

N

REVISTA JURÍDICA DEL PERÚ

NÚMERO 146 • ABRIL 2013

COMITÉ CONSULTIVO INTERNACIONAL

Luis Moisset de Espanés (Argentina)
Ricardo Lorenzetti (Argentina)
Alessandro Somma (Italia)
+ Francesco Bilotta (Italia)
+ Franco Cipriani (Italia)
Giralamo Monteleone (Italia)
Juan Montero Aroca (España)
Carmen Moreno de Toro (España)
Roberto Dromi (Argentina)
Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina)

COMITÉ CONSULTIVO NACIONAL

Carlos Fernández Sessaregò
Fernando Vidal Ramírez
Domingo García Belaunde
Juan Espinoza Espinoza
Samuel Abad Yupanqui
Victor García Joma
+ Jorge Santistevan de Noriega
Jorge Toyama Miyagusuku
Juan Carlos Morán Urbino
Oswaldo Hundskopf Exebio
Carlos Ramos Núñez
Eugenio Ariano Deho
Juan Monroy Gálvez
Edgar Carpio Marcos
Luis Castillo Córdova
Eloy Espinosa-Saldana Barrera
Mario Castillo Freyre
Yuri Vega Mere
Anibal Torres Vásquez
Luis Lamas Puccio
Alfredo Bullard González
Carlos Cárdenas Quirós
Wilfredo Sanguinetti Raymond
Enrique Varsi Rospigliosi
Felipe Osterling Parodi
Ricardo Beaumont Collirgos
Jorge Avendaño Valdez
Fernando de Trazegnies Granda

Normas Legales



Especial

PROCEDENCIA DE LAS TACHAS CONTRA ESCRITURAS PÚBLICAS

Diseño actual de la procedencia del amparo arbitral

Deducción de gastos vinculados al uso de los vehículos asignados a la dirección, representación o administración de las empresas

La jornada laboral máxima y los supuestos que regulan su exoneración:
¿Los trabajadores de vigilancia pueden estar exonerados?

Determinación judicial de las medidas socioeducativas:
Principios aplicables

El homicidio piadoso como un problema de legitimación constitucional
del Derecho Penal

El reenvío como técnica de solución de conflictos de leyes

Riesgos y consecuencias del incumplimiento contractual.
Un estudio a partir del análisis económico del Derecho

La determinación de la competencia en la segunda demanda de divorcio.
Entre los hechos y el derecho

El uso inadecuado de la nulidad procesal

ENTREVISTA AL DR. MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ

Presentación

Argumentación jurídica y ética: pilares del sistema de justicia

Francisco
Távora Córdova*

La Academia de la Magistratura desarrolló conjuntamente con el Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, el Programa de Acreditación de Docentes "Enseñanza del Derecho y Argumentación Jurídica", dirigido a jueces, fiscales y docentes universitarios, profesionales integrantes de nuestra plana docente. Expusieron los catedráticos y profesores de la Universidad de Alicante doctores Manuel Atienza Rodríguez, Juan Ruiz Manero, Daniel González Lagier, Juan Antonio Pérez Lledó, Josep Aguiló Regla, Isabel Lifante Vidal, Ángeles Ródenas Calatayud, y Hugo Ortiz Pilares.

Este curso de alta especialización tuvo lugar entre los meses de noviembre del 2011 y

marzo del 2012. El último módulo estuvo a cargo del doctor Manuel Atienza, quien accedió a brindarle una entrevista a una de las juezas participantes, Emilia Bustamante Oyague. En esta oportunidad se publica el texto íntegro de dicha entrevista, con el fin de difundirla a la comunidad judicial y jurídica, por los aspectos desarrollados por el doctor Atienza¹.

Encontramos como una idea transversal en la entrevista, la vinculación estrecha entre la argumentación jurídica y la ética en el quehacer judicial, pues la resolución de los casos judiciales exige el manejo de la argumentación jurídica en concordancia a ciertos principios y deberes éticos, como la independencia, imparcialidad, motivación, etc.

* Juez Supremo de la Corte Suprema de Justicia de la República, Exjefe de la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA), Expresidente de la Corte Suprema de Justicia de la República (2007-2008). Actualmente presidente de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia y presidente del Consejo Directivo de la Academia de la Magistratura.

¹ Cabe indicar que, un extracto de esta entrevista con el título "Argumentación Jurídica y su relación con la ética. En el ejercicio del Derecho. Entrevista a Manuel Atienza." En: *Suplemento Jurídica* N° 407, Suplemento de análisis legal de *El Peruano*, Lima, martes 15 de mayo de 2012, pp. 2-3.

Respecto a la independencia de los jueces, el maestro Atienza incide en la noción funcional, entendida como una garantía de la independencia de los ciudadanos. Así, la actividad que realice un juez tiene límites: las pautas del propio derecho, ello a su vez, constituye una garantía de la previsibilidad de los pronunciamientos judiciales. Aquí se encuentra el reto de los jueces de no actuar arbitrariamente, pero sí ser activo pero sin buscar soluciones jurídicas en contravención al ordenamiento jurídico. Esta previsibilidad de las decisiones judiciales, genera efectos positivos en el ciudadano, conocida también como predictibilidad.

Luego, se refiere a la corrupción, calificándola como el enemigo número uno de un sistema de justicia. Es interesante la acotación que hace sobre las medidas a tomar contra la corrupción, en el sentido que dichas medidas no deben afectar, en modo alguno, la independencia judicial. Califica la labor del juez como una profesión de riesgo, y que como tal resulta más proclive a padecer de corrupción. Y acota que, a nivel internacional, se considera que la corrupción es uno de los principales problemas que ataca a los sistemas judiciales de Latinoamérica, por ello se requiere la toma de acción necesaria para contrarrestarla.

Como condiciones necesarias para poder tener jueces íntegros, estima que se debe establecer una remuneración adecuada y, garantizar la inamovilidad de los jueces. En cuanto a lo primero, el maestro Atienza destaca que se justifica que los jueces sean los mejor remunerados, máxime cuando los jueces cumplen un rol vital en el sistema jurídico y social. De otra parte, entiende que afecta la inamovilidad de los jueces el proceso de ratificación que desarrolla el Consejo Nacional de la Magistratura, evaluación que califica como un atentado contra la independencia judicial, y si bien considera que podría ser razonable que la

ratificación se realice en un periodo de prueba una vez producido el acceso a la función judicial; no está de acuerdo con que la ratificación se lleve a cabo durante todo el ejercicio profesional de los jueces.

Como se recordará, el año 1992 –fecha en que se produjo la ruptura del orden constitucional– una enorme cantidad de magistrados, de todos los grados judiciales, fueron retirados de sus cargos, lo cual generó altos niveles de provisionalidad y suplencia, que afectaron la institucionalidad del Poder Judicial².

Acerca de la motivación jurídica, el maestro Atienza refiere que este es un procedimiento fundamental para controlar el poder de los jueces, y asimismo, es importante para que pueda funcionar adecuadamente un sistema de recursos. Refiere que:

“Motivar bien quiere decir motivar de manera comprensible, de manera que los otros jueces, la comunidad jurídica, etc., puedan ejercer un control racional. Pero esto no ocurre en el caso de sentencias desmesuradamente largas y abstrusas, que nadie puede leer ni entender y que, en consecuencia, son un obstáculo formidable para ese control”.

Sobre los alcances de la motivación, señala el doctor Atienza que, a veces se cree que el juez debe contestar a todo lo que le hayan planteado las partes a lo largo del proceso. Pero puede darse el caso, que las cuestiones propuestas por las partes o sus abogados estén fuera de lugar, que no sean pertinentes y que, por tanto, no haya por qué contestarlas. Cita al Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, aprobado en la Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en República Dominicana el año 2006, que señala que el juez debe contestar a todos los puntos, a todos los argumentos, siempre que estos sean

2 TAVARA CÓRDOVA, Francisco. “El rol del Poder Judicial en su lucha contra la corrupción: externa e interna”. En: *Revista Oficial del Poder Judicial*. Corte Suprema de Justicia de la República. Lima, 01/01/2007. p. 41.

relevantes, y que debe hacerse de la manera más concisa posible.

Respecto a la motivación aparente, también denominada como hipócrita, expresa el maestro Atienza que esta se presenta cuando los jueces no son sinceros a la hora de motivar, al no expresar los motivos reales que sustentan la resolución judicial, se destaca el deber de sinceridad a la hora de motivar las decisiones judiciales. Aunque sí justifica un caso, en los que se utilice este tipo de motivación cuando por la deliberación de los jueces de un órgano colegiado se llegue a una decisión por consenso, y que el ponente deba elaborar la resolución teniendo en cuenta la motivación del colegiado.

En cuanto al rol de los órganos de control funcional de los jueces y la exigencia de la motivación, estima el maestro Atienza que cuando una resolución judicial carezca de motivación deviene en razonable que se considere como un comportamiento ilícito y que, en consecuencia, esta conducta pueda merecer una

sanción. Puntualizando que discrepa de la idea que el órgano de control disciplinario entre a examinar la corrección o no de la motivación de los jueces, pues en ese caso estaría sustituyendo a un órgano jurisdiccional de revisión o de apelación. Estima Atienza que, cuando el órgano de control funcional entra a verificar la adecuación de la motivación, entonces se afecta la independencia judicial.

Como se apreciará, esta entrevista aborda la función judicial, partiendo de la argumentación jurídica que debemos desarrollar los jueces, la cual debe realizarse en el marco de los principios y deberes éticos del quehacer judicial como la independencia, imparcialidad, integridad, sinceridad, entre otros, buscando siempre garantizar la independencia de los ciudadanos o justiciables, así como la previsibilidad de las decisiones judiciales. Todo en un marco legal y constitucional que garantice una remuneración adecuada así como la inamovilidad de los jueces.

Lima, noviembre del 2012.



Entrevista al Dr. Manuel Atienza Rodríguez

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y SU RELACIÓN CON LA ÉTICA EN EL EJERCICIO DEL DERECHO POR LOS JUECES, FISCALES Y ABOGADOS*

Por: Emilia Bustamante Oyague**

El destacado jurista y filósofo Dr. Manuel Atienza Rodríguez, catedrático de la Universidad de Alicante en España, estuvo en Lima como expositor en el Primer Programa

de Acreditación de Docentes "Enseñanza del Derecho y Argumentación Jurídica", curso de especialización dirigido a jueces, fiscales y docentes universitarios, organizado por la

* Entrevista realizada al Dr. Manuel Atienza Rodríguez, en Lima, el 1 de abril del 2012. Un extracto de esta entrevista fue publicada en el *Suplemento Jurídica* N° 407, Diario Oficial *El Peruano*, 15 de mayo del 2012, pp. 2 y 3.

** Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima. Abogada por la PUCP. Posgrado en Argumentación Jurídica en la Universidad de Alicante y Profesora de la Academia de la Magistratura.

Academia de la Magistratura con el respaldo del Área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. En esta oportunidad el maestro Manuel Atienza nos brindó una interesante entrevista en la que se abordan cuestiones vinculadas a la argumentación jurídica y su vínculo con las cuestiones jurídicas por parte de los jueces, fiscales y abogados; asimismo, se tratan, entre otros temas, la independencia judicial, la inamovilidad y la remuneración de los magistrados.

Maestro Atienza, somos testigos de la labor académica que viene desarrollando desde hace varios años en el Departamento de Filosofía del Derecho en la Universidad española de Alicante. ¿Cómo define usted la filosofía del Derecho?

Bueno, la filosofía del Derecho es una disciplina que tiene como pretensión dar una visión general de lo que es el Derecho, y contribuir —yo siempre he visto la filosofía del Derecho desde un punto de vista pragmático— a facilitar la labor de los diversos operadores jurídicos.

¿Cómo se relaciona la ética con la filosofía de Derecho?

Tradicionalmente, la ética ha sido una parte de la filosofía, y por lo tanto también una parte de la filosofía del Derecho. Normalmente se habla de tres partes o tres conjuntos de problemas iusfilosóficos: la Teoría General del Derecho, o la Ontología, que sería el estudio de los conceptos más generales, más básicos, del derecho; otra sería la teoría de la ciencia jurídica, que trata de explicar en qué consiste la dogmática jurídica, y las otras disciplinas jurídicas, si son o no una ciencia, cuáles son sus métodos, etc.; y la tercera, que vendría a ser la ética jurídica, la Axiología jurídica, la Deontología jurídica, como se le quiere llamar: su núcleo fundamental es el concepto de justicia. Como sabemos, hay muchas teorías de la justicia y, en ese sentido, la filosofía del Derecho tiene que ser pluralista, tiene que dar cuenta de las grandes concepciones que ha habido sobre la justicia: si se quiere, empezando por las iusnaturalistas y terminando por las

teorías constructivistas contemporáneas. Pero debe hacerlo teniendo en cuenta lo que es la ética en general, la filosofía general, y también la problemática concreta del Derecho; o sea, hay un aspecto, las cuestiones de fundamentación última que, como es lógico, son comunes a cualquier problema ético, pero luego, el Derecho siempre tiene peculiaridades muy notables; una de ellas, por ejemplo, es la ética judicial: si uno lee un Código de Ética Judicial, probablemente se encontrará con que todas las normas que aparecen en el Código tienen que ser coherentes con lo que serían los grandes principios de la ética, pero luego hay también modulaciones de las mismas que son muy específicamente jurídicas por no decir judiciales (por ejemplo, lo que hace a la independencia judicial).

Maestro, en este sentido, ¿se puede diferenciar una ética de los abogados de una ética para un juez o un fiscal?

Sí. Por un lado, hay naturalmente una serie de principios y valores que son comunes. Para expresar esta idea se puede decir que la ética es última y es única. Es última, en el sentido de que las decisiones, las opiniones, éticas son como las de un tribunal de última instancia; en el mundo de la práctica no tendría sentido decir que una decisión ética tendría que ser sometida a escrutinio jurídico: por eso precisamente, una decisión tomada por una comisión de ética judicial no podría ser revisada por un tribunal jurídico; podría ser criticada, claro, pero con razones morales. Y también es única, en el sentido de que los principios de la moral son los mismos para todos los campos de actividad; yo diría que fundamentalmente son los tres grandes principios enunciados por Kant: el principio de universalidad, que es la idea de igualdad; el principio de dignidad de la persona humana; y el principio de autonomía. Luego, lo que hay son modulaciones distintas de los mismos, según cuál sea el campo de aplicación. Y esas distintas modulaciones se producen también dentro del campo del Derecho: por ejemplo, el principio de

oráneas. Pero lo que es la al, y también recho; o sea, fundamenta- son comunes luego, el De- es muy nota- s la ética ju- tica Judicial, que todas las go tienen que los grandes hay también son muy es- cir judiciales dependencia

, ¿se pue- e los abo- un juez o

una serie de nunes. Para que la éti- el senti- ones, éticas ima instan- tendría que por eso pre- or una co- er revisada r criticada, también es ipios de la os campos entalmen- nunciados lidad, que de digni- ncipio de odulacio- uál sea el as modu- del cam- ncipio de

imparcialidad es central en el caso de la ética judicial pero, como es obvio, no puede serlo en relación con el abogado; la conducta del abogado no puede regirse por el principio de imparcialidad; él es naturalmente, parcial, aunque su parcialidad tenga ciertos límites que no puede transgredir. El juez y el fiscal están algo más próximos entre sí (de lo que ocurre con los jueces y los abogados), dado que ellos representan intereses públicos; pero también habría que decir que el principio de independencia no opera de la misma manera, no tiene la misma connotación, la misma intensidad, en el caso del juez y en el del fiscal. Así que hay elementos comunes pero también hay elementos diferenciadores.

¿En qué se diferencia un acto ético de uno no ético?

Bueno, esa es, en cierto modo, la cuestión central a la que trata de contestar la ética. Los actos éticos serían los conformes con los principios y las reglas morales, y los no éticos, los disconformes. Ahora bien, la diferencia no estriba sencillamente en que haya o no reproche social, un reproche por parte de la comunidad judicial, jurídica, etc.; el reproche sería más bien una consecuencia de que el acto sea ilícito. Los actos conformes a la ética serían aquellos que promueven los principios de la ética que, en el caso de la ética judicial, serían fundamentalmente los de independencia, imparcialidad y motivación adecuada de las decisiones; y la ilicitud viene dada por infringir alguno o varios de esos tres principios: de un acto de un juez que sea dependiente de poderes políticos o de los poderes de los medios de comunicación, que no haya sido suficientemente imparcial, en el sentido de que haya tratado mejor a una parte que a otra, o que no haya estado motivado debidamente, diríamos que es ilícito desde el punto de vista moral.

Con relación al abogado que ante la situación legal de su cliente sabe que no tiene forma alguna de conseguir un resultado favorable, pero —sabiéndolo— decide asumir la

defensa, ¿esta conducta del abogado está reñida con la ética?

Asumir la defensa, probablemente no, en el sentido de que la persona necesitará alguna defensa: es un derecho fundamental. Estará reñida esa conducta con la ética, en la medida en que el abogado, por ejemplo, no haya dado toda la información de la que dispone (sus conocimientos jurídicos) al cliente. Ahora bien, la cosa cambia si, aun informándole debidamente y mostrándole que efectivamente no hay probabilidades de éxito o que la probabilidad es muy pequeña, el cliente decide seguir adelante. En todo caso, la falta ética sería fundamentalmente por no haber informado debidamente al cliente, creo yo.

En cuanto al ámbito de los jueces y fiscales tenemos, por un lado, el tema de la independencia de los jueces y, por otro, el tema del activismo judicial. En ese sentido, ¿puede el ejercicio del activismo judicial desbordar la independencia de los jueces?

Esa es una cuestión realmente complicada: la de la relación entre el activismo y la independencia judicial. Quizás haya también una cuestión de palabras, porque me parece que en Europa o en España utilizamos la palabra "activismo" siempre en un sentido peyorativo, es decir, un juez activista es un juez que actúa como no debería actuar, alguien que va más allá de lo que el Derecho le permite hacer. Pero creo que en algunos países latinoamericanos, y Perú podría ser uno de ellos, muchas veces se habla de activismo judicial en términos positivos: un juez activista representa un modelo de lo que debe ser un juez. Pienso que quizá estaría bien hacer una distinción entre "activista" y "activo": un juez, en mi opinión, debe ser activo, pero no debe ser activista, en el sentido de que debe actuar dentro de los límites —que por otro lado son bastante amplios— que el Derecho le señala. Pero insisto en que es posible que yo esté usando la expresión "activista" en un sentido de que a lo mejor no es coincidente con cómo se usa la misma en ciertos medios jurídicos o judiciales en Latinoamérica.

Para aclararlo más. Yo entiendo como juez activista no exactamente el que va "más allá" del Derecho; en algunos casos al menos, el juez puede —tiene que— ir más allá del Derecho porque él debe contribuir a desarrollar el Derecho. Activista es el juez que va en contra del Derecho, es decir, que no acepta los límites que el Derecho le traza. Entendida así la expresión, sí que creo que ese tipo de comportamiento —activista— es ilícito desde el punto de vista de la ética judicial. Aunque quizás sería discutible si lo es desde cualquier punto de vista.

Ahora, ¿cómo se relaciona esto con el tema de independencia judicial? En España, a propósito del caso del juez Garzón y el delito de prevaricación, algunos juristas, y algunos comentaristas de ese caso que no eran juristas, han sostenido que realmente nunca habría que poner ninguna cortapisa a la interpretación que del Derecho hicieran los jueces. El argumento es que, si se pone un límite, sobre todo si se pone un límite penal, entonces ello querría decir que se está coartando la independencia de los jueces. Bueno, yo creo que esto no es así, porque hay que entender bien lo que quiere decir independencia de los jueces. La independencia de los jueces no significa ponerlos en condiciones para que ellos puedan desarrollar un plan de vida, o sea, no es la autonomía individual; la independencia tiene aquí un carácter funcional, y en el fondo se dirige a asegurar la independencia de los ciudadanos. De manera que, aunque pueda parecer paradójico, la independencia de los jueces significa que los jueces deben utilizar las pautas del propio Derecho para emitir sus resoluciones, porque solo de esa manera sus resoluciones pueden ser previsibles para los ciudadanos, y eso asegura la autonomía de estos últimos; es decir, los individuos pueden trazar sus planes de vida, sin el temor de encontrarse

“ (...) la independencia de los jueces significa que los jueces deben utilizar las pautas del propio Derecho para emitir sus resoluciones, porque solo de esa manera sus resoluciones pueden ser previsibles para los ciudadanos, y eso asegura la autonomía de estos últimos; es decir, los individuos pueden trazar sus planes de vida, sin el temor de encontrarse con un juez que arbitrariamente modifique su estatus jurídico. ”

con un juez que arbitrariamente modifique su estatus jurídico. En consecuencia, yo creo que la crítica al activismo judicial es compatible con la independencia judicial. El hecho de que los jueces no deban ser activistas en el sentido de que antes daba a la expresión no significa ningún atentado contra la independencia judicial. Insisto en que no activismo no quiere decir pasividad; significa que la actividad que puede desplegar un juez tiene ciertos límites, por amplios que estos sean.

Maestro, en alguna ocasión se ha planteado la exigencia de que los

jueces al emitir sus sentencias deban indicar qué propuestas o acciones debe realizar la Administración —la parte demandada, el Estado— para superar las situaciones vinculadas al caso judicial. ¿Corresponde a los jueces esta labor?

En principio no. Y si esto ocurre, se diría que se está incurriendo en activismo. No obstante lo cual, podría haber algunos supuestos excepcionales —pero siempre tendría que ser algo muy excepcional— en los que podría ser aceptable ese tipo de comportamiento. Una de las ventajas, porque facilita que pueda hablarse de la "única respuesta correcta", que tienen los jueces cuando han de resolver un problema social es que, cuando el mismo ingresa en el ámbito judicial, se simplifica y se convierte en una cuestión bivalente; lo único que tiene que determinar, por ejemplo, es si tal persona es inocente o culpable, si declara propietario de un bien a este o al otro, etc. Pues bien, el juez y el sistema judicial están equipados para resolver únicamente problemas de ese tipo. El juez no tiene recursos, como tienen los órganos de la Administración, por ejemplo, para indicar cuáles son los tipos de acciones que deben desarrollarse para garantizar un Derecho, etc. Ahora bien, junto a esto, yo creo que también

hay que decir lo siguiente: Cuando se habla de activismo judicial, uno tiene que ser sensible a la existencia de diversos sistemas jurídicos y diversos condicionamientos sociales. Quizás en Europa (o en algunos países europeos) esté completamente justificado que los jueces hayan de limitarse a lo primero. Pero es posible que en algunos países latinoamericanos y en algunos supuestos, ocurra que la única posibilidad de satisfacer mínimamente un derecho social sea la vía judicial y que no exista ningún otro mecanismo de tipo institucional. En esos casos, podría estar justificado que el juez tome otro tipo de medidas, aunque siempre de manera muy excepcional; porque el juez tiene que darse cuenta de que, en la medida que se sale de ese tipo de decisiones bivalentes o más simples, asume muchos riesgos.

La opinión pública es muy sensible ante los casos mediáticos que son destacados por los medios de comunicación, ¿cuál debe ser la actitud que deben asumir los jueces y fiscales?

Yo creo que la actitud tendría que ser la de no convertirse en jueces estrella; no sé si aquí se utiliza esa expresión, que es usual en España. El juez debe ser modesto, debe autorrestringirse como dice el Código Modelo de Ética Judicial, en uno de sus artículos: no debe buscar un reconocimiento social superior al que, diríamos, es lógico y forma parte de la profesión. Y no debe hacerlo, porque eso realmente tiene muy malas consecuencias para el sistema judicial. Uno de los principios del Código Modelo de Ética Judicial, precisamente, es que el juez no debe ser visto simplemente como un individuo, sino como un órgano que forma parte de la institución y que tiene que buscar el bien de la institución; es obvio que muchas veces estas dos cosas, el bien del individuo y el de la institución, están reñidas. Ahora, por otro lado, el juez que se encuentra con que tiene que resolver un asunto de gran trascendencia no puede rehuir tampoco a la opinión pública; tendrá que informar de lo que hace y que efectuar todas las aclaraciones que sean pertinentes.

De modo que el juez debe mantener un equilibrio entre modestia, sobriedad, no pretender reconocimientos, pero al mismo tiempo ha de tener valentía, tiene que informar de su labor, etc.; aquí —en el logro de ese equilibrio— está la dificultad de la tarea judicial.

En cuanto a la argumentación jurídica, ¿qué pautas argumentativas debemos tener en cuenta los abogados, los jueces, fiscales y cualquier profesional del Derecho?

En principio, argumentar bien, en los casos de todos estos operadores jurídicos, quiere decir más o menos lo mismo: ser claro, construir de manera comprensible los argumentos, tener capacidad para persuadir, no cometer errores lógicos, etc. Pero luego es verdad que según quien argumente —sea el abogado o el juez— hay algunas diferencias importantes que hacer. En el caso del abogado, los elementos retóricos tienen un papel de gran relieve, mientras que esto no es —o no debería ser— así en el caso de los jueces. Por lo que se refiere a cuestiones más de fondo, el abogado usa el Derecho de manera estratégica; él se encuentra con un cliente que tiene ciertas finalidades y tiene que ver la manera de lograr el máximo beneficio para el cliente utilizando el Derecho; o sea, el derecho para él es un medio, un instrumento. El juez está en una situación distinta: no puede ver el Derecho en términos instrumentales, sino que para él el Derecho tiene que ser —diríamos— un fin en sí mismo; es una consecuencia del rol institucional que ocupa. Y esas diferencias se advierten también en términos de argumentación. Por ejemplo, diríamos que un escrito de un abogado que trata de construir argumentos para tratar de que el juez se considere competente para conocer tal asunto es perfectamente legítimo, aunque la competencia del juez en relación con ese asunto sea dudosa o mucho más que dudosa. Pero el juez no puede actuar ya de esa manera: no puede construir su argumentación tratando simplemente de ver de qué manera puede superar los obstáculos que la ley le presenta para ocuparse de esa cuestión.

Cuando un juez resuelve un caso en concreto, ¿debe tener en cuenta las implicancias que tendrá su decisión en el marco social, político y/o económico?

La respuesta tajante es que sí, debe tenerlo en cuenta pero, sin embargo, hay veces en que el juez tiene que estar dispuesto a asumir una decisión, aunque sepa que esas consecuencias pueden ser cuestionables. Quiero decir, hay veces que el juez debe proteger el derecho de un individuo, aunque ello pueda tener malas consecuencias para otros o para muchos. Quizás pudiera decirse que el juez tiene que tener en cuenta las consecuencias, sobre todo, negativamente. O sea, no puede orientar (o muchas veces no puede) su decisión positivamente según las consecuencias que esta va a tener. Pero ha de evitar, en la medida de lo posible, las malas consecuencias. Esa es una de las diferencias entre la argumentación de los jueces y la de los legisladores o los abogados. Para los legisladores, lo fundamental es obtener tal consecuencia, tal objetivo. En el caso de los jueces, esto no es así; si existen dos posibles decisiones (que caben en la norma aplicable), entonces tendrá que evitar la que tenga malas o peores consecuencias, pero hay ocasiones en las que el juez se verá obligado a tomar una determinada decisión, aun sabiendo de que esta va a acarrear consecuencias muy negativas para una o un conjunto de personas.

La corrupción en la función pública se asocia al problema de la corrupción judicial. ¿Cómo es el panorama de la corrupción judicial en Iberoamérica? ¿Cómo aprecia esta realidad?

El problema más grave que se le plantea a un sistema judicial es el de la corrupción. Por otro lado, la corrupción es una cuestión que se mide por grados: si el grado de corrupción es alto, entonces ni siquiera cabe hablar de que existan los valores que son consustanciales a un sistema judicial y a un sistema

jurídico. Ni habrá seguridad (sobre cómo se va a resolver un caso), ni justicia, ni igualdad. O sea, la corrupción es el enemigo número uno de un sistema de justicia y, por eso, tomarse la ética judicial en serio, como es obvio, significa estar dispuesto a combatirla. Dentro de la corrupción social, la corrupción judicial tiene también algunas peculiaridades. Ello se debe a que hay ciertos rasgos típicos de la figura del juez que, diríamos, son proclives a que se den casos de corrupción en este terreno o a que sea particularmente difícil combatirla. Por ejemplo, el hecho de que el juez ejerce una competencia en exclusividad, de manera que, normalmente, no se puede escapar del sistema judicial; no funciona aquí un sistema de libre competencia. O también, la independencia del juez, de la que antes habíamos hablado; si se toman ciertas medidas para combatir la corrupción, hay que tener cuidado de que estas no afecten también a la independencia judicial, porque entonces estaríamos destruyendo un elemento fundamental. No quiere decir que no se puedan tomar medidas, sino que hay que ser cauto a la hora de hacerlo. O, dicho de otra manera, la profesión de juez es una de riesgo: más proclive que otras a padecer la corrupción. Pero ello no quiere decir que no hayan mecanismos que podrían y que deberían utilizarse para combatir el fenómeno. Y me parece que la corrupción es uno de los principales problemas, si no el principal, en muchos sistemas judiciales de Latinoamérica. Aunque, naturalmente, no todos los países están en la misma situación o tienen el mismo grado de corrupción. Pero, en fin, ese ha de ser el principal motivo de preocupación.

Relacionado con el tema de la independencia judicial, tenemos algunas falencias en cuanto a la consagración de la independencia judicial, como la vulneración al principio de inamovilidad de los jueces, la alta provisionalidad de magistrados, así como la falta de sinceramiento y

cumplimiento de una remuneración acorde a la función del magistrado. ¿Cuál es su parecer al respecto?

Bueno, yo creo que la inamovilidad del juez y una remuneración adecuada son cuestiones fundamentales para poder tener jueces íntegros. Pero habría que matizar las cosas. Por lo que se refiere a la remuneración, esta es una cuestión de justicia, complicada y difícil. Por supuesto, los jueces no tienen un derecho a ser ricos, como no lo tiene nadie, ninguna profesión. El sistema de retribuciones en todas nuestras sociedades es básicamente injusto. Y más injusto todavía, en relación con lo que pasa en Europa, en Latinoamérica, donde las diferencias en cuanto al ingreso son abismales. Yo creo que se puede justificar, digamos, que una persona gane dos o tres veces más que otra (por el nivel de preparación exigido, el esfuerzo, etc.), pero con lo que nos encontramos aquí es con diferencias de cien a uno o todavía mayores. Y esto es, claro, profundamente injusto; algo que ninguna teoría de la justicia podría justificar.

Ahora bien, por otro lado, está claro que si los jueces no tienen una retribución que en términos relativos sea alta (la de los profesionales jurídicos de alta cualificación), los riesgos de

corrupción aumentan y, en ese sentido, diríamos que habría como una razón utilitarista a favor de una remuneración relativamente alta. Por lo demás, eso resulta también consistente con el hecho de que los jueces desempeñan en el sistema jurídico, y social, un papel del máximo relieve. Resumiendo: habría que revisar el sistema general de remuneraciones, pero parece lógico pensar que, en relación con el resto de los profesionales del Derecho, los jueces tendrían que estar entre los mejor remunerados.

Respecto a la cuestión de la provisionalidad de los jueces, creo que es todavía más importante, en cuanto resulta menos discutible. Yo creo que sería muy conveniente que se revisase la regla que existe en el Perú, según la cual cada siete años se revisa la situación de todos los jueces y que, por tanto, alguien pueda ser apartado de la función sin haber cometido ni siquiera alguna falta disciplinaria (o algún delito), sino simplemente porque un órgano considera negativamente el rendimiento de tal juez. Francamente, creo que es un claro atentado contra la independencia judicial y que sería muy deseable que se modificase la regla. Es razonable que, supongamos, el juez comience su carrera con un periodo de prueba, por ejemplo, los siete primeros



Dra. Azucena Solari, Fiscal Superior Civil del Distrito Judicial de Lima, el entrevistado Dr. Manuel Atienza Rodríguez, Dr. Francisco Távara Córdova, Presidente de la Academia de la Magistratura, y Dra. Emilia Bustamante Oyague, Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima.

años de ejercicio profesional, y que solo se llegue a juez definitivo después de ese periodo. Esto me parece que es comprensible y positivo. Pero no lo es que durante toda tu vida profesional estés bajo la espada de Damocles de que un órgano pueda considerar que tu desempeño no es suficiente y, en consecuencia, se te remueva de la profesión: no que no obtengas un ascenso en la carrera, sino que dejes de ser juez, y no como consecuencia de alguna sanción o medida disciplinaria. Insisto, yo creo que es algo que va contra la independencia judicial. Alguien podría pensar que, por el contrario, esa regla es una muestra de que aquí, en el Perú, se es más exigente con los jueces que en otros países. Pero no me parece que sea un buen argumento: esa regla no existe en ninguno de los países en los que, se supone, prevalece un buen funcionamiento del sistema judicial. La verdad es que, a la hora de pensar en lo que tendría que ser un buen sistema judicial, no hace falta ser muy imaginativo; es más prudente seguir los modelos ya experimentados en los sistemas que mejor funcionan: donde existen jueces más íntegros, con mejor formación, etc.

En las últimas dos décadas, en el Perú se ha venido desarrollando el interés por el estudio de la argumentación jurídica. Tenemos una norma constitucional que establece la obligación de motivar las decisiones y dictámenes fiscales, y particularmente los órganos superiores del Poder Judicial, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional y el Consejo Nacional de la Magistratura evalúan la motivación de las resoluciones y dictámenes fiscales. ¿Se debe exigir a los jueces y fiscales que se pronuncien sobre todos y cada uno de los temas invocados por las partes? ¿No incurrimos acaso en un riesgo de pasar a un extremo de exigencia de motivación jurídica?

Esa mayor exigencia de argumentación que se da en el Perú puede encontrarse también en muchos otros países; por ejemplo, en España.

Cabría decir que es una consecuencia del desarrollo del Estado Constitucional. Se trata de un fenómeno positivo, porque la motivación es un procedimiento fundamental para controlar el poder de los jueces. Existen otros mecanismos, como el control en el ingreso y en la promoción a puestos de juez, pero seguramente la exigencia de motivación sea el más importante de todos esos mecanismos: permite, como decía, controlar el poder del juez, pero también que pueda funcionar adecuadamente un sistema de recursos.

Ahora bien, en relación con lo que planteaba al final de la pregunta, se puede entender mal la motivación, la exigencia de motivación. Puede pensarse, por ejemplo, que cuanto más largas sean las motivaciones, tanto más profundas y adecuadas serán también. Pero esto no es así. Motivar bien quiere decir motivar de manera comprensible, de manera que los otros jueces, la comunidad jurídica, etc., puedan ejercer un control racional. Pero esto no ocurre en el caso de sentencias desmesuradamente largas y abstrusas, que nadie puede leer ni entender y que, en consecuencia, son un obstáculo formidable para ese control. Lo que motiva ese estilo judicial es, muchas veces, la falta de seguridad del juez, que se debe a su insuficiente preparación, y hace que crea que tiene que contestar absolutamente a todo lo que hayan planteado las partes a lo largo del proceso. Pero las partes, los abogados, a veces pueden plantear cuestiones que están fuera de lugar, que no son pertinentes y a las que, por tanto, no hay por qué contestar. El Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, en uno de sus artículos, señala que el juez debe contestar a todos los puntos, a todos los argumentos, que resulten relevantes, y que debe hacerlo de la manera más concisa posible. Naturalmente, hay sentencias que pueden ser muy breves y otras que necesitarán una extensión mucho mayor. Pero, hablando en general, tomarse la motivación en serio significaría, normalmente, dar lugar a sentencias mucho más cortas de lo que es habitual.

secuencia del de-
cional. Se trata de
de la motivación
ental para contro-
isten otros meca-
el ingreso y en la
pero seguramen-
n sea el más im-
nismos: permite,
er del juez, pero
adecuadamente

lo que plantea-
puede entender
de motivación.
que cuanto más
tanto más pro-
bién. Pero esto
ecir motivar de
ra que los otros
, etc., puedan
o esto no ocu-
nesuradamen-
puede leer ni
son un obstá-
Lo que moti-
veces, la falta
e a su insufi-
rea que tiene
do lo que ha-
del proceso.
eces pueden
ra de lugar,
ue, por tan-
digo Mode-
l, en uno de
ebe contes-
argumentos,
hacerlo de
aturalmen-
nuy breves
ión mucho
tomarse la
malmente,
ortas de lo

En relación con el tema de la motivación aparente, o también denominada motivación hipócrita, ¿mediante qué mecanismos se puede controlar y evitar incurrir en este tipo de motivación?

Esta es una cuestión realmente complicada y que hay que explicar un poco. Lo de "motivación hipócrita" quiere decir que, a veces, los jueces no son sinceros a la hora de motivar, o sea que lo que uno lee en la sentencia, las razones a favor de la decisión, no son los motivos reales que llevaron al juez a tomar esa decisión. El buen juez es el que no es hipócrita, pero ese deber de sinceridad hay que entenderlo de manera razonable.

Por ejemplo, en un órgano colegiado, en el que hay un magistrado que es el ponente y que escribe el parecer de la mayoría, a veces ocurre que, aun coincidiendo en la decisión, no todos los miembros piensan exactamente igual, no dan exactamente el mismo peso a cada una de las razones, etc. A veces puede estar justificado escribir un voto concurrente, pero otras veces no. Pues bien, el ponente, quien escribe la motivación del conjunto, no podría hacerlo si no es prescindiendo de algunos elementos que pueden haber surgido en la deliberación, pero con los que no todos concuerdan. Así es que, en casos como ese (que no son infrecuentes), cabría decir que hay algo de hipocresía, pero que ello no supone un defecto.

En materia de argumentación jurídica se ha focalizado en la justificación de las decisiones judiciales o dictámenes fiscales; sin embargo, no podemos estar ajenos a los móviles o a las causas subyacentes, esto nos lleva a la distinción entre el contexto de descubrimiento y de justificación. ¿Es útil mantener estas diferencias de estos contextos en el ámbito actual de la argumentación jurídica?

En efecto, una cosa son los móviles, las causas; y, otra son las razones que puede dar un juez para justificar la decisión. Es la misma

distinción anterior. Es una diferencia que conceptualmente es fácil de trazar. Motivar una decisión no es mostrar las causas cuyo efecto sería la decisión; motivar significa justificar, dar razones. Pero esta distinción, que en el plano conceptual no plantea mayores problemas, en el plano de la realidad no es del todo así. Los jueces tienen que motivar, tienen que justificar, pero normalmente no podrán hacerlo bien si sus móviles no son los adecuados. En nuestros sistemas jurídicos hay instituciones que tienen este sentido, el de procurar que los móviles y las razones coincidan: de ahí que se pueda recusar a un magistrado cuando hay motivos para pensar que puede actuar de manera parcial.

Vinculado al tema de la motivación, nuestros órganos de control judicial y fiscal analizan las motivaciones de las resoluciones judiciales para verificar si existen inconductas funcionales. Estando a que nuestra ley de carrera judicial ha establecido como falta grave que la resolución carezca de motivación, ¿cuál es su opinión al respecto?

Pues yo diría que es razonable que se considere como una falta que una resolución carezca de motivación. Aunque habría también que precisar qué se entiende por carecer de motivación: a veces se habla de motivación implícita, lo que tiene pleno sentido; en todo caso, es importante tener en cuenta que una motivación puede ser muy breve pero ser suficiente; depende del contexto. Pero si realmente carece de motivación (absolutamente de motivación), es razonable que se considere como un comportamiento ilícito y, en consecuencia, que pueda merecer una sanción.

Lo que no me parece nada conveniente es que el órgano de control disciplinario entre a examinar la corrección o no de la motivación de los jueces: no si existe o no motivación, sino si esta se considera adecuada; me parece que eso supone un atentado contra la

independencia. El control de calidad de la motivación se ve a través de los recursos. Podría también ser una cuestión a tratar en una comisión de ética judicial, pero me parece que debería quedar fuera de los órganos de control disciplinario.

Por cierto, y por lo que hace al control de la motivación por parte de otros jueces: una cosa es motivar mal, en el sentido de defender un criterio jurídico que no es el criterio que el órgano superior considera como el correcto (por ejemplo, a la hora de interpretar una norma), o sea equivocarse en derecho; y otra cosa es equivocarse tan gravemente (motivar tan mal) que los jueces superiores entiendan que el criterio que están revisando del inferior resulta absolutamente indefendible (por ejemplo, que no hay ningún posible método jurídico que permita suscribir una cierta interpretación de una norma). Cuando se está en esta segunda situación se cometería delito de prevaricación, puesto que el juez no estaría ya aplicando el derecho establecido, sino prescindiendo del mismo, actuando arbitrariamente. Esto es lo que recientemente el Tribunal Supremo español entendió que sucedía en uno de los casos por los que se procesó al juez Garzón; sin entrar en si el Tribunal Supremo tenía o no razón, lo que dijo fue que la decisión que había tomado Garzón (en un caso de corrupción, el caso Gürtel) no es solo que fuera incorrecta, sino que resultaba completamente indefendible en el contexto del Derecho español. Y para dejar clara mi postura a propósito de este caso tan polémico: yo creo que Garzón actuó mal (en este caso y —me parece que aún con mayor razón— en el caso de la memoria histórica), pero no me parece que haya estado justificada su condena por prevaricación.

¿Cuál es la impresión que guarda del desarrollo del Programa de Acreditación de Docentes "Enseñanza del Derecho y Argumentación Jurídica" organizado por la Academia de la Magistratura, y que tras cuatro meses concluyó recientemente?

La experiencia por mi parte ha sido realmente muy grata. Yo tuve la suerte de ser el último de los expositores, de manera que me encontré con una audiencia que ya sabía mucho sobre el tema, sobre la argumentación jurídica. Por eso, pude limitarme a hacer exposiciones breves, lo que me permitió dedicar la mayor parte del tiempo a la discusión de problemas. Y, en ese sentido, creo que hemos discutido algunos de los problemas más importantes de la argumentación jurídica, de la profesión judicial y fiscal o de la ética judicial; son problemas que, en buena medida, coinciden con los que plantean las preguntas que me ha hecho en esta entrevista.

En resumen: para mí ha sido una experiencia muy positiva. No es la primera vez que vengo a Perú; yo creo que la primera fue en el año 1996 o 1997. Mi impresión de la marcha del país, y de los cambios que se han producido en la judicatura, es muy positiva. Por supuesto, siguen habiendo muchos problemas, pero yo creo que las cosas han cambiado mucho, y para bien, en estos últimos 15 años.

En esta última visita al Perú, las Universidades Nacional de Trujillo, Nacional Mayor de San Marcos y San Agustín de Arequipa le han conferido la distinción de Doctor Honoris Causa, ¿qué impresión guarda de estos reconocimientos?

Pues me siento abrumado. Sería casi ridículo que dijera que no los merezco. Y espero que no resulte un oxímoron que añada que me siento profundamente agradecido.