

UNIDAD 3

El papel del juez

Presentación

Durante siglos los jueces no fueron más que delegados del soberano, quien asumía simultáneamente los atributos del juez supremo, por lo que resultaba superfluo el debate sobre su legitimidad, exigiéndose como mayor virtud su sabiduría y prudencia. Esta forma de entender el rol del magistrado sufre una notable transformación a partir de las revoluciones burguesas, la consolidación de los estados nación y el proceso codificadorio. En palabras de Montesquieu, el juez asume el rol de un poder neutral, *“la boca que pronuncia las palabras de la ley”*. Y al tener las leyes un origen democrático, este sería transmitido al magistrado a través de una suerte de propiedad transitiva. Sin embargo, tanto desde los desarrollos de la lingüística como desde la propia experiencia judicial esta concepción se encuentra en crisis, resignificándose en consecuencia el papel del juez en la sociedad y su consecuente responsabilidad ética y política.

Objetivos

A través del desarrollo de la presente unidad se pretende que el alumno logre:

1. Reconocer los cambios que ha sufrido en modo de entender el papel del juez desde la modernidad hasta el presente.
2. Identificar los rasgos centrales de las principales concepciones interpretativas.
3. Advertir las limitaciones de las teorías tradicionales para describir adecuadamente la actividad judicial

Temario

1. Modelos de derecho y modelos de juez.
2. El formalismo jurídico.
3. La reacción del realismo norteamericano.
4. Las posturas intermedias de Kelsen y Hart
5. Dworkin y la tesis de la respuesta correcta
6. Pensamiento jurídico crítico y garantismo.

Desarrollo

1. Modelos de derecho y modelos de juez

a) El Estado Liberal

Señalábamos en la presentación de esta unidad los vínculos existentes entre la forma de entender el derecho y el papel atribuido al juez en dicho esquema, ello enmarcado asimismo en un concepto de Estado.

Efectivamente, si hiciéramos una rápida encuesta entre la ciudadanía en general, o incluso a los propios operadores jurídicos, preguntando “*a boca de jarro*” si los jueces crean o aplican derecho, con certeza la gran mayoría nos respondería que los jueces deben limitarse a aplicar las normas que, obviamente, son creadas por el poder legislativo.

Esta noción, profundamente arraigada en nuestro sentido común, dista mucho sin embargo, de ser natural. Corresponde claramente al modelo de Estado y de derecho liberal que se remonta a la tradición contractualista del iusnaturalismo racionalista y se consolida tras las revoluciones burguesas europeas y norteamericana, con clara influencia en el proceso emancipatorio de América Latina.

La primera de las formas que tomó el Estado moderno, a partir de las revoluciones burguesas de los siglos XVIII y XIX es el Estado liberal, basado sobre el principio de la limitación de la intervención estatal, de la libertad del individuo y de la creencia en la superioridad de la regulación espontánea de la sociedad a través de la "mano invisible" del mercado (Adam Smith).

Su imagen es la de un protector de los derechos individuales, que cumple su tarea gracias a la monopolización del uso de la fuerza y del poder jurídico. Su legitimidad para valerse de la coacción jurídica y física tiene como contracara la renuncia a todo tipo intervención en los campos económico y social, los que tienen un carácter puramente privado.

Es función del derecho, por lo tanto, garantizar la libre circulación de las ideas, de las personas y, particularmente, de los bienes. Se vale para ello de reglas generales, abstractas y previsibles, que alcanzan su mayor grado de racionalidad a partir del proceso codificadorio.

Para François Ost, el modelo del código conlleva cuatro corolarios:

i) El monismo jurídico. En oposición a la dispersión de las fuentes del derecho de la Edad Media, el material jurídico adopta en lo sucesivo la forma dominante de la ley, acoplada en códigos que refuerzan su sistematicidad y autoridad.

ii) El monismo político. La codificación supone el resultado de un proceso de identificación nacional y centralización administrativa que culmina en la figura del soberano.

iii) Una racionalidad deductiva y lineal. Es decir, que las soluciones particulares son deducidas de reglas generales, derivadas ellas mismas de principios aun más generales, siguiendo inferencias lineales y jerarquizadas. En caso de controversias interpretativas, la técnica elucidatoria apela la racionalidad del legislador, "garante jupiterino" -al decir de Ost- de la coherencia lógica y de la armonía ideológica del sistema.

iv) Una concepción del tiempo orientado hacia un futuro controlado. La empresa de la codificación descansa sobre la creencia, eminentemente moderna, del progreso de la historia: la idea de que la ley -anticipando un estado de cosas posible y considerado preferible- puede hacer llegar un porvenir mejor. Esta concepción se opone a la temporalidad de larga duración, que por sobre todo mira al pasado y que caracteriza al derecho consuetudinario.

b) El Estado Social

Así como las revoluciones burguesas dieron pie para la formación del Estado liberal, fue la revolución industrial la que obligó al desarrollo de la segunda forma arquetípica asumida por el Estado, desde el último cuarto del siglo XIX y, fundamentalmente, a partir de la Primera Guerra Mundial: el Estado Social, de Bienestar, Providencial, o Welfare State.

La rápida destrucción de las solidaridades tradicionales, familiares y territoriales, obligó a la intervención del Estado en la regulación de la "cuestión social" (derecho del trabajo, seguridad social, etc.) y la economía (política monetaria, gasto público, subsidios, etc.).

Y del mismo modo en que las teorías smithsonianas daban sustento al Estado mínimo liberal, la doctrina económica de J.M. Keynes facilitó la legitimación de la intervención estatal en todos los sectores de la vida económica y social nacional.

Las transformaciones del rol del Estado obligan, irremediabilmente, a la asignación de un nuevo papel también al derecho. Este es entendido, entonces, como un instrumento al servicio de metas concretas: orientar las conductas humanas hacia la promoción del desarrollo económico y social.

Otro es también el papel de los jueces en el Estado de Bienestar. Vale la pena recordar las palabras de François Ost:

"Nunca nada será perdonado al <<juez asistencial>> de hoy. Conciliar las economías familiares en crisis; dirigir las empresas en dificultades evitando, si es posible, la quiebra; juzgar si corresponde al interés del niño ser reconocido por su padre natural, si la madre se opone; apreciar si la interrupción voluntaria del embarazo se justifica por el <<estado de angustia>> de la mujer embarazada; intervenir <<en caliente>> en los conflictos colectivos de trabajo y decidir (en procedimiento de extrema urgencia un catorce de agosto a la noche) si la huelga de pilotos aéreos de la compañía nacional prevista para el día siguiente a las seis, es o no lícita; juzgar si un aumento de capital decidido con el objeto de oponerse a una oferta pública de compra de un holding, cuya cartera representa un tercio de la economía belga, es conforme a la ley; imponer moratorias a los trabajadores o a las empresas que amenazan el equilibrio ecológico; juzgar si llevar el velo islámico es compatible con la disciplina y el espíritu de la escuela..."

A los cuatro corolarios del "modelo del código", podríamos oponer, en virtud de las características señaladas, otras tantas conclusiones derivadas del "modelo del dossier":

i) Al monismo normativo corresponde oponer la proliferación de las decisiones particulares, en las que la generalidad y la abstracción de la ley dejan lugar a lo concreto del juicio.

ii) Del mismo modo, cabe destacar que así como el código supone un monismo político, el dossier ocasiona la dispersión de las autoridades encargadas de aplicar el derecho.

iii) Podemos ver también que se invierte la marcha de la racionalidad deductiva y lineal, reemplazándola por una lógica que se pretende inductiva.

iv) Finalmente, podemos concluir que este modelo implica un tiempo discontinuo, hecho de irrupciones jurídicas esporádicas y "desechables" después del uso.

c) Complejidad y crisis de paradigmas

La crisis del Estado de Bienestar -y consecuentemente de la forma de derecho que le es propia-, fue un fenómeno denunciado desde los años setenta por los teóricos sociales tanto de izquierda como de derecha. En tal sentido cabe hacer mención -entre otros- a los reconocidos trabajos de Offe, Dahrrendorf, Willke, Teubner o Luhmann.

Dicha crisis se relacionó en forma directa con el agotamiento del régimen de acumulación consolidado en la posguerra, o "régimen fordista-taylorista", caracterizado por una total separación entre concepción y ejecución en el proceso de trabajo, acoplada con la integración forzosa de los trabajadores en la sociedad de consumo a través de una cierta indexación de los salarios directos e indirectos (los beneficios sociales propios del Welfare State).

Este colapso se tradujo, lógicamente, en la crisis de la regulación nacional que regía eficazmente hasta entonces, frente a la internacionalización de los mercados y la transnacionalización de la producción. Como esta regulación estaba centrada en el Estado nacional, su crisis fue también la crisis de éste frente a la globalización de la economía y a las instituciones que se desarrollaron con ella (empresas multinacionales, Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, etc.).

Asistimos a un desplazamiento y a una fragmentación de las instancias legitimadas a promulgar reglas, visible en las políticas de descentralización y desregulación típicas de los años ochenta y noventa.

Sin embargo, las recetas del neoliberalismo no sólo no resolvieron las crisis, sino que en muchos casos las profundizaron, tanto en los países centrales como en los periféricos. Ello motivó a que durante los últimos años se revalorizara nuevamente el rol del estado en la vida económica y social, con la consecuente complejización y resignificación del papel del derecho y por supuesto del juez.

En los siguientes apartados analizaremos como han concebido las teorías jurídicas la actividad jurisdiccional y la problemática interpretativa, advirtiéndose nuevamente un movimiento pendular, oscilante en este caso entre aquellas que piensan la tarea hermenéutica como una actividad intelectual -como un acto de conocimiento- y aquellas que la entienden como una actividad creadora –un acto de voluntad. Asimismo veremos como las visiones tradicionales resultan insuficientes para analizar adecuadamente las complejidades del ejercicio de la magistratura en la actualidad.

2. El formalismo jurídico

La idea de la función del juez como actividad quasi-mecánica, un mero acto de aplicación de la norma al caso concreto es sostenido por las posiciones que en términos generales podríamos unificar bajo la denominación de “formalismo jurídico”, cuya visión más acabada y difundida es la propia de la ciencia dogmática.

Siguiendo a Carrió podríamos sintetizar los principales rasgos en cuatro características básicas:

- a) El derecho es visto como un sistema cerrado, completo, del que pueden deducirse soluciones para todos los casos posibles.
- b) El sistema jurídico no se identifica con la voluntad histórica del legislador, sino que una vez dictada la ley adquiere vida propia y su significado va evolucionando.
- c) La ciencia jurídica es la encargada de reconocer y fijar en conceptos dicha evolución. Los juristas a través de sus abstracciones y conceptualizaciones logran que el derecho sea un sistema coherente.
- d) La tarea del juez se limita a reconocer la norma aplicable al caso concreto, prescindiendo de toda actividad creadora y absteniéndose de utilizar cualquier tipo de material que no sea puramente normativo.

Conforme esta concepción, entonces, la actividad del juez consiste fundamentalmente en subsumir el caso a la norma. La subsunción sería el sucedáneo jurídico del silogismo lógico. Observemos la analogía:

Todos los hombres son mortales

Sócrates es hombre

Sócrates es mortal

Al que mata le corresponden de 8 a 25 años de prisión

X mató

A X le corresponden de 8 a 25 años de prisión

Este tipo de teoría puede, fácilmente, ser objeto de dos claras objeciones. La primera de ellas se vincula a los problemas que presentan los lenguajes naturales: ambigüedad, vaguedad, carga emotiva del lenguaje, etc..

Frente a estas observaciones los formalistas ensayan dos respuestas. Por una parte, confían en que a través del uso de su lenguaje técnico el derecho logra evitar este tipo de patologías y adquiriendo una precisión matemática. Así, por ejemplo, Sebastián Soler sostenía que *“entre el concepto de hipoteca y el de triángulo existe la coincidencia de que ambos están constituidos por un número limitado de elementos puestos”*.

Por otra parte, en caso de duda, siempre será posible recurrir al *“método adecuado”* que nos permita conocer el *“verdadero”* sentido de la norma. Así, se han propuesto el método gramatical, el exegético, el sistemático, etc. Como veremos en los próximos apartados, esta idea también ha sido objeto de importantes reproches.

La otra objeción que se plantea a esta visión casi ingenua de la subsunción consiste en que aun asumiendo la precisión del lenguaje, la propia norma deja siempre un importante margen de decisión al encargado de aplicarla. Pensemos en el ejemplo anterior, en el caso del homicidio simple existen las

6.205 opciones que representan la cantidad de días que van desde los 8 a los 25 años de prisión.

3. La reacción del realismo norteamericano

Frente al reductivismo de la posición formalista, a fines del siglo XIX y principios del siglo XX se da en el mundo anglosajón una importante reacción, representada por el denominado “realismo jurídico norteamericano”. Cabe aclarar que este movimiento no es el único, ya que en Alemania también se desarrolló la corriente conocida como “escuela del derecho libre” que –aunque con menos difusión y trascendencia– comparte su carácter radicalmente crítico al formalismo.

Suele reconocerse a Oliver Wendell Holmes como el *padre* de esta corriente, cuyas bases están sentadas en una serie de conferencias luego publicadas en un libro conocido como “*La senda del derecho*”.

Así Holmes plantea con toda vehemencia y crudeza que para conocer lo que el derecho es en realidad, hay que mirar el derecho con los ojos del *mal hombre*, aquél que quiere conocer las efectivas consecuencias materiales de sus actos.

Sostiene nuestro autor que “(...)si aceptamos el punto de vista de nuestro amigo el mal hombre, veremos que a este le importan un bledo los axiomas o deducciones, pero en cambio le interesa saber qué es lo que en efecto han de resolver probablemente los tribunales (...)” y finaliza planteando “Yo opino de manera bastante parecida. Entiendo por ‘derecho’ las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, nada más ni nada menos”.

Como podemos ver, el realismo da un salto copernicano centrando a la actividad judicial como el centro del concepto mismo de derecho y mostrando una actitud radicalmente escéptica.

Ese escepticismo tiene, sin embargo, algunos matices. Autores como Llewellyn son particularmente escépticos frente a las normas –a las que califica de

simples *juguetes vistosos*- por lo que proponen dejar de poner interés en las *paper rules* y prestar atención a las *real rules*, es decir las normas que efectivamente se aplican (otra dicotomía muy difundida es la de *law in books* y *law in action*, es decir el derecho de los libros y el derecho en acción).

Otros, como Jerome Frank incorporan un grado más de perplejidad al problema ya que son también escépticos frente a los “*hechos*”. Lo que advierte Frank -que al igual que Holmes además de cómo abogado y filósofo del derecho se desempeñó como juez- es que buena parte de las disputas judiciales no se refieren a cuestiones normativas sino fácticas. El gran problema de la actividad judicial pasa por la necesidad de reconstruir hechos a través de testimonios, documentos, pericias, etc.

Lo que intenta demostrar Frank es que contrariamente a lo que plantean las tesis tradicionales, a todas las dificultades que presenta la subsunción en el plano normativo se agregan las fácticas. Y en esa instancia, además, aparecerán una serie de factores “*externos*” que influirán en la decisión final del juez.

4. Las posturas intermedias de Kelsen y Hart.

Tal como anticipáramos, puede advertirse claramente que las dos posturas hasta aquí analizadas constituyen posiciones extremas frente al mismo fenómeno. Frente a nuestra pregunta inicial sobre si los jueces crean o aplican derecho, para el formalismo sólo habría aplicación y para el realismo sólo creación.

Veremos en este apartado como los dos más significativos exponentes del positivismo jurídico del siglo XX, Kelsen en el mundo continental y Hart en el mundo anglosajón, presentan posiciones intermedias que intentan superar esta dicotomía.

a) La interpretación en Kelsen

Para comprender la concepción kelseniana de la interpretación debemos recordar muy someramente su noción de validez.

Kelsen piensa que una norma es válida –y en consecuencia existe e integra un sistema jurídico- si ha sido creada conforme estaba previsto en una norma superior.

En consecuencia, todo acto de creación es un acto y aplicación y viceversa, habida cuenta que la única forma de crear normas válidas es aplicando normas superiores y, asimismo, la forma de aplicar normas creando una nueva norma.

Así, el juez crea una sentencia (norma individual) aplicando la ley, el legislador aplica la constitución al crear la ley, el poder administrador aplica la ley al crear una norma reglamentaria, etc.

Esta regla general conoce sólo dos excepciones. En la cima del sistema, el primer legislador, es decir aquel que dicta la llamada primer constitución histórica (que luego será validada según Kelsen por la *norma básica fundamental*, concepto que excede nuestro tema de hoy), sólo crea derecho. En la base, el que ejecuta una sentencia, por ejemplo el verdugo del rey, sólo aplica la norma. Todos los demás actos son al mismo tiempo de creación y aplicación.

Si esto es tan sencillo como lo plantea Kelsen ¿por qué tanto debate en torno al papel del juez? Porque toda norma jurídica es parcialmente indeterminada en cuanto al contenido de la norma inferior.

Esa indeterminación puede ser voluntaria o involuntaria. Será voluntaria cuando la norma expresa y deliberadamente deja la tarea al órgano inferior, por ejemplo cuando el Código Penal deja a criterio del juez elegir entre 8 y 25 años de prisión. Está claro que en el marco de la norma será el magistrado quien, a través de un acto de voluntad, decidirá que pena aplicar.

Pero muchas veces la indeterminación es involuntaria, la norma ha sido sancionada por el legislador de forma tal que por los propios problemas del lenguaje no se sabe “*qué quiere decir*”, circunstancia en que las concepciones formalistas tradicionales solían apelar a los métodos interpretativos.

Kelsen va a ser profundamente crítico con la idea del método de interpretación, toda vez que para él, pensar que existe una respuesta verdadera o correcta es un resabio del pensamiento iusnaturalista. Por otra parte va a denunciar el carácter ideológico de los métodos de interpretación, resaltando que los juristas pretenden hacer pasar por científico lo que en realidad es político.

Es llamativa en este punto la concordancia entre las ideas de Kelsen y las sostenidas sobre el mismo tema por Carlos Cossio a través del sugestivo análisis de las relaciones entre las escuelas interpretativas y los factores sociopolíticos propios de una determinada formación histórica plasmados en un viejo artículo titulado “La crítica de la jurisprudencia dogmática como crítica de nuestra época”.

Así, por ejemplo, vemos como en Francia, a raíz de la Gran Revolución, la burguesía se posesionó del parlamento, y sus propios diputados fueron los legisladores. El poder judicial en cambio, siguió durante un tiempo bajo el poder del ancien regime, razón por la cual, la nueva clase triunfante corría el riesgo de ver frustradas sus reformas en dicha instancia. No ha de extrañarnos, entonces - sostiene Cossio-, que apareciera la escuela del empirismo exegético, para la cual todos los secretos de la ciencia del jurista se contienen en la intención psicológica del legislador.

En Inglaterra, por su parte, la revolución burguesa había ocurrido cien años antes que en Francia, pero sin disolver la estratificación nobiliaria de la sociedad y el gobierno. Agudamente señala el filósofo egológico “tan pronto como advertimos que fueron legistas burgueses quienes actuaron como jueces del reino desde entonces y a raíz de dicha revolución, tampoco es extraño que

la teoría jurídica venga a decirnos, aquí, que todos los secretos de la ciencia del jurista se contienen en el precedente”.

Finalmente, en Alemania, la estructura feudal llegaba al siglo XIX prácticamente intacta, sin haberse producido allí la revolución burguesa. Ello explica -según Cossio- el surgimiento de la “jurisprudencia de conceptos” como modelo propio de la ciencia jurídica alemana. La burguesía alemana, como poder social dominante, no teniendo precedentes judiciales, ni pudiendo contar con la intención de sus legisladores, recurrió a las universidades y a los juristas para obtener su derecho, con lo que nace un racionalismo dogmático que asegura que las normas y las instituciones ya están contenidas en los conceptos jurídicos fundamentales.

Cual es, entonces, la propuesta Kelseniana: aceptar que la norma no es más que un marco abierto de posibilidades. El acto de conocimiento se limita a reconocer los distintos sentidos en que la norma puede ser interpretada. Pero luego, la elección de una solución específica para un caso concreto ya no es tarea del jurista sino del juez y no constituye un acto de conocimiento sino un acto de voluntad.

b) El aporte de Hart

Herbert L. A. Hart y su obra *“El Concepto de Derecho”* representan para el mundo anglosajón lo que Hans Kelsen y su *“Teoría Pura del Derecho”* para nuestra tradición de origen continental europea, la versión *standard* del positivismo jurídico.

El primer gran aporte de Hart en el campo de la interpretación pasa, seguramente, por el especial interés prestado a los problemas del lenguaje, particularmente a partir de la noción de textura abierta del lenguaje.

La textura abierta puede ser definida como la potencial vaguedad del lenguaje. Toda palabra, aun aquella que en un momento dado pueda resultar precisa, puede tornarse vaga a partir del desarrollo científico, cultural, tecnológico, etc.

Esto constituye un obstáculo insalvable para el legislador, ya que aun cuando mediante la utilización del lenguaje técnico-jurídico trate de ser preciso, no hay garantías de que el día de mañana la palabra mute o aparezca un caso que presente dudas sobre su aplicación.

Tomemos como ejemplo la palabra “*correspondencia*” . Durante mucho tiempo estaba claro que el término “*correspondencia*” hacía referencia a una carta dentro de un sobre cerrado dirigido a una determinada persona. Las normas que protegían la intimidad de la correspondencia eran claras. Nadie que no fuera el destinatario de la misiva podía abrirla sin su autorización.

Pero un día apareció el “*e-mail*” y durante un largo período se debatió sobre el carácter de “*correspondencia*” de esa nueva forma de comunicación y su correspondiente inviolabilidad.

El segundo ingrediente que hace de la teoría hartiana un punto insoslayable en el análisis de la problemática hermenéutica pasa por una distinción que ha hecho historia, la clasificación entre casos “*claros*” u “*ordinarios*” y casos “*difíciles*”.

Frente a las posiciones extremas que representan formalistas y realistas Hart advierte que no existe una respuesta única y existen casos que dan la razón a uno u otro bando.

Existen casos, los llamados claros u ordinarios donde los hechos constitutivos están comprendidos claramente en el alcance de la norma aplicable. En estos casos, la tarea del juez consiste fundamentalmente en un acto de aplicación y su actividad se parece bastante a la sostenida por el formalismo jurídico. Así, por ejemplo, cuando se trata de computar un plazo o verificar si se han opuesto excepciones en un juicio ejecutivo, difícilmente podamos sostener que haya una gran tarea creativa.

Pero existen otros casos que se encuentran en una “*zona de penumbra*”, se trata de casos atípicos o marginales que no se encuentran ni claramente incluidos ni claramente excluidos dentro del alcance de la norma. En estos casos, los “difíciles” Hart sostiene que el juez se verá obligado a decidir. Existe en estos casos discrecionalidad judicial. Se trata de adjudicar un sentido a la norma.

5. Dworkin y la tesis de la respuesta correcta

Tal como en la unidad 2 destacábamos el impacto que en el campo de la filosofía moral y política había tenido la obra de John Rawls, otro tanto cabe decir de las tesis desarrolladas por Ronald Dworkin en el campo de la filosofía jurídica en general y especialmente en la problemática de la interpretación.

Una de las grandes novedades de la obra dworkiniana consiste en haber cuestionado el positivismo de Hart retomando la doctrina de que, aun en los casos difíciles, existe una respuesta correcta.

Según Dworkin, la tesis de la discrecionalidad judicial propuesta por Hart, aun siendo moderada, resulta inadecuada tanto desde el punto de vista valorativo como descriptivo.

Por un lado, sostener que los jueces crean derecho implica violentar simultáneamente dos principios democráticos básicos. Por un lado, la división de poderes. Por otro, el principio de legalidad, ya que todos tenemos derecho a ser juzgados por una ley anterior al hecho del proceso. Consecuentemente, si el juez crea derecho al momento de solucionar el caso, esta creación es posterior al hecho juzgado.

Por otra parte, la tesis de la discrecionalidad, sostiene Dworkin, tampoco describe adecuadamente la tarea que efectivamente realizan los jueces. Cuando uno analiza sentencias encontrará que los jueces se esfuerzan por justificar sus decisiones conforme a derecho y jamás sostienen cosas tales como “*ya que no hay norma aplicable, resuelvo como me parece*”.

El eje de la propuesta de nuestro autor consiste en señalar que, a diferencia de lo que sostiene el positivismo, el derecho no está integrado sólo por normas. sino también por directrices y principios.

La diferencia entre las normas y las directrices o principios es fundamentalmente lógica. Las normas funcionan bajo un esquema de “todo o nada”, o son aplicables a un caso o no lo son. Y su validez depende de un *test de pedigree*, es decir, de haber sido creadas conforme un cierto procedimiento.

Las directrices y principios tienen otra naturaleza. Las primeras son estándares que establecen objetivos, metas o propósitos sociales, económicos o políticos que se aspira alcanzar (por ejemplo, proteger la industria nacional) y se suele recurrir a ellos como argumentos que justifican el dictado de ciertas normas.

Los principios en sentido estricto, en cambio, son estándares que establecen ciertas exigencias de justicia, equidad o moralidad objetiva. A diferencia de las normas, que se aplican o no se aplican, los principios dan razones para decidir.

Mientras que las normas explicitan las condiciones fácticas para su aplicación, los principios establecen criterios generales que dan sentido, informan e incluso justifican normas.

Cuando dos normas son contradictorias ambas no pueden coexistir. Una anula la otra conforme criterios del tipo “*norma posterior/norma anterior*”, “*norma especial/norma general*” o “*norma superior/norma inferior*”.

En el caso de las directrices y -sobre todo- los principios, en cambio, no se anulan entre sí. Cuando existen contradicciones se tratará de sopesar el peso relativo de cada uno para el caso concreto.

Así, principios como la libertad de prensa y el derecho a la intimidad si bien pueden colisionar, también pueden coexistir. Y se deberá en cada caso concreto determinar si prevalece uno u otro, por ejemplo privilegiando el

acceso a la información por sobre el derecho a la intimidad en el caso de funcionarios públicos y a la inversa en el caso de individuos particulares.

A partir de esta distinción, Dworkin sostendrá que si bien es cierto que puede haber casos en que no se encuentre una norma aplicable -como pensaba Hart- el juez siempre encontrará en los principios el material jurídico que le brinde la posibilidad de encontrar la respuesta correcta para el caso específico.

La pregunta que cabe hacerse en esta instancia es, ¿cómo elegir adecuadamente los principios que permitan la solución adecuada?. Si bien reconoce que es una tarea ímproba -a punto tal que propone un modelo de juez omnisciente al que llama Hércules- podría caracterizarse como *correcta* aquella reconstrucción que sea capaz de justificar del mejor modo posible los materiales jurídicos y la moralidad política de la comunidad.

Otra metáfora a la que apela Ronald Dworkin para explicar su concepción es la de la "*novela en cadena*". Imaginemos que a un grupo de escritores se les encomienda la redacción de una novela, de modo tal que cada uno de ellos deberá escribir un capítulo.

A medida que vaya avanzando la obra, si su intención es colaborar con la elaboración de la mejor novela posible, cada escritor se verá condicionado por los capítulos previos. Por ejemplo, si llegaran a nuestras manos los primeros diez capítulos del Quijote, sería incoherente que nuestro protagonista subiera a una nave espacial para conquistar Marte.

Del mismo modo, cada juez escribe un nuevo capítulo en la tradición jurídica, pero también moral y política de la comunidad y es su deber encontrar la solución que mejor justifique y represente esa historia previa.

Por supuesto que la doctrina dworkiniana ha sido también objeto de importantes críticas. Las más profundas y sagaces han provenido del movimiento conocido como *Critical Legal Studies (CLS)*, versión anglosajona de las teorías críticas del derecho que estudiaremos en el próximo apartado.

Los CLS, considerados por muchos como los herederos del viejo realismo jurídico, pondrán énfasis en el plano ideológico y legitimatorio del discurso judicial, sosteniendo que la actividad del juez pensado por Dworkin no se desarrolla heroicamente tras la búsqueda del ideal democrático de la sociedad, sino que detrás de su discurso hay fuertes componentes políticos.

Lo interesante de pensamiento de los CLS, fundamentalmente a través de Duncan Kennedy, uno de sus principales exponentes consiste en demostrar que la tensión entre “*libertad*” y “*restricción*” en la actividad judicial no obedece a las cualidades de los materiales jurídicos, sino que es una sensación o experiencia vivida por el propio magistrado.

Frente a los mismos hechos y con las mismas normas un juez puede sentir que la norma es clara y tiene mucho margen de creación y otro, con distinta formación, valores o creencias, considerar que se encuentra frente a un caso atípico y debe recurrir a otros principios y normas para resolver la cuestión.

Pensemos, por ejemplo, en los planteos sobre matrimonio igualitario. Durante años a la gran mayoría de los jueces le hubiera parecido que si dos personas del mismo sexo querían contraer matrimonio esto era imposible ya que la ley no daba lugar a ninguna duda, claramente hacía referencia a un hombre y una mujer. Otros jueces, sin embargo, frente a hechos idénticos, con la misma constitución y con la misma ley vigente han encontrado en el precepto legal una limitación que consideraban violentaba precepto de rango superior.

6. Pensamiento jurídico crítico y garantismo

La última perspectiva que nos proponemos revisar en esta recorrida por las principales posiciones en torno al papel de los jueces y la problemática interpretativa es la propuesta por lo que en términos genéricos podemos denominar el “*pensamiento jurídico crítico*” o “*teorías críticas del derecho*”.

La denominación propuesta pretende ante todo explicitar que a diferencia de algunas teorías que intentan agruparse tras un autor preponderante o algún texto canónico, las teorías críticas o alternativas se han manifestado de modos diversos tanto en Europa como en América, aunque es posible reconocer en ellas algunos acuerdos básicos –la mayoría de ellos implícitos- y ante todo una actitud común frente al fenómeno jurídico.

La adopción de un punto de vista como el propuesto implica ser crítico simultáneamente en un doble sentido: por un lado, crítico del reductivismo normativista de la tradición positivista y de los anclajes metafísicos del iusnaturalismo; pero también ser crítico implica reconocer el carácter transformador de la propia reflexión teórica.

En tal sentido las teorías críticas se caracterizan por asumir explícitamente que las cosas que pensamos y decimos, sobre las que reflexionamos y actuamos, impactan en los que el discurso jurídico es y en lo que vaya a ser.

a) Las prácticas judiciales alternativas

Así, algunas de las expresiones del pensamiento jurídico alternativo no han surgido desde el ámbito académico sino como reacciones del propio ámbito judicial. Tal fue el caso, por ejemplo de movimiento del *“uso alternativo del diritto”*.

A inicios de los años setenta, en Italia, a partir de las ideas divulgadas por un conjunto de jueces agrupados en Magistratura Democrática, comienza a teorizarse el carácter político de la actividad del jurista, al tiempo que se reafirma la politicidad del derecho.

Entre los prestigiosos integrantes de este movimiento se destacan autores como Pietro Barcellona, Luigi Ferrajoli, Giuseppe Coturri, Salvatore Senese, Vincenzo Accattatis, Domenico Pulitano, Francesco Misiani, etc. A pesar de sus particularidades, dichos autores coinciden en constatar que el sistema jurídico no es un conjunto compacto de normas, sino una entidad discontinua y llena de grietas. La tarea que consiste en la determinación y constitución de sentidos ya

no será, entonces, considerada técnica sino axiológica, valorativa, teleológica. De allí que pueda cumplirse con la finalidad de preservar el statu-quo existente, o en cambio, con la intención de favorecer los intereses de las clases subordinadas, de facilitar la ampliación de la ciudadanía, de luchar contra la explotación.

En síntesis, puede entenderse por uso alternativo del derecho la propuesta, tanto de carácter práctico como teórico, de utilizar y consolidar el derecho y los instrumentos jurídicos en una dirección emancipadora. Implica, de este modo, la toma de conciencia de la función política del derecho, de su interdependencia con las relaciones sociales, económicas y políticas y su idoneidad como factor de cambio social.

En América Latina la principal influencia de esta corriente podemos encontrarla en Brasil, en cuyos estados del sur se desarrolló a partir de los años '90 el *“Movimiento de Direito Alternativo”*.

Para comprender cabalmente su proceso de constitución, proponemos esbozar en los próximos párrafos una breve historia del movimiento.

El 24 de octubre de 1990, el Jornal Folha da Tarde de San Pablo publicaba bajo el título “Juíces gaúchos colocam Direito acima da lei”, un artículo sensacionalista y tendencioso del periodista Luiz Maklouf. El mismo era el resultado de una serie de conversaciones obtenidas off de record con un grupo de magistrados de Río Grande do Sul, y daba cuenta de la actividad de alrededor de cuarenta jueces de ese estado, que en sus sentencias venían cuestionando desde hacía algún tiempo, los fundamentos del Derecho, el Poder Judicial y el propio concepto de justicia.

Como es de suponer, el mundo jurídico brasileño se conmocionó frente a la noticia generándose un debate público que, paradójicamente, permitió que otros profesionales del derecho con inquietudes similares -que venían desarrollando su tarea sobre todo en el ámbito de la abogacía popular- junto a teóricos e intelectuales que en campo universitario adscribían a posiciones

críticas, decidieran definitivamente aglutinarse junto a los magistrados gaúchos y formar un frente común desde el que defender sus posiciones.

A partir de entonces comenzaron las actividades públicas del movimiento: foros, debates, encuentros, publicaciones individuales y colectivas; que alcanzaron su punto culminante con la celebración del “ Primer Encuentro de Derecho Alternativo”. Este congreso, de carácter internacional, celebrado en Florianópolis entre el 30 de octubre y el 1 de noviembre de 1991 contó con más de un millar de asistentes: abogados populares, procuradores, fiscales, jueces y académicos provenientes sobre todo de las áreas de sociología y filosofía jurídica, no sólo de Brasil sino del resto del continente y algunas destacadas presencias europeas.

Los encuentros internacionales se sucedieron, realizándose el segundo y el tercero en 1993 y 1996, donde la convocatoria no sólo se mantuvo cuantitativamente, sino también desde el punto de vista cualitativo. Para nombrar sólo algunos de los prestigiosos nombres convocados podemos referirnos a autores de la talla de André Jean Arnaud, Alesandro Baratta, Alicia Ruiz, Modesto Saavedra, Raffaele de Giorgi, Joaquín Herrera, Eligio Resta, Oscar Correas, Carlos Cárcova o José Eduardo Faría.

Por otra parte, se desarrollaron reuniones y aparecieron publicaciones referidas a diversas áreas “dogmáticas” del derecho: derecho constitucional, procesal, civil, del trabajo, agrario, etc., todos ellos encarados desde la óptica del derecho alternativo.

b) El derecho como práctica social de naturaleza discursiva

La visión que sostienen las teorías críticas sobre la cuestión hermenéutica y la actividad judicial va a estar íntimamente ligada a la caracterización del derecho que, en palabras de Cárcova puede ser entendido *“como una práctica social específica que expresa y condensa los niveles de conflicto social, en una formación histórica determinada. Esa práctica es de naturaleza discursiva, en el sentido que la lingüística atribuye a esta expresión, esto es, como proceso social de producción de sentidos.”*

El discurso al que nos estamos refiriendo, abarca tanto el de la ciencia del derecho, como el de las autoridades y los súbditos. Lo que los magistrados establecen, lo que los legisladores sancionan, lo que los abogados argumentan, lo que los litigantes declaran. Y no queda en las palabras. Esta práctica representativa incluye actos, gestos, ritos, creencias, mitos y ficciones.

Por otra parte, resaltar la estrecha relación derecho-poder (entendiendo a este último no como una cosa o un instrumento, sino - desde una teoría relacionista- como una situación estratégica en una sociedad determinada) permite las Teorías Críticas explicar lo que denominan la *“función paradójica del derecho”*. Vale decir que el papel del derecho dependerá de una relación de fuerzas que permite determinar que *“en manos de los grupos dominantes constituye un mecanismo de preservación y de reconducción de sus intereses y finalidades; en manos de los grupos dominados, un mecanismo de defensa y contestación política”*.

Como sostiene Cárcova: *“Pensar lo jurídico como práctica social discursiva, tal como lo presentado aquí de manera fatalmente esquemática, parece constituir un aporte superador de ciertos reductivismos tradicionales en el debate de la teoría acerca del papel de los jueces, de sus competencias hermenéuticas y, en definitiva, del concepto mismo de derecho. Permite explicar mejor ciertos problemas tradicionales y dar cuenta, al mismo tiempo, de algunos otros, que aparecen como típicas demandas de realidad, a la que algunos prestigiosos juristas tratan hoy, como propias de la postmodernidad.”*

c) El garantismo y la legitimación democrática sustancial

Si, como vimos a lo largo de esta unidad, está fuera de duda que la tarea jurisdiccional no es una actividad meramente mecánica de aplicación de normas, donde radica entonces la legitimación democrática de los jueces y cuales son los límites de su accionar. Creemos que un aporte clarificador en este punto proviene de la teoría garantista desarrollada por Luigi Ferrajoli.

El modelo o sistema garantista, al que su autor califica como “positivista crítico”, propone alterar al “positivismo dogmático” o “paleopositivismo” en diversos planos.

La primera de las alteraciones producidas por el modelo garantista apunta al plano de la Teoría del Derecho, más específicamente a la propia noción de “validez” de las normas jurídicas.

Según Ferrajoli, los máximos teóricos del derecho han identificado la “validez” de las normas, sea cual fuera su contenido, con su existencia. Es decir, con su pertenencia a cierto ordenamiento, la que viene determinada por su conformidad con las normas que regulan su producción y que también pertenecen al mismo.

Esta concepción simplificada de la validez, de alcance puramente formal, implica para Ferrajoli, una simplificación e incompreensión de la legalidad de un estado constitucional de derecho por lo que la ciencia del derecho ha tenido que enfrentarse al problema de normas que, por más que tengan existencia formal, o vigencia, se encuentran en contradicción con normas sustanciales sobre su producción.

Para superar las aporías a las que se enfrentan las teorías tradicionales en torno a la validez, el garantismo propone distinguir dos dimensiones de la regularidad o legitimidad de las normas : i) la “vigencia” o “existencia”, que hace referencia a la forma de los actos normativos y que depende de la conformidad o correspondencia con las normas formales sobre su formación ; y ii) la “validez” propiamente dicha que, por el contrario, tiene que ver con los aspectos sustanciales sobre su formación, su significado o contenido.

A partir de esta distinción, reconoceremos que todo sistema jurídico en mayor o menor medida adolece de dos tipos de vicio, las *antinomias* y las *lagunas*. El primero de ellos consiste en vigencia de normas inválidas, vale decir que se da cuando se crean normas siguiendo los procedimientos formales cuyo contenido

contradice o violenta preceptos contenidos en los niveles más altos de los ordenamientos.

Las lagunas, por su parte, pueden ser caracterizadas como la falta de vigencia de normas válidas. Es decir, cuando por la falta del dictado de ciertas normas, derechos consagrados en los niveles superiores de los ordenamientos no se encuentran efectivamente vigentes. Tal el caso del gran número de derechos sociales, como la participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas. Otro ejemplo de nuestro ordenamiento podría ser el de los juicios por jurados.

Esta reconceptualización de la relación entre forma y sustancia, entre procedimiento y contenido, se traduce una nueva dimensión sustancial de la democracia.

Y así como el concepto de vigencia (dimensión formal) se vincula directamente con lo que llamaremos "*democracia política*", que hace referencia fundamentalmente al "quién" y al "cómo" de las decisiones; la noción de validez (dimensión material) se relaciona con la que Ferrajoli denomina "*democracia sustancial*", puesto que se refiere a lo que no puede decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría.

La democracia política, al igual que el mercado, se identifica con la esfera de lo decidible, pero vinculada y delimitada por los Derechos fundamentales. Ninguna mayoría, ni siquiera la unanimidad, puede decidir legítimamente la violación de un derecho de libertad, o la no satisfacción de un derecho social.

Esto impactará directamente en el papel de la jurisdicción. La sujeción del juez a la ley ya no es sujeción a la letra de la ley, cualquiera sea su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, coherente con la constitución.

En este papel del juez como garante de los derechos fundamentales se basa la legitimación democrática de la jurisdicción. Pero no de la democracia política, sino, por el contrario, de la democracia sustancial. No deriva entonces, de la

voluntad de la mayoría, sino, precisamente, de su oponibilidad. En tal sentido, afirma Ferrajoli que ninguna mayoría puede hacer verdadero lo que es falso, o falso lo que es verdadero, ni, por tanto, legitimar con su consenso una condena infundada por haber sido decidida sin pruebas.

Del mismo modo, entra en crisis el viejo modelo de ciencia jurídica propuesto por el positivismo dogmático. La tarea del jurista, desde la perspectiva garantista (o positivista crítica) no es, entonces, sistematizar y reelaborar las normas del ordenamiento para presentarlas en forma coherente y con una plenitud que en verdad no poseen, sino, por el contrario, denunciar la existencia de antinomias y lagunas.

Creemos haber efectuado a lo largo de esta unidad un amplio y variado recorrido por diversas concepciones interpretativas y visiones de la función jurisdiccional. Necesario es señalar, sin embargo, que como en toda selección siempre hay también omisiones.

Por ello, para finalizar, no podíamos dejar de señalar que, entre otros, no hemos analizado los aportes de corrientes como el realismo jurídico escandinavo, desarrollado por autores de la relevancia de Karl Olivecrona o Alf Ross, ni hemos estudiado las teorías de la argumentación cuyo principal exponente es seguramente Robert Alexy.

Bibliografía

CÁRCOVA, Carlos María, “¿Qué hacen los jueces cuando juzgan?” en AAVV, ESTUDIOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO Y FILOSOFÍA SOCIAL Libro homenaje a José M. Delgado Ocando. Tribunal Supremo de Venezuela, Caracas, 2001.

OST, François, “Júpiter, Hermes, Hércules: Tres modelos de juez” en Doxa-14, Alicante, 1993.