desde la congruencia que tiene neto rango romanístico hacia una motivación razonada, no hace más que reafirmar que en aquellos derechos de notable trascendencia y en donde el ciudadano puede alcanzar el ideal de participación, tal como en Roma, resulta el proceso el ámbito propio para su correcta definición en cuanto a sus alcances.

Hoy se habla de derecho alternativo o de activismo judicial. El derecho alternativo en sentido estricto, también denominado derecho insurgente, refleja el fenómeno del pluralismo jurídico.

⁶⁶⁴ Cayuso marca que “el control de razonabilidad en clave constitucional descarta la posibilidad de establecer una regla a priori, siempre se requiere su análisis en el caso concreto, lo que permite comprobar el grado de intensidad del control de acuerdo con el conflicto a resolver y a los principios involucrados” (CAYUSO, *op. cit.*, p. 1065).

En esos términos, el derecho ya no puede verse como una realidad dada, como el mero producto de una autoridad, sino como una práctica social que incorpora una pretensión de corrección o de justificación, en pos de la realización del valor justicia que revitaliza el rol del proceso en el marco de la realización de los derechos fundamentales.