

PROEMIO A LA SEGUNDA EDICIÓN

Liz Evangelina Gómez ilumina estas páginas. Se fue un 31/03/2025. Ella es la luz que guía y me acompaña en mi camino y a la memoria de Liz dedico esta nueva edición del Derecho a la Motivación de las Sentencias.

En esta segunda edición renovamos el enfoque en el juez, las sentencias y la función judicial.

Comencemos por decir que, ya no basta que, la decisión judicial sea razonada, motivada, explicada, sino que *la decisión final que se obtenga debe ser justa*.

Ello, por cuanto entendemos que hay un “derecho innominado a obtener decisiones justas”, que surge de la soberanía del pueblo y es un mandato exigible al juez dentro de un sistema democrático.

El juez no es un sujeto político y tampoco un órgano de representación, pues le compete el desempeño de una función de garantía en última instancia de la efectividad de los derechos fundamentales y, en general, de la observancia de la legalidad; de lo que se sigue, como colorario, la exclusiva sujeción a la Constitución y a la ley.

Ferrajoli expresa: “Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social. Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la *esfera de lo indecible que* y de lo *indecible que no*; y actúan como factores no sólo de legitima-

ción sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones”¹.

La legitimidad del juez no es formal sino materialmente democrática, en cuanto su función está preordenada y es esencial para la garantía de los derechos fundamentales, que constituyen la “dimensión sustancial de la democracia”, y debe ajustarse estrictamente a la legalidad constitucionalmente entendida, siendo, así, esta su vía de conexión con la soberanía popular.

Ibañez expresa que: “*la democracia en el ámbito de la jurisdicción quiere decir ausencia de jerarquía como criterio de articulación política incompatible con la independencia, máxima difusión territorial del poder de juzgar, y cultura de la independencia como exclusiva sujeción a la ley*”².

El juez está sujeto a un *sistema normativo*, que debe aplicar, y a través de ella debe derivar el dictado de decisiones justas.

Para ello, debe cumplir con el deber constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales.

Como expresa Atienza, se entiende a la argumentación (la actividad argumentativa) como un procedimiento de resolución de problemas. Lo que da sentido a hablar de argumentación es el planteamiento de un problema que requiere una solución, en favor de la cual deben aportarse razones³.

La Constitución no se contenta con cualquier sentencia, ésta debe ser fundada y especialmente justa. Para que la sentencia a su vez merezca este nombre desde ya, que deberá tener un alto grado de adhesión por parte del auditorio jurídico universal; cuando ello no sea logrado, no podría ser juzgada como razonable.

El punto de partida del neoconstitucionalismo: la jurisdicción es una garantía secundaria, cuya función fundamental con-

¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Edit. Trotta, Madrid, 1999, p. 24.

² PERFECTO, Andrés Ibañez, “Democracia con jueces”, en *La función judicial. Ética y democracia*, Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (compiladores), Edit. Gedisa, Barcelona, España, 2003, p. 253.

³ ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, edit. Trotta, Madrid, España, 2013, p. 643.

siste en asegurar la justiciabilidad de las violaciones de los derechos; muy especialmente de los derechos de segunda generación, o también conocidos como *derechos sociales*, cuya función tiene por fin revertir las desigualdades y cuya efectividad brilla por su ausencia, generalmente, a nivel normativo (reglamentario), como lo hemos puesto de resalto en otra oportunidad⁴, sujeto, la mayoría de ellos, a los recursos disponibles.

Ferrajoli expresa que decir que un determinado derecho es fundamental quiere decir que “todos” son igualmente titulares del mismo. De donde se derivan dos consecuencias: una relativa a las dimensiones de la igualdad jurídica, la otra a la distinción entre diferencias, desigualdades y discriminaciones⁵. Las *diferencias* –sean naturales o culturales- no son otra cosa que los rasgos específicos que diferencian y al mismo tiempo individualizan a las personas y que, en cuanto tales, son tutelados por los derechos fundamentales. Las *desigualdades* –sean económicas o sociales- son en cambio las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, así como de sus posiciones de poder y sujeción. Las primeras concurren, en su conjunto, a formar las diversas y concretas *identidades* de cada persona; las segundas, a formar las diversas *esferas jurídicas*. Unas son tuteladas y valorizadas, frente a discriminaciones o privilegios, por el principio de *igualdad formal* en los derechos fundamentales *de libertad*; las otras son, si no removidas, al menos reducidas o compensadas por aquellos niveles mínimos de *igualdad sustancial* que están asegurados por la satisfacción de los derechos fundamentales *sociales*. En ambos casos la igualdad está conectada a los derechos fundamentales: a los de libertad en cuanto derechos al igual respeto de todas las “diferencias”; a los sociales en cuanto derechos a la reducción de las “desigualdades”. De otra parte, la igualdad, al ser un privilegio normativo, puede resultar inefectiva, como todas las normas, en diversos grados; tanto en su dimensión formal como en sus mínimos sus-

⁴ Cfr. GÓMEZ, Claudio Daniel, *Constitución de la Nación Argentina comentada, concordada, anotada*, Mediterránea, Córdoba, 2007, ps. 65/67.

⁵ FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., p. 81.

tanciales, a causa de las múltiples discriminaciones con las que de hecho puede ser violada mediante lesiones fácticas de los derechos fundamentales⁶.

Ciertamente, este fenómeno existe y representa una de las lagunas más graves de los sistemas jurídicos actuales. Alchurrón y Bulygin señalan: “*el mero hecho de que no haya una norma que obligue al demandado no justifica el rechazo de la demanda*”⁷. Si el reclamo es justo, el juez deberá dictar una sentencia justa, conforme al aforismo *iura novit curia*, acudiendo a la analogía, a los principios generales del derecho, a los valores fundamentales, al sistema de derecho en su plenitud, a las sanas costumbres, etc. No puede desligarse de su función de juzgar, pese a la ausencia de norma específica. No hay ninguna razón para dar preferencia a la posición del demandado y, rechazar la demanda por ausencia de normas.

En la sociedad actual, en donde es normal el disenso y los desacuerdos y la pluralidad de ideas y las creencias, los jueces deben dar respuestas razonables a dichos conflictos, a los fines de dar solución a las mentadas disputas de derechos enfrentados.

Rawls explica que la cultura pública de un régimen constitucional, se basa en “*el hecho del pluralismo razonable y el hecho de que esta diversidad solo puede ser doblegada mediante el uso opresivo del poder del Estado*”; agregando que “*pueden elaborarse razonablemente diferentes concepciones del mundo, a partir de diversos puntos de vista; la diversidad surge en parte de nuestras distintas perspectivas*”, las que deben ser zanjadas en el marco de “*una idea democrática de la tolerancia*”⁸.

En este marco la *argumentación jurídica* requiere y obtiene una especial consideración debido a las características que tiene el derecho continental en la actualidad, particularmente, las de

⁶ FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, ps. 82/83.

⁷ ALCHURRÓN, Carlos Eduardo y Bulygin, Eugenio, *Sistemas normativos Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, segunda edición, Astrea, Bs. As., 2012, p. 226.

⁸ RAWLS, John, *Liberalismo político*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 72 y ss.

un derecho que se va produciendo cada día más desde una casuística judicial orientada según principios⁹.

Es cierto como destaca Atienza que, el Derecho no es únicamente argumentación, pero la dimensión argumentativa del Derecho es particularmente relevante en el contexto del Estado constitucional; permite conectar de una manera “natural” la teoría con la práctica: permite volver operativas para los juristas muchas de las construcciones doctrinales elaboradas en el marco de la teoría del Derecho¹⁰.

Además, la argumentación actúa como un puente legítimamente de cara a la sociedad, en casos en donde rige la *ponderación* judicial, frente a un Derecho actual plagado de “principios” y de conceptos indeterminados, en donde el juez debe acudir a principios, valores y mandas constitucionales, para que su decisión no quede solamente como una actividad subjetiva y particularista del decisor.

Esta segunda edición sobre el derecho a la motivación de las sentencias no es solo una actualización de lo que ha ocurrido en diez años desde su aparición, sino que se trata de dar herramientas al abogado y al juez que debe resolver las causas que se le presentan y, por sobre todo, hacer un proceso más humano, en donde los derechos se vuelvan efectivos y las sentencias sean justas.

Hemos incorporados nuevos capítulos, como el deber de fundamentación de las sentencias; las decisiones judiciales en lenguaje claro; las sentencias con perspectiva de género a fin de dar cumplimiento con pactos internacionales con jerarquía constitucional; como así, también, hemos completado y actualizados capítulos existentes en la primera edición, por ejemplo en lo que atañe a la valoración judicial de la prueba, tema en constante evolución, que actualmente recibe el impacto de la tecnología, siempre teniendo presente lo que en aquella edición dijimos: que *el derecho es una ciencia de la praxis*.

⁹ CHAUMET, Mario E., *Argumentación. Claves aplicables en un derecho complejo*, Astrea, Bs. As., 2017, ps. 229/230.

¹⁰ ATIENZA, Manuel, *Filosofía del Derecho y Transformación Social*, Edit. Trotta, Madrid, España, 2017, p. 69.

La tarea de realizar la presentación de esta segunda edición, me hizo recordar unas palabras que me dijera el Dr. Pedro J. Frías, en una oportunidad en la UNC. Me dijo te invito a pensar el derecho y la globalización y, creo, que la fundamentación de las sentencias es una buena oportunidad para ello, como lo decimos cuando analizamos al *precedente*, por cuanto los sistemas de derechos, sean romanistas o sajones, se han acercado y en muchos casos se complementan, por lo que al juez se le exige cada vez más, el conocimiento global del derecho.

Nuevamente a los lectores me encomiendo, en cuanto a la utilidad de la obra. A ellos agradezco la recepción de la misma.