

Psicología y decisión judicial*

Maximiliano Calderón** y Marina Riba***

Resumen: ¿Es posible para los jueces prescindir de la ideología y los criterios morales para resolver? ¿Es deseable hacerlo? A partir de estas preguntas, surge una de mayor generalidad: ¿Es la filosofía del derecho y la teoría del razonamiento judicial quienes deben responder? O, en la medida que estas inquietudes conciernen al campo del pensamiento humano, disciplinas como la psicología, ¿tienen algo que aportar? No es nuestro propósito fijar una postura definitiva, ni adscribir a una corriente particular, sino demostrar cómo el análisis se enriquece si lo atravesamos con otros enfoques disciplinarios, estrechamente vinculados al pensamiento en general y al razonamiento de la judicatura en particular.

Palabras clave: Pensamiento Humano, Razonamiento Judicial, Teoría de la Decisión, Ideologías, Criterios Morales, Condicionamientos extra-normativos, Psicología, Mecanismos de Negación, Comportamientos Estratégicos, Resolución Humanizada.

Abstract: ¿It is possible for judges leave out ideology and moral criteria when they sentence? ¿It is desirable? Starting this questions, appears one of major generality ¿Do the philosophy of law and the theory of judicial reasoning respond this questions? ¿Or instead the psicology must do it? Our proposal not is to give and definitive answer to the question, not to hold a particular perspective, but to demonstrate how the analysis enrich with others disciplinary approaches, closely linked to thinking in general and to judicial reasoning in particular.

Keywords: Human thinking, Judicial Reasoning, Decision Theory, Ideology, Moral Criteria, Foreign-normative conditioning, Extra normative conditioning, Psychology, Denial mechanisms, Strategy behavior, Humanized resolution.

*Fecha de recepción: 18/11/2021. Fecha aprobación 05/12/2021

**Filiación institucional: Universidad Católica de Córdoba (profesor titular de Derecho Privado IV, Derecho Privado VIII, Derecho del consumidor y Derecho público provincial y municipal) y Universidad Austral (profesor asociado de Contratos 1 y Contratos 2). calderon@marquezcalderon.com. Orcid 0000-0002-2781-4202

***Filiación institucional: Universidad Católica de Córdoba (profesor titular de Filosofía del Derecho Catedra C) marinariba.77@gmail.com. ORCID 0000-0001-9087-9116

1.- Aproximaciones al problema

Existe una idea extensamente difundida, según la que el juez debe prescindir, al juzgar, de criterios morales e ideológicos, aplicando objetivamente las normas vigentes.

Ante esta afirmación, nos preguntamos si es posible prescindir de la ideología y los criterios morales para resolver y, secundariamente, si es deseable hacerlo.¹ Y, en su caso, si la filosofía del derecho y la teoría del razonamiento judicial son quienes deben responder o es preciso consultar a otras disciplinas como la psicología. En las líneas que siguen, intentaremos reflexionar sobre estas cuestiones.

2.- El juez - hombre y su psicología²

a) El juez - hombre

Este análisis debe partir de una premisa obvia, aunque en cierto modo polémica: todos los jueces son seres humanos. Desde la filosofía del derecho se han formulado paradigmas que, por diversos motivos y con distintos fundamentos, invisten al modelo deseado / deseable de juez de ciertos rasgos sobrehumanos.³ Estas teorías son valiosas en múltiples aspectos, pero entendemos que no lo son en este: el carácter ficcional de cualquier modelo de juez que sea, acaso, más que un hombre.

Por esforzada que sea su preparación profesional, virtuosas sus prácticas, extensos e intensos sus conocimientos, el juez no podrá mutar ontológicamente su condición humana. Y, tal vez, ello sea una buena noticia.

Uno de los logros fundacionales del Estado de derecho consistió en el enjuiciamiento de cada persona por sus pares.⁴ Además de las demandas políticas explícitas en esta reivindicación, hallamos implícita una necesidad paritaria: ¿Cómo habrá de juzgarme un juez – rey cuya autoridad proviene de un Dios y cuya voluntad se

¹ A los efectos de este análisis: (i) no asumimos una postura negativa o peyorativa respecto a la ideología (lo que nos llevaría a concebirla como un falseamiento o distorsión de la realidad; una “adulteración intencional de descripción del mundo incompatible con el derecho”, v. Cárcova, Carlos M. (2006). *La opacidad del derecho*, p. 137); (ii) tampoco circunscribimos la ideología al plano exclusivo de las ideas políticas (lo que supondría pensar el tema en términos de liberalismos, conservadurismos, socialismos, comunismos o, para ser más locales, peronismos, etc.). Asumimos, en cambio, una postura amplia y neutral (sin connotaciones negativas) sobre lo ideológico, partiendo de la pluralidad de maneras de ver, interpretar, valorar o producir significados sobre la realidad. Y en este sentido la entendemos como una: “Cosmovisión de la realidad a partir de la observación y valoración, suponiendo puntos de vistas pautados por coordenadas históricas, culturales, sociales, aunque diversos, por tanto, modelizados bajo parámetros de coherencia y aceptaciones colectivas”. Bovino, Alberto y Courtis, Christian. (2009) Por una dogmática conscientemente política. En Courtis, Christian (Ed.) *Desde otra mirada* (p. 351). Eudeba.

² Claramente, empleamos la expresión “juez hombre” en referencia a hombres y mujeres. Conocemos las discusiones basadas en la perspectiva de género sobre estos asuntos, pero optamos por prescindir de ellas con fines de simplificación, pues este trabajo entraña, per se, cierta extrañeza teórica y complejidad lingüística para lectores versados en derecho.

³ No nos concierne ahora la enunciación y análisis de estas teorías, de las que probablemente el juez Hércules dworkiniano sea el paradigma más destacado.

⁴ Literalmente, arrancado al gobierno monárquico en la Carta Magna inglesa de 1215.

reputa omnisciente? ¿Cómo un semidiós capaz de descender a las entrañas mismas del Hades, para volver en compañía de un manso can Cerbero? ¿Cómo podrá entenderme, empatizar conmigo, comprender los motivos de mis acciones, este Juez sobrehumano?

La humanidad del juez es una garantía (en sentido amplísimo) de que habrá, en el acto de juzgar, un componente profundamente humano, valorativo, prudencial. Que, aún en sus fallas y claudicaciones, quien adjudicará débitos y créditos lo hará poniendo en juego más que una pura razón teórica y atemporal: el sujeto no se constituye por su pura razón, sino a partir de ingredientes mucho más complejos cuyo entramado se resuelve en una razonabilidad propiamente humana (Teysseidou, R. p. 11).

b) ¿Teoría de la decisión judicial sin psicología?

En línea de continuidad con lo anterior, nos preguntamos: ¿es posible plantear una teoría de la decisión judicial que prescindiera de los aportes de la psicología? ¿Es el derecho (su teoría general, su filosofía) una disciplina suficiente para proponer una teoría de la decisión judicial suficientemente realista? ¿O las teorías de la decisión judicial puramente jurídicas presentan una insuficiencia estructural para explicar la manera en que los jueces realmente existentes adoptan sus decisiones?

Nos inclinamos por esta última opción: una teoría jurídica pre-freudiana, que se construya con total prescindencia de los desarrollos de la psicología contemporánea, resultará indefectiblemente imperfecta, al no captar aspectos constitutivos del pensar del *hombre – juez*.⁵ No creemos que, de todos los hombres, los jueces sean los únicos que actúan movidos por su pura razón y jamás determinan sus actos por motivaciones extrañas.⁶

Sin diálogo con la psicología, la teoría del razonamiento que se construya resultará en alguna medida ficcional, pues se apoyará en saberes ajenos al estudio del modo en que los hombres razonan en la realidad, competencia inherente al campo epistémico de la psicología.⁷

En este plano, encontramos que la teoría pura kelseniana (y sus derivaciones, corolarios y suscedáneos) determinan un reduccionismo metodológico que, al proponer un enfoque fragmentado del derecho, traslada este sesgo a la decisión judicial, concebida como una construcción puramente lógica. Por ende, procuraremos rescatar ciertos aportes de la psicología que impactan en los temas abordados.

⁵ Los jueces son personas y, en cuanto tales, sujetos sujetos a sus estructuras inconscientes.

⁶ Muchos de los seres humanos obramos motivados por razones ajenas a la razón, como el protagonista de este breve poema de Ernesto Cardenal: “Me contaron que estabas enamorada de otro y entonces me fui a mi cuarto y escribí ese artículo contra el gobierno por el que estoy preso”. Por lo demás, si el juez es un neurótico (lo más aproximado a la normalidad psíquica), ha pasado por las etapas de estructuración del inconsciente y es un ser barrado, atravesado por su imperfección.

⁷ Una buena manera de no acertar en la comprensión de la realidad consiste en sesgarla, recortarla y fraccionarla arbitrariamente, cerrando los ojos a los aportes de otras disciplinas. Pretendemos evitar esa manera de proceder, movidos por la máxima de Amartya Sen: “Es preferible acertar aproximadamente que errar con precisión”.

3.- Ideología, comportamiento estratégico y negación en la función judicial

a) Un punto de partida

Cuando se afirma que el juez no debe resolver teniendo en cuenta sus preferencias morales o ideológicas, se realiza una afirmación meta-normativa: no existe ninguna regla de derecho positivo que así lo establezca, más allá de que quienes postulan esta premisa que llaman, en su apoyo, diversas normas o principios más o menos genéricos y abstractos que, convenientemente perfilados, podrían avalar su postura.

No obstante: ¿esta afirmación es descriptiva, aséptica y científica? ¿O se encuentra, ella misma, determinada por criterios ideológicos? ¿Hay, en este tipo de afirmaciones, una pauta moral subyacente que se propone como axiológicamente preferible a otras tesis competitivas?

b) Incentivos para negar las connotaciones morales e ideológicas de la decisión

Es natural que los jueces aspiren a resolver conforme a derecho y asuman una aspiración consciente de fidelidad a la ley, también lo es que rechacen, en un plano consciente, las influencias ideológicas o morales (extra normativas) en sus decisiones.

No obstante, ambas actitudes no operan en un mismo nivel: mientras que cierta fidelidad al derecho vigente es inherente a la función judicial, la recusación absoluta de los ingredientes morales o ideológicos en las resoluciones conlleva otras motivaciones.

Particularmente, pueden señalarse las valoraciones sociales (modeladas, amplificadas o distorsionadas por los medios masivos de comunicación) que rechazan las impregnaciones ideológicas y morales en las decisiones y presentan un discurso de necesario constreñimiento al derecho positivo (Kennedy, D., 2010, p.73).

Ciertamente, este derecho positivo suele no bastar para resolver, en parte por sus grietas y lagunas que deben ser llenadas con elementos heterogéneos⁸, en parte porque la mera selección de normas que juegan en un caso y la definición de cómo deben interpretarse⁹ suponen operaciones intelectuales valorativas, que involucran elementos notoriamente extranormativos. Ocurre, además, en diversos casos, que los jueces advierten las implicancias morales o ideológicas del asunto, pero no las transfieren al texto de su resolución. Existen fuertes incentivos para que el juez actúe *como si* su decisión careciera de impurezas morales o ideológicas.¹⁰

⁸ El recurso a la analogía o a principios generales implica operaciones de creación de derecho que realizan valores del juzgador.

⁹ La interpretación, claramente, entraña una elección impregnada de los puntos de vista de quien interpreta; también la selección de normas, que puede variar la resolución del caso según si el juzgador se constriñe a reglas “técnicas” que deciden la materia o involucre normas y principios más generales.

¹⁰ El “como sí” (*als obs*) es otro mecanismo de defensa o ajuste al entorno.

c) ¿Comportamiento estratégico de los jueces?

Desde la teoría crítica del derecho se alude al comportamiento estratégico de los jueces, entendiendo por tal: “La elección de una de las posibles soluciones del problema jurídico en lugar de otra -fundada en motivaciones externas que ordinariamente niegan, básicamente en la ideología que adhieren-” (Kennedy, D., Op.Cit., p. 27 y ss.).

En el trabajo de toma de decisiones (interpretación y aplicación del derecho) siempre es posible adoptar una actitud estratégica hacia los materiales jurídicos (normas, fuentes del derecho, precedentes, etc): tratar de hacer que signifiquen algo distinto de lo que al principio parecía que significaban o para darles un significado que excluya otros inicialmente posibles, en base a motivaciones externas (Kennedy, D., Op.Cit., p. 32).

Siempre es posible hacer un uso irreverente de la dogmática, los litigantes utilizan con irreverencia el discurso dogmático, trastocando, segmentando y hasta utilizando piezas contradictorias estratégicamente. Atienden a la actividad de la contraparte y a la postura del juzgador;¹¹ de este modo, se construyen estratégicamente las interpretaciones, procurando que una particular interpretación de las normas parezca en el caso concreto la más adecuada (Bovino y Curtis, Op. Cit., pp. 334-335). Esta práctica, que es normal y aceptable en la actividad de los abogados,¹² acarrea mayores dificultades cuando es ejercida por los jueces, pues genera tensión con este deber de fidelidad a la ley.¹³

La actividad estratégica de los jueces puede ser el producto de una operación consciente, inconsciente¹⁴ o semiconsciente, opción que tiene lugar cuando los jueces niegan trabajar con motivaciones ideológicas y, de ese modo, de alguna manera conocen o están al tanto de ese estado que se niega (Kennedy, Op. Cit., p. 53).

d) ¿Hay una actitud de negación de los jueces?

En el discurso jurídico, el comportamiento estratégico del juez casi nunca se hace evidente; por el contrario, lo usual es que en las sentencias se omita toda referencia a las motivaciones ideológicas o, en todo caso, se afirme que el resultado fue alcanzado siguiendo procedimientos interpretativos impersonales que excluyen la influencia de sus ideologías.¹⁵

¹¹ No gana quien tiene razón, sino que el sujeto que gana, tiene razón: el proceso define la posición de los litigantes retroactivamente y en virtud de la actividad desplegada para obtener la decisión.

¹² En su caso, resulta legítimo e inherente a su tarea profesional desplegar recursos para moldear el derecho en favor de sus clientes.

¹³ ¿O acaso la fidelidad al derecho entra a jugar solo una vez que ha creado algún derecho al que serle fiel?

¹⁴ Más que ilustrativa es la célebre frase del otrora Ministro de la Corte Enrique Petracchi: “Se dice que los jueces no son políticos, pero, ¡cómo no van a ser políticos!, son políticos les guste o no. A lo sumo, les va a pasar lo que, al cangrejo, que es crustáceo, pero no lo sabe”. (Entrevista *Revista Lecciones y Ensayos*. Universidad de Buenos Aires).

¹⁵ La negativa de elementos morales e ideológicos puede, entonces, concebirse en términos de un “secreto familiar”.

Esta negación acontece sin mayores preocupaciones al problematizar el rol judicial y las tensiones propias de la naturaleza humana y sus filtraciones en la sentencia. Se presenta en términos más institucionales que epistémicos; se demanda a los justiciables que actúen (una vez más) como si la ley fuera clara e inequívoca y el juez un mero aplicador racional de sus preceptos incuestionables.¹⁶

Dadas las dificultades en la resolución de estas tensiones, la negación aparece como un acto del habla performativo¹⁷ que involucra *algo más*: una estrategia para lidiar con un conflicto que produce angustia (Freud, A., 2006, p.79 y ss.).

La negación reprime algo que inquietaría reconocer y por ello se rechaza;¹⁸ entraña una confesión más o menos velada, pues aquello que se rechaza transparenta un deseo, intención o pensamiento: subyace en esta estructura una lógica paradójica, pues para negar primero se afirma un modo de ser, a fin de recusarlo de inmediato.¹⁹

En este sentido, la negación es una representación equivocada de su propio deseo, emoción, opinión o intención, en el sentido especial de un rechazo inconsciente o semiconsciente a reconocer. Rechazo que no es consciente, convenido, deliberado, estratégico, o diseñado; tampoco es una falla cognitiva o un error azaroso.

La negación, psicológicamente, procura evitar la angustia que causaría el reconocimiento del propio deseo²⁰ y lo hace no de manera inconsciente (como ocurre en el error) ni consciente (como ocurre con la mentira), sino mediante una represión (mecanismo de defensa) que se moviliza en cada nueva arremetida instintiva;²¹ no es plenamente inconsciente, pues quien niega registra la posibilidad de una verdad desagradable y destina energía psíquica en alejarla del pensamiento.

Si existen jueces que niegan el rol de la ideología y la moral en sus resoluciones, por un lado, afirman que están allí; por el otro, identifican un conflicto que produce

¹⁶ Pero los abogados saben que la ley no es clara e inequívoca y que, muchas veces, los jueces resuelven condicionados por presupuestos morales o ideológicos. Se les pide, sin embargo, que en un plano institucional no hagan explícito este saber y se comporten, también, como si tales condicionamientos no existieran o, aun más, que crean genuinamente que no existen (lo que, en algún punto, se traduce en una suerte de *willing suspension of disbelief*).

¹⁷ Volveremos sobre los enunciados performativos líneas abajo.

¹⁸ Y, como represión, es una defensa neurótica frente a la hendidura (*spaltung*); pero ante su fracaso, lo inconsciente vuelve a través de las reglas de condensación y desplazamiento.

¹⁹ Cuando se niega algo lo que se intenta es dejarlo por fuera, poner cierta distancia respecto de ese contenido incómodo, aún cuando con la misma negación la realidad negada aparece en el discurso. En definitiva, se intenta prescindir de algo que, con la misma negación, se trae. [Freud, Sigmund. (2003), pp. 249-257].

²⁰ Naturalmente: (i) esta angustia individualizada no es la única causa posible de la negación de los jueces, existiendo muchas posibles / probables causas derivadas de la historia personal de cada uno de ellos; (ii) esta no es la única angustia que sufren los magistrados asociados a su función (v. gr., el hecho de decidir en sí mismo puede causar angustia, mucho más en casos donde existen bienes valiosos en juego o se trata de una cuestión de trascendencia institucional: ¿No es, en cierto punto, la búsqueda de jurisprudencia en algún sentido una manera de lidiar con esta angustia, compartiendo la responsabilidad con otros magistrados que resolvieron de igual manera?).

²¹ Cada vez que alguien afirme que el juez tiene un rol ideológico, este tiene que negarlo nuevamente; no le es dado deshacerse del asunto, de una vez y para siempre, con un solo acto de represión.

angustia y que puede identificarse con el saber que se estaría violando el deber de fidelidad a la ley.

El motivo para la negación (al menos uno de ellos) es la angustia que genera el dilema de no hacer lo correcto, ante dos exigencias simultáneas que pueden ser contradictorias: ser fiel a la ley y hacer justicia de acuerdo a derecho. Esta segunda exigencia entraña algo más que la mera aplicación de la ley y lleva necesariamente al juez a consultar sus concepciones de justicia, valores y su cosmovisión.

La negación, sin embargo, no es necesaria. El juez puede vivenciar el conflicto de roles y advertir que la exigencia de fidelidad absoluta a la ley no es factible de realizarse en la práctica; puede, también, ser consciente de la existencia de comportamientos estratégicos en la aplicación del derecho. Estos reconocimientos son inherentes a una lealtad intelectual del juez que, sin enmascarar sus condicionamientos ideológicos, puede trabajarlos, moderarlos, procurar subordinarlos a los componentes racionales de la decisión y validarlos mediante una robusta argumentación, procurando la mejor decisión posible, en su circunstancia.

e) Carácter no descriptivo de la negación moral e ideológica de las sentencias

Recapitulamos nuestro análisis. Líneas atrás, nos preguntábamos sobre el estatus de afirmaciones según las que los jueces no deben resolver sobre la base de criterios ideológicos o morales.

En función de los desarrollos precedentes, concluimos que no se trata de un criterio descriptivo y aséptico de la realidad de la función judicial (el “ser” de la decisión). Antes bien, estas expresiones postulan lo que quien las pronuncia considera correcto en la función judicial (el “deber ser” de la decisión).

Se trata, por ende, de un criterio ideológicamente determinado, pues obedece a una específica cosmovisión del mundo jurídico y, en particular, a una específica teoría de la función judicial. La tesis examinada no se apoya en normas positivas, sino en criterios extranormativos sobre la forma en que debe aplicarse el derecho, sus conexiones o desconexiones con la moral, las fuentes del derecho y el manejo de materiales normativos por parte del juez.

Implica, además, una valoración moral (“lo deseable” en la función judicial), pues expresa una valoración acerca de “lo deseable” en la función judicial: cómo debe ser un juez, para considerarse “un buen juez”.²² No se expresa en términos de autorización / prohibición (está permitido o prohibido que el juez resuelva prescindiendo de su ideología o criterios morales), sino en términos de valoración moral (está bien / es deseable que el juez resuelva prescindiendo de su ideología o criterios morales).

En definitiva, por más que estos enunciados pretendan presentarse como *descriptivos* de la realidad del derecho y se auto - atribuyan ciertas cualidades

²² Expresar qué es deseable y, por ende, lo que debe procurarse, implica indagar sobre el bien en el sentido aristotélico (bien es lo que tiene de deseable).

(objetividad, científicidad, etc.), parten de presupuestos valorativos, teorías, marcos de pensamiento, iusfilosofías subyacentes.

Vemos precisamente aquí una aplicación de la función enmascaradora de la ideología, consistente en presentar la postura propia como científica y estructurada en base a principios que nadie puede impugnar (Rosanvallon, P., p. 140). Operan aquí diversas operaciones, tales como la “naturalización” y la “eternización”, tendientes a disimular el contenido ideológico de los enunciados y a presentarlos como expresiones descriptivas de una realidad objetivamente comprobable (Cárcova, Op. Cit., pp. 121-164).

4.- ¿Es posible prescindir de la ideología y los criterios morales en la decisión?

a) *La exclusión consciente de moral e ideología.* Sostener que el juez *debe* resolver de una manera determinada presupone, necesariamente, que *puede* hacerlo de ese modo.²³

Afirmar, entonces, que el juez *debe* prescindir de sus criterios morales y su ideología al momento de fallar, conlleva la presuposición de que está posibilitado a hacerlo.

Esto implicaría, como mínimo: (i) que el juez, en una operación consciente, identifique, individualice y aisle sus criterios morales e ideológicos; (ii) que, en un segundo momento, los excluya (también de manera consciente) de su decisión.

¿Esto es, sin más, posible?

b) *La aproximación freudiana: determinación moral e inconsciente.* Ocioso e imposible a la vez sería intentar explicar en estas páginas el funcionamiento del inconsciente: lo primero, porque su comprensión rudimentaria forma ya parte de un acervo básico de conocimiento propio de nuestra cultura occidental; lo segundo, porque al superar ese estadio superficial, se accede a un objeto de estudio de una complejidad mayúscula e inasible, ajena a las posibilidades de aprehensión de los autores de este texto.

Apenas retomaremos una idea elemental de la exposición clásica (freudiana) sobre los criterios morales y el inconsciente.²⁴ Hallamos dentro de las funciones psíquicas (*Yo, Superyó y Ello*) al *superyó*, que funciona como una organización que comprende las tendencias morales del individuo. Este *superyó* dista de ser pura consciencia (contrapuesta a un *Ello - pura pulsión inconsciente*). Por el contrario, existen tramos conscientes y tramos inconscientes del *superyó*.²⁵ Gráficamente:

²³ Carecería de sentido imponerle al juez que realice algo que no puede de manera alguna hacer.

²⁴ Algunos textos básicos de Sigmund Freud por considerar: *Metapsicología* (1967). En *Obras completas. Volumen I*, p.1031. Ed. Biblioteca Nueva; y *El yo y el ello* (1968). En *Obras completas. Volumen II* [p. 9 y ss.]Ed. Biblioteca Nueva.

²⁵ La ley subjetiva (consciencia moral) y el ideal del yo (que lleva al sujeto a tender hacia determinados valores y proyectos) son las partes del yo y el reflejo de la ley externa; permiten la vida del sujeto en ese mundo de cultura que le produce malestar.



En este contexto, podemos sostener la existencia de determinaciones morales que actúan desde el plano de la inconsciencia y, por ende, se encuentran más allá de las posibilidades de identificación y manejo por parte de las actividades psíquicas conscientes.²⁶

c) La actividad inconsciente en otras perspectivas

Esta perspectiva (la existencia de una actividad psíquica no consciente que involucra planos morales) no es patrimonio exclusivo del psicoanálisis.

Resulta transversal a las diversas escuelas de psicología la comprobación de la existencia de una vida inconsciente, caracterizada por procesos no controlados que pueden o no emerger a la consciencia (Gemelli, A. y Zunini, G., 1968, pp. 184-188).

También desde las neurociencias se advierte que ciertos juicios morales se adoptan de manera mecánica o automática, sobre la base de sesgos cognitivos e, incluso, existen estudios relativos a la incidencia de componentes emocionales en la toma de decisiones.²⁷

²⁶ A partir del concepto de inconsciente, puede decirse que la percepción es “apercepción”, esto es, percepción significativa para cada sujeto (sujetado a sus estructuras inconscientes).

²⁷ Un ejemplo de la incidencia de las emociones en la toma de decisiones establecida mediante estudio de imágenes por resonancia magnética funcional puede verse en Molina García, René. (2013). Neurociencia, neuroética, derecho y proceso. En Taruffo, Michele y Nieva Fenoll, Jordi, *Neurociencia y proceso judicial*, p. 60. Marcial Pons. En este mismo libro, Jordi Nieva Fenoll advierte que según “no pocos neurocientíficos” el cerebro se encuentra modificado por experiencias anteriores “que ya forman parte de su propio ser”, por lo que “la imparcialidad no puede existir científicamente hablando” y lo que queda es establecer recursos contra las decisiones judiciales a fin de obtener mayores garantías de racionalidad (“Proceso judicial y neurociencia: una revisión conceptual del derecho procesal”, pp. 172-174).

d) Los condicionamientos morales e ideológicos como forma

En este contexto, los condicionamientos morales o ideológicos no aparecen como un *contenido* del pensamiento (y, como tal, un objeto que puede ser percibido, seleccionado o excluido de manera consciente), sino más bien como una *forma* de este pensar. Estos elementos inconscientes constituyen, en cierto modo, una categoría (en el sentido kantiano), por la que discurre el pensamiento y lo determina externamente. Esto se manifiesta en la actividad hermenéutica: el sujeto que interpreta “reassume todo en su discurso personal” (Laplanche, J., 1972, p.56).

e) El alcance de los condicionamientos

La perspectiva que proponemos no conlleva un determinismo absoluto o una negación del libre albedrío en la construcción de la decisión judicial.²⁸ Tampoco implica la imposibilidad del juez de asumir de manera consciente la existencia de presupuestos extranormativos que podrían afectar su decisión, con la finalidad de erradicarlos, someterlos a un cotejo con el derecho positivo o subordinarlos a las limitaciones de una argumentación razonable. Concebimos, por ende, a estos factores como *condicionantes* – no *determinantes*.²⁹

f) Algunas consideraciones finales

Con este alcance, la presencia de condicionamientos no necesariamente conscientes nos permite relativizar la tesis de la escisión entre moral y razonamiento judicial desde una perspectiva amplia: aún en la convicción de que estos ingredientes no deben filtrarse en la decisión, esta no puede resultar impermeable, pues el juez se encuentra él mismo permeado por sus rasgos identitarios, su personalidad y condicionamientos morales e ideológicos soterrados o inconscientes. Esto implica que la afirmación según la que el juez *debe* prescindir de estos condicionamientos, en su formulación absoluta y categórica, entraña una exigencia imposible.³⁰

El juez puede intentar no involucrar sus criterios morales e ideológicos conscientes en sus resoluciones, también puede trabajar (incluso con asistencia profesional) en traer a la consciencia contenidos de su inconsciente, de modo de tener una perspectiva más acabada sobre su sistema de creencias.³¹ No obstante, no puede desentenderse completamente de estos elementos que integran su personalidad y subyacen, en cierta medida, en su estructura de pensamiento.

²⁸ A su hora se ocupó Von Wright de cuestionar el determinismo y la reducción de los fenómenos mentales a lo meramente neuronal y físico. Sobre el tema: González Lagier, D. ¿La tercera humillación? (sobre neurociencia, filosofía y libre albedrío). En Taruffo, Michele y Nieva Fenoll, Jordi. *Neurociencia y proceso judicial* [p. 25 y ss.].

²⁹ El sujeto se ve afectado por esta facticidad dada por elementos que lo condicionan, pero su obrar no se encuentra determinado de manera absoluta e inquebrantable.

³⁰ Parafraseando ligeramente a Sartre, podría decirse que es posible curar una neurosis, pero no cambiar de personalidad.

³¹ Por eso se puede hablar de la consciencia no como origen sino como tarea, destacándose la frase de Freud “donde estaba el Ello, debo devenir Yo”. [Ricoeur, Paul (1975). *El consciente y el inconsciente*, pp. 440-454].

Estos rasgos estructurales se manifiestan en decisiones tales como la selección de las normas aplicables, la opción por criterios interpretativos flexibles o estrictos, la adhesión a escuelas de pensamiento jurídico, entre tantas otras cuestiones. Visible o invisible, la matriz moral e ideológica del juez termina por manifestarse en sus productos: las resoluciones judiciales.³²

5.- ¿El juez necesita de sus criterios para resolver?

a) La importancia estructural de la legalidad.

Los desarrollos implicados en los apartados que siguen no buscan conmovir estos principios: (i) la existencia de reglas y legalidades es fundamental en lo individual³³ y lo social;³⁴ (ii) la ley cumple, en ambos planos, una función instituyente; (iii) es, además, una expresión instrumental del principio de razón, basal y fundante en las sociedades contemporáneas (Legendre, Pierre, 1994, pp.43-59); (iv) el juez representa la referencia absoluta investida por la legalidad (Legendre, Pierre, Op. Cit., p. 42) y es un agente intermediario imprescindible.³⁵

No se enjuicia la importancia de la ley en los sistemas jurídicos contemporáneos, en particular aquellos de tradición europea continental, simplemente se presenta un *modo-de-ser* de la decisión judicial en su interacción con el derecho positivo, desde una óptica principalmente psicoanalítica.

b) Decisión judicial y acto performativo.

Desde el desconstruccionismo se presenta la decisión judicial como un acto performativo:³⁶ la enunciación del juez instaaura la norma.³⁷

Existen, por supuesto, normas legales (también enunciadas por un sujeto hablante: el legislador) que preexisten a la decisión judicial, pero ellas no son la norma individual que habrá de resolver, aquí y ahora, en el caso concreto, una contienda judicial. La

³² El producto tiene el signo de su autor o, más escolásticamente, *operari sequitur esse*.

³³ Como elemento de constitución del sujeto.

³⁴ Como elemento de articulación y estructuración de la sociedad. Sobre este tema: Degano, Jorge A. (1999). El sujeto y la ley. En Degano, Jorge A. (et al.). *El sujeto y la ley y otros temas psicológico forenses* [p. 37 y sigs.]. Homo Sapiens.

³⁵ Es un intérprete autorizado de la ley que, a su vez, intermedia entre los hombres y sus deseos, regulando los conflictos que puedan presentarse entre ellos (Rosler, Andrés [2018], pp. 38-39).

³⁶ En estos actos, las palabras no describen al hecho, sino que lo constituyen o lo instauran; el juez (sujeto hablante) al decidir, no describe una norma que resuelve el conflicto, sino que, al mencionarla, la instituye. Sobre los actos performativos: Austin, John L. (1981). *Hacer cosas con palabras*. Paidós.

³⁷ Derrida se pregunta cómo puede el acto de justicia conjugar la singularidad con la generalidad de la norma, afirmando que, para ser justa, la decisión “no debe solo seguir una regla de derecho o una ley general, sino que debe asumirla, aprobarla, confirmar su valor, por un acto de interpretación reinstaurador como si la ley no existiera con anterioridad, como si el juez la inventara él mismo en cada caso” (Derrida, Jacques, 1992, p. 149). En un sentido equivalente (desde la teoría feminista y llevando al extremo los efectos desconstruccionistas de este método). Lorey, Isabell (2017). *Disputas sobre el sujeto. Consecuencias teóricas y políticas de un modelo de poder jurídico: Judith Butler*, [p. 146 y ss] Ed. La Cebra.

norma individual que, ante una contienda concreta, es la que realmente importa,³⁸ es instituida por el juez.

Ese acto de instituir (y, a la vez, constituirse como sujeto que decide) ha sido concebido como una invención o creación sin garantías: un salto al vacío (Cinzone, Stella, 2010, pp.34-37) un acto de locura (Derrida, Jacques, Op. Cit., p. 152).

Examinemos las razones de esta descripción.

c) La inhumanidad de la ley

La ley contiene mandatos generales y abstractos creados para regir una generalidad de conductas y no para regular un caso singular.

Contiene, además, mandatos cuyo estricto, riguroso y acabado cumplimiento se revela en cierta forma impracticable: nadie puede cumplir, siempre, todo el tiempo y de un modo completo, todos y cada uno de los enunciados normativos.

Al malestar general de la cultura,³⁹ se le agrega una especial angustia derivada de esta imposibilidad de ajuste entre la ley y la conducta, que conlleva una cierta inhumanidad de la ley. Esto supone el paso de una situación kantiana (dominada por un imperativo puro y abstracto de conducta) a una situación kafkiana, en la que el hombre (cada hombre) sufre el abatimiento de no poder estar a derecho ni comprender el funcionamiento de la ley (Parra, L. y Lagunas, P., 2018, p.71).⁴⁰

d) La humanización en el acto judicial

¿Cómo es, entonces, que se logra una decisión proporcionada con la materia concreta por resolver (singular, única, irrepetible)? A través de la decisión judicial. El juez aplica la norma legal, pero a la vez la trasciende (Cinzone, Stella, Op. Cit., p. 29), la sostiene, pero la rasga en el mismo acto (Gutiérrez, C., 2010, p.47).

Su actividad no consiste en una mera subsunción, sino en una creación de derecho para el caso singular, mediante una actividad hermenéutica que construye la regla concreta relacionando norma y conducta.⁴¹

En este sentido se ha dicho que “[l]a ley es inhumana por estructura porque descuida lo particular y hay jueces precisamente para humanizarla”,⁴² “[n]o hay reglas sin una práctica viva de la interpretación de las reglas” (Laurent, E., 2000, p.81) y “[s]i juzgar supone enlazar la norma al caso singular, entonces la función del juez comporta una decisión relativa a la interpretación de la norma, que rebasa largamente los saberes técnicos de su rol” (Salomone, G., 2010, p.80).

³⁸ Es la que resuelve el conflicto y adjudica (como gustaba decir a Werner Goldschmidt) potencia e impotencia.

³⁹ La legalidad como límite pulsional.

⁴⁰ La referencia a Kafka puede ser entendida respecto a su obra en conjunto o, específicamente, a su célebre relato “Ante la ley” y la abatida imposibilidad de ingreso a la legalidad.

⁴¹ Acaso en una operación con reminiscencias egológicas.

⁴² Miller, Jacques – Alain. *Teoría de Turín acerca del sujeto de la escuela*. <https://psicoanalisislacaniano.blogspot.com/2007/10/teora-de-turn-acerca-del-sujeto-de-la.html>

e) Resolución humanizada y prudencial

En definitiva, la resolución del juez no es puramente aplicativa, ni aún en casos que podrían reputarse “fáciles” o “no difíciles”.⁴³ ¿Cómo resuelve, entonces, el juez?

Desde la teoría psicoanalítica se ha postulado, en una notable coincidencia con el realismo clásico, que no lo hace aplicando la ley *sic et simpliciter*, sino mediante una *recta ratio agibilium*: la decisión del juez es prudencial (Di Ciaccia, A., 2018, p. 13).

Este ejercicio de la prudencia presupone instancias valorativas donde, de una u otra manera, los condicionamientos morales e ideológicos del juez pueden incidir, de manera consciente o inconsciente. De manera que este sujeto no puede concebirse como un mero aplicador; la presencia de instancias valorativas en su decisión puede ser, incluso, una condición de posibilidad de la decisión judicial.

6.- Reflexiones finales

Las líneas precedentes entrañan solo un trazo grueso respecto a la manera en que la psicología interpela las teorías de la decisión judicial y puede aportar elementos de análisis de los que usualmente estas prescinden.

El campo de las escuelas psicológicas es vasto y policromático, y sus instrumentos teóricos extremadamente variables, no obstante, creemos que una comprensión más realista de la decisión judicial precisa, más que construcciones monolíticas, autosuficientes y cerradas, desarrollos fluidos, dialógicos, transversales: quizás más que edificar pirámides, convenga tender puentes.

⁴³ Por exacta que sea la caracterización de ciertos casos como “difíciles” (*hard cases*), aún aquellos que podrían reputarse sencillos, implican actividades complejas de interpretación y ponderación. Recientes fallos en el fuero ordinario de Córdoba, con intensas disputas jurisprudenciales, sobre temas tan “sencillos” como sería la regulación de honorarios en procesos de escasa cuantía o la procedencia de juicios ejecutivos en pagarés otorgados por consumidores, así lo demuestran.

Referencias bibliográficas

- Austin, J. L. (1981). *Hacer cosas con palabras*. Paidós.
- Bovino, A. y Courtis, C. (2009). Por una dogmática conscientemente política. En Courtis, C. (Ed.). *Desde otra mirada*. Eudeba.
- Cárcova, Carlos M. (2006). *La opacidad del derecho*. Trotta.
- Cinzone, Stella. (2010). La decisión del juez y la interpretación psicoanalítica. En Salomone, G. Z. *Discursos institucionales. Lecturas clínicas*. Dynamo.
- Degano, Jorge A. (1999). El sujeto y la ley. En Degano, J. A. (et al.). *El sujeto y la ley y otros temas psicológico forenses*. Homo Sapiens.
- Derrida, Jacques. (1992). Fuerza de ley: el “fundamento místico de la autoridad”. *Doxa* N° 11, p. 149.
- Di Ciaccia, Antonio. (2018). *Estrategias. Psicoanálisis y salud mental*. Año V. N° 6, p. 13.
- Freud, Anna. (2006). *El yo y los mecanismos de defensa*. Paidós.
- Freud, Sigmund. (1967). Metapsicología. En *Obras completas. Volumen I*. Ed. Biblioteca Nueva.
- Freud, Sigmund. (1968). El yo y el ello. En *Obras completas. Volumen II*, Ed. Biblioteca Nueva.
- Freud, Sigmund. (2003). *La Negación*. Tomo XIX. Ed. Amorrortu.
- Gemelli, A. y Zunini, G. (1968). *Introducción a la psicología*. Ed. Vita e Pensiero – Luis Miracle.
- Gutiérrez, Carlos (2010). Aplicación e interpretación en la escena jurídica y en la clínica psicoanalítica. En Salomone, G. Z. *Discursos institucionales. Lecturas clínicas*. Dynamo.
- Kennedy, Duncan. (2010). *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*. Siglo XXI.
- Laplanche, Jean. (1972). Interpretar (con) Freud. En Laplanche, Jean et al. *Interpretación freudiana y psicoanálisis*. Paidós.
- Laurent, Eric. (2000). El psicoanalista en el ámbito de las instituciones de salud mental y sus reglas. En *Psicoanálisis y Salud mental*. Tres Haches.
- Legendre, Pierre. (1994). *El crimen del caso Lortie. Tratado sobre el Padre*. Siglo XXI.
- Lorey, Isabell. (2017). *Disputas sobre el sujeto. Consecuencias teóricas y políticas de un modelo de poder jurídico: Judith Butler*. Ed. La Cebra.
- Miller, Jacques – Alain. *Teoría de Turín acerca del sujeto de la escuela*.
<https://psicoanalisislacaniano.blogspot.com/2007/10/teora-de-turn-acerca-del-sujeto-de-la.html>
- Molina García, René. (2013). Neurociencia, neuroética, derecho y proceso. En Taruffo, Michele y Nieva Fenoll, Jordi. *Neurociencia y proceso judicial*. Marcial Pons.
- Parra, Lorena y Lagunas, Paula. (2018). La justicia, su interpretación. En *Estrategias. Psicoanálisis y salud mental*. Año V. N° 6, p. 71.
- Petracchi, Enrique. La democracia y el Poder Judicial. “No hay autores que critiquen la Jurisprudencia de la Corte en serio”. (Entrevista de la Revista *Lecciones y Ensayos*. Universidad de Buenos Aires).
http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lje/pub_lje_entrevista_petracchi.php
- Ricoeur, Paul. ([1960]1975). El consciente y el inconsciente. En Ey, Henry (Ed.). *El inconsciente Coloquio de Bonneval*. (pp. 450-454). Siglo XXI.
- Rosanvallon, Pierre. (2012). *La sociedad de los iguales*. Manantial.

Rosler, Andrés (2018). Contra el auto-servicio normativo: una breve lectura jurídico – política de Pierre Legendre. En *Estrategias. Psicoanálisis y salud mental*. Año V. N° 6, pp. 38-39.

Salomone, Gabriela Z. (2010). Lo jurídico y lo judicial: avatares de la relación sujeto – ley. En Salomone, Gabriela Z., *Discursos institucionales. Lecturas clínicas*. Dynamo.

Teyssedou, Raúl. (1992). La subjetividad, la angustia, el deseo. *Psicoanálisis y derecho*. El rincón de los justos editores.

DOI: 10.5281/zenodo.5795868



Atribución – No Comercial (by-nc): Se permite la generación de obras derivadas siempre que no se haga con fines comerciales. Tampoco se puede utilizar la obra original con fines comerciales.