

*José Luís Aramburo Restrepo**

El papel del juez Una aproximación teórica

Fecha de Recepción: 07 de Septiembre 2009

Fecha de aprobación: 19 de Enero 2010

RESUMEN

La teoría jurídica actual se orienta hacia la perspectiva del juez. En este ensayo se explora la relación metafórica entre el derecho y la actuación como un instrumento para entender el complejo nexo entre la legalidad y los seres humanos, y, por tanto, la forma en que el texto es transformado por la práctica de todo aquel que lea textos jurídicos con el fin de tomar determinadas decisiones. Luego de un panorama general de los discursos que sustentan una teoría jurídica judicial, este ensayo ofrece una respuesta metodológica al conflicto entre la creación del derecho por el juez y las expectativas sociales por la consistencia y previsibilidad en la concreción del derecho, e introduce una reflexión sucinta sobre el nexo entre la perspectiva judicial y la democracia.

Palabras clave: *Performance*, teoría jurídica, retórica jurídica, perspectiva judicial.

ABSTRACT

Today's legal theory has focused on the judge's perspective. This paper explores the metaphorical relationship between law and performance as a means to understand the complex link between the rule of law and the "rule of man", namely the way the legal text is transformed by readers who use it in order to make particular decisions. After an overview of the discourses that support judicial legal theory, this paper offers a methodological response to the conflict between legal creation by the judge and social expectations of consistency in the concretion of law. It also introduces a brief reflection on the link between judicial perspective and democracy.

Key words: *Performance*, legal theory, legal rhetoric, judge perspective.

* Profesor Titular de la Universidad Nacional de Colombia.

Pues bien, cese aquí ya en su justo límite nuestro entretenimiento con los discursos... tanto a Lisias y a todo aquel que componga discursos, como a Homero y a cuantos hayan compuesto poesía sin acompañamiento musical o para ser cantada, y en tercer lugar a Solón y a cualquier otro que, ocupado de oratoria política, haya escrito obras denominándolas leyes
(Platón, Fedro 278a-d)

1. DERECHO, PRÁCTICA JUDICIAL Y PERFORMANCE

El título de este trabajo sugiere, en primer lugar, la metáfora teatral. Ost y Van de Kerchove¹, y después Balkin y Levingson², entre otros, han apelado a la analogía entre el derecho y las artes escénicas. López Medina recuerda que Carnelutti utilizó también a esa analogía para hacer comprender la interpretación jurídica³. Recientemente, la reconocida facultad de Derecho de la Universidad de Cardozo en los Estados Unidos dedicó un simposio y uno de los temas de su revista al tema⁴, todo ello dentro del contexto de la actividad judicial.

1.1. El texto y la actuación

Dejando de lado las múltiples y notorias diferencias entre el teatro (las artes escénicas en general) y el derecho, ambas actividades plantean, en primer lugar, relaciones complejas entre el texto y la actuación. Los libretos y las obras de teatro, al igual que los textos jurídicos, pueden ser leídos en soledad por lectores desprevenidos, académicos o estudiantes; sin embargo no es esa la finalidad para la que esos textos fueron creados y por ello unos y otros se realizan a plenitud cuando son “interpretados”, esto es, representados los unos, aplicados los otros. Habrá quien se fije más en la obra literaria como tal y quien se especialice en la actuación, de la misma manera en que hay quien crea más en los textos legales que en su aplicación para producir decisiones imperativas de la autoridad o viceversa. Lo cierto es que, en lo que al derecho se refiere, la teoría tiende a dejar de lado ese dualismo y tomar crecientemente en cuenta la *relación* entre el texto y la actuación, más que cualquiera de los dos extremos.

¹ Cfr. *Elementos para una teoría crítica del derecho*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2000.

² Cfr. Balkin, J. y Levingson, S., *Law as Performance*, 1998: www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/london21.htm

³ Cfr. López Medina, Diego, *Interpretación constitucional*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial, Universidad Nacional, 2002.

⁴ “Modes of Law: Music and Legal Theory”, Vol. 20, Nos. 5 & 5, Special Symposium Issue. 1999.

La analogía, incluso dentro de su limitado alcance, sirve también para sacar del cielo metafísico las reflexiones jurídicas que ocultan que el derecho es una práctica social efectuada en determinados escenarios, por determinados actores y ante determinado público.

1.2. Actor y espectador

Otro aspecto analógico entre las artes escénicas –extensivo a la música– y la práctica jurídica es el referente a las dos perspectivas desde las que pueden ser estudiadas ambas actividades.

En derecho se denomina perspectiva del observador a la típica actitud teórica positivista, que considera privilegiada una mera descripción de las normas jurídicas o del orden jurídico, lo que sugiere una actitud fría e impassible, psicológicamente y epistemológicamente –fenomenológicamente, en suma– muy próxima a la del espectador en una representación escénica o la del crítico literario en las obras de teatro.

A la inversa, la perspectiva del participante, en cuyo centro se encuentra el juez⁵, es la de quien argumenta sobre la correcta aplicación del derecho a situaciones particulares. Es, por tanto, la de los juristas y abogados y, con mayor razón, la de los clientes de éstos últimos, en general, la de todo aquel que se vea envuelto en un conflicto jurídico del cual peligre su libertad, sus bienes, su comodidad. Con todo, la participación en la práctica como tal se entiende, dentro de la tradición cientificista de teoría jurídica, un sesgo que invalida el conocimiento.

Precisamente la dicotomía escénica plantea la relación entre quien actúa y quien, desde una posición pasiva, observa. La predisposición cultural a dar más valor al conocimiento pasivo que a la práctica activa, es la consecuencia del predominio, dado por la cultura occidental por obra de la escritura, del texto sobre el cuerpo. La contratendencia jurídica a este movimiento más importante de la teoría jurídica actual, desde el reconstructivismo o “postpositivismo” y de las escuelas jurídicas críticas, es la reivindicación de la perspectiva del participante, como veremos pronto.

Ese cambio viene dentro de un contexto sociocultural innegable. La posmodernidad ha llegado con la constatación de que la vida social es compleja y se desarrolla a través de una red de comunicaciones de muy diverso origen y sentido, que se entrecruzan, sin que haya referentes externos que respalden ontológicamente el predominio de una visión sobre las demás.

Jurídicamente, las personas resuelven sus conflictos de intereses apelando a normas de muy diversa naturaleza, y el derecho como tal sólo aparece apenas en una etapa avanzada de los conflictos interpersonales de la mano de los abogados y, por lo tanto, la estricta solución jurídica es apenas la punta en la pirámide de la conflictividad

⁵ Cfr. Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1994, p. 31: “...En el centro de la perspectiva del participante se encuentra el juez...”.

social⁶, punto en el cual la eventual decisión judicial del conflicto es una alternativa a la mano⁷.

1.3. El “protagonismo” del juez

Montesquieu, como tanto se ha recordado, consideraba al juez “la boca que pronuncia las palabras de la ley... un ser inanimado”⁸. De acuerdo con esa metáfora escénica, el juez sería una especie de médium, una máquina parlante (o escribiente) a través de quien se pronuncian las leyes, sin que el propio cuerpo del juez –el tiempo en que vive, sus experiencias y cultura– tenga nada que ver. El poder judicial, para Montesquieu es prácticamente cero, el juez no tiene protagonismo alguno.

Ese modelo del juzgamiento, típicamente liberal, entró en crisis en la práctica jurídica desde su misma formulación, pues desde temprano se supo entre juristas que todas las normas deben ser interpretadas, que son vagas y ambiguas y que entre ellas hay vacíos y antinomias, lo que obliga a que el juez intervenga. Sin embargo los estudiosos externos del derecho siguieron partiendo de la base de que las normas mismas pueden ser estudiadas sin consideración a la forma como ellas son llevadas al mundo real y por cuáles dispositivos ocurre la actuación del derecho.

Solamente desde una revaloración de la vida concreta del derecho, que ocurre en el medio judicial, empieza a haber conciencia entre académicos de que el juez no es una antena del derecho, un receptáculo pasivo de las normas, y que, por el contrario, tiene que ser, la mayoría de los casos sin una plena conciencia y muchas veces a su pesar, un dispositivo necesario de adaptación de los textos –abstractos e impersonales– a la realidad concreta, que se manifiesta en los casos que llegan a su consideración. Más aún, que en ese proceso las normas adaptadas se transforman.

Varias diferencias plantea la constatación de esas dos perspectivas. En primer lugar, la perspectiva del participante, a diferencia de la del observador, no puede partir de una distancia ontológica entre la descripción y la valoración en que se basa la clásica dicotomía entre positivismo e iusnaturalismo. El que los jueces deban tener algún protagonismo en el derecho no es el resultado de su propio querer y mucho menos del querer de algunos ideólogos (por cierto, muy poco leídos entre ellos⁹). El derecho que

⁶ Cfr. Santos, Boaventura, “Los tribunales en las sociedades contemporáneas”, en *Pensamiento Jurídico* No. 8. Ilustra ello con una pirámide en cuya base están los conflictos que son planteados y en cuya cima están los que llegan a conocimiento de los abogados y, por ello, son planteados de acuerdo con normas jurídicas. Por supuesto, la relación entre la base y la cúspide depende de distintas variables, pero en todo caso parece siempre bastante notoria.

⁷ “Las reflexiones sobre el “pluralismo jurídico” tienen como punto de partida la perplejidad de quien algún día creyó que el derecho en sentido estricto –institucional– tenía la llave maestra para conducir el poder y proporcionar las únicas alternativas imperativas de solución de conflictos interpersonales. Así, hoy en día es preferible hablar de “pluralismo normativo”.

⁸ Montesquieu, Charles, *El espíritu de las leyes*, México, Alianza Editorial, 2003, p. 151.

⁹ Se suele mencionar a Carl Schmidt como el ideólogo de esa nueva visión del juez. Sin embargo, este autor, muy mencionado entre politólogos, es prácticamente desconocido o ignorado entre teóricos del derecho y juristas, al menos entre los de las vertientes teóricas de que aquí se habla. La actitud inicial del jurista es precisamente la opuesta a la de Schmidt quien, hasta donde sé, quería que se dejara al juez una decisión libre de los casos. Los abogados, en cambio, sabemos que el juez es inevitablemente protagonista, pero encontramos que eso es, en términos generales,

sirve de base al juez para sus decisiones es, por su propia naturaleza, indeterminado. Como lo explica Larenz, de su lectura de Luhmann, la relación del texto legal con la actividad del intérprete es “doblemente variable”¹⁰: la norma abstracta no puede prever casos sino “conjuntos de casos” y el intérprete al momento de seleccionar una norma para resolver un caso e interpretarla no puede hacer otra cosa que insertarla en su propio sistema de creencias, que proviene de sus experiencias no sólo académicas sino vitales.

La afirmación de que el juez crea derecho proviene así, en primer lugar, de una constatación empírica. Pero semejante percepción es siempre, a su vez, problemática, en la medida en que ella hace notorio el riesgo de la imprevisibilidad de la actividad judicial, peligro que para nadie es pacífico¹¹. De ahí que el análisis de cómo los jueces realmente resuelven los casos que se someten a su consideración, que lleva a entender que se trata siempre de una actividad compleja, viene acompañado de alguna postulación sobre la mejor forma en que se cree que ello puede hacerse, con lo que se intenta reducir la imprevisibilidad y controlar el caos¹².

Entonces la práctica jurídica tiene que deconstruir el dualismo tradicional entre conocimiento y creación¹³, de manera similar a la práctica artística: tanto entre juristas como entre artistas la creación no es una actividad libre y anómica, individual o solipsista, hecha desde la pura inspiración y la arbitrariedad, sino una práctica regulada, válida sólo desde el consenso y la aceptabilidad social¹⁴.

1.4. Genealogía

La relación original entre el derecho y la actuación es genealógica. Persona es, primero, máscara y disfraz; luego, personaje; finalmente, sujeto de derecho. Esta metamorfosis la recuerda Hobbes en *El Leviatán*¹⁵. De esa genealogía, concluye Douzinas que la persona “es la creación del artificio jurídico o teatral, es producto de una performance institucional”¹⁶.

problemático. Particularmente, entendemos que el protagonismo del juez no proviene de que no haya normas, sino también de que en muchos casos hay *demasiadas* normas.

¹⁰ Cfr. Larenz, Karl, *Metodología del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.

¹¹ Cfr. Taruffo, Michele, “Legalidad y justificación”, en *Sobre las fronteras*, Bogotá, Temis, 2006.

¹² Se suele asignar esta forma de pensar a Dworkin, pero antes que él estudiosos de la metodología del derecho, desde el propio Savigny, se enfrentaron a esa tarea. Cfr. Larenz. *Metodología de la ciencia del derecho*. Ariel, Barcelona, 1994.

¹³ Cfr. Derrida, Jacques, “Fuerza de ley: fundamento místico de la autoridad” (Trad. Adolfo Berberó y Antonio Peñalver) en *Revista Doxa*. No. 17, 2007.

¹⁴ El arte, lejos de ser la actividad individualista y arbitraria, como la consideró Platón, es la actividad social por excelencia, que acompaña a todas las sociedades humanas desde tiempos inmemoriales y que testimonia sus rasgos más propios.

¹⁵ Dice Hobbes: “La palabra persona es latina: en su lugar los griegos usaban ‘*prosepon*’ que significa rostro, como persona en latín significa disfraz o apariencia externa, modificada en el escenario; y a veces más particularmente aquella parte que disfraza el rostro, como una máscara o antifaz. Y del teatro ha sido trasladada a cualquier representante de un discurso y acción, tanto en los tribunales como en el teatro. Así que persona es lo mismo que un actor, tanto en el escenario como en la conversación común; y personificar es actuar o representarse a sí mismo o a otro; y quien actúa por a otro se dice que lo personifica...” (Tomado de <http://www.gutenberg.org/dirs/etext02/lvthn10.txt>. Trad. del autor).

¹⁶ Douzinas, Costas, *El fin de los derechos humanos*, Bogotá, Legis, 2008.

Las prácticas jurídicas en las sociedades en que no impera la escritura –algunas de ellas todavía vivientes– son, de hecho, sin metaforización alguna, “escénicas” o “performativas”¹⁷. Por ello Bernard Hibbits llama a esos grupos sociales “*performance cultures*”. Equivocadamente designadas durante mucho tiempo como “culturas orales”, lo que tienen de particular esas culturas es que sus miembros usan el cuerpo en general para su comunicación y en particular para su comunicación jurídica, esto es, sus prácticas judiciales y negociales. Por lo mismo son culturas omnisensoriales, lo que significa que todos los sentidos –no solamente la vista, como entre nosotros, o el oído, como se cree– están implicados en la comunicación. La expresión “*performance*” tiene la misma polisemia de la palabra “actuación”: indica al mismo tiempo teatralidad, actividad y culminación de algo.

En ese contexto escénico surge la retórica, como la expresión de la democracia en su sentido original. La afiliación de las personas a cierta concepción o idea no es el producto de la procedencia del discurso, de su orden lógico o del privilegio ontológico que hayan adquirido ciertas palabras, pronunciadas o escritas. La eficacia del discurso no se deriva sólo de “*lo que se dice*”, lo que normalmente es memorizado y recitado en la academia. *Quién dice, cómo lo dice, a quién y cuándo se lo dice* son también elementos de la persuasión y por tanto de la acción. Es la retórica, desde luego, un arma ambivalente, pues nadie garantiza que lo que obtiene la adhesión sea “lo justo”.

En este contexto de problematización a la democracia nace el republicanismo platónico. Platón (Sócrates), en el diálogo *Gorgias*, se muestra receloso de que los retóricos no sepan de nada en particular y simulen saber; que la retórica sustituya la política como la culinaria suplanta la medicina y que sea la adulación, en un caso, y el sabor, en el otro y no el provecho y la justicia lo que mueva a la acción¹⁸. Pero la descalificación de la retórica proviene, en últimas, de una distinción esencialista entre creencia (*doxa*) y conocimiento (*epistheme*).

Aristóteles, por el contrario, se pone del lado de Gorgias para defender la retórica como un saber necesario (incluso, si se quiere, para evitarla). En primer lugar, “porque lo verdadero y lo justo prevalecen por su naturaleza sobre sus contrarios...” y, en segundo, porque “ni siquiera si poseyéramos la ciencia más rigurosa sería posible convencer a ciertos oyentes argumentando a partir de ella (...) así que es necesario basar los argumentos y los razonamientos en nociones comunes”¹⁹. De ahí la raigambre democrática de la retórica, pues no se trata de discursos confinados a círculos de intelectuales, sino que deben apelar a la “sabiduría popular”. El objeto de la retórica como saber no es para él persuadir “sino ver los argumentos propios de cada asunto” (ibíd.). Así como para Gorgias de nada sirve al médico tener a la mano el remedio si no tiene la credibilidad suficiente para convencer al enfermo de tomarlo, para Aristóteles el objeto de la medicina como de la retórica no consiste en curar a los enfermos “sino poner los medios para ello hasta donde sea posible”²⁰.

¹⁷ Cfr. Hibbits, Bernard, “Comming to our senses. Communication and Legal Expression in Performance Cultures”, en *Emory Law Journal* 4, 1992.

¹⁸ Cfr. Platón, *Gorgias* 465a, Madrid, Edaf, 2007, p. 158.

¹⁹ Aristóteles, *Retórica*, Madrid, Alianza Editorial.

²⁰ Ibíd. 1355b.

La modernidad viene con la ocultación de la retórica. El dualismo cartesiano entre la duda y la certeza y el kantiano entre persuasión y convicción vienen a reemplazar, en el pensamiento moderno, la clásica dualidad platónica entre conocimiento y certeza, en el propósito de ocultar la retórica.

No extraña entonces que la crítica de las bases de la modernidad, conocida como la posmodernidad, empiece por un resurgimiento de la retórica, en momentos en que ella ha invadido, al amparo de su ocultación académica, la vida real de la economía, la política y el derecho²¹ y esta resurrección viene de la mano de la mano de la problematización de su ocultación. Boaventura Santos se arriesga a relacionar la fuerza y la discursividad en el derecho con una cierta ecuación: “mientras más poderosos son los instrumentos de violencia al servicio de la producción jurídica, más pequeño es el espacio retórico del discurso jurídico y viceversa”²².

2. FORMACIÓN DE LA PERSPECTIVA DEL JUEZ

A la comprensión del derecho como el conjunto de discursos con base en los cuales los abogados plantean controversias de la gente común ante las autoridades, que son resueltas en último término por la justicia, se conoce como la perspectiva del juez, que corresponde a un concepto judicial de derecho, según el cual éste es, como lo resume Boaventura Santos, “un cuerpo de procedimientos y estándares normativos regulados, que se considera exigible ante un juez o cualquier autoridad que imparte justicia y que contribuye a la creación y prevención de disputas, así como a su solución, mediante un discurso argumentativo acompañado de la amenaza de fuerza”²³. No se trata de una visión excluyente y totalitaria, como las expuestas por la teoría jurídica tradicional, sino una que se propone entender mejor la actividad de los juristas prácticos y que no se ocupa de la práctica de los teóricos porque eso les corresponde a ellos mismos. Veremos someramente diversos hitos de la formación y consolidación de esa perspectiva teórica.

2.1. El realismo jurídico

Desconocidos o mirados con desconfianza en estas latitudes, los realistas tienen el mérito de haberle puesto el cascabel al gato dentro de una cultura jurídica formalista, en ocasiones hasta el extremo del fetichismo. Para los realistas, el derecho consiste en la previsión de las decisiones del juez. El magistrado Wendel Holmes, entre ellos, asegura que el derecho lo entiende mejor el “hombre malo” para quien las normas sólo pueden consistir en el temor de que algún tribunal lo condene en caso de ejecutar determinada acción. Llewelyn afirmaba que las normas se entienden como instrumentos para la decisión del juez y que salvo ese uso son apenas “juguetes vistosos”²⁴.

Reducir la ciencia jurídica a la previsión de la decisión judicial tiene el mérito de desmitificar la actividad jurídica y desnudar la enorme cantidad de discursos vacíos

²¹ La publicidad, el mercadeo, la justificación son las formas modernas de la retórica.

²² Santos, Boaventura de Souza, *La globalización del derecho*, Bogotá, UNIBIBLOS e ILSA, 1998.

²³ Santos, op. cit., p. 20.

²⁴ Cfr. Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ed. Ariel, 9ª Ed., 1999, pp. 44ss.

por no determinar un objeto claro, que se presentan a sí mismos como científicos. Sin embargo, la gran diversidad de enfoques que sugiere esa única alternativa para la ciencia jurídica, difuminó la propuesta teórica del realismo²⁵.

2.2. Hans Kelsen

Referente necesario de la teoría jurídica en estas latitudes, Kelsen encuentra que hay una teoría estática y otra dinámica. Ésta se especializa en determinar la aplicación de las normas. Si bien Kelsen se inclina hacia el formalismo, por el privilegio que le da a la teoría estática, sabe que los jueces al resolver casos deben crear generalmente normas particulares, que dejan de ser tales y se convierten en generales cuando son usadas como precedentes para otras decisiones²⁶.

El juez constitucional, en el momento en que declara la inconstitucionalidad de una norma se convierte en “legislador negativo” toda vez que esa decisión excluye a una norma del ordenamiento jurídico de la misma forma que si hubiese sido derogada²⁷. No se podía pedir más a Kelsen en este aspecto, pues él no asistió al movimiento que se ha producido en el mundo jurídico a partir de la sentencia en el caso *Roe vs. Wade* del 1977 en que la Corte Suprema de Estados Unidos no se limitó a declarar la constitucionalidad de las penalizaciones de los Estados al aborto, sino que determinó bajo qué condiciones podía pensarse a las abortantes, antecedente que se ha generalizado y ha llevado a los tribunales constitucionales occidentales a “modular” muchos de sus fallos.

Más radical que ello: Kelsen encuentra que la sentencia judicial tiene un carácter constitutivo y no meramente declarativo. Un homicida no es quien realizó una conducta penada en la ley como homicidio: es quien efectivamente fue declarado como tal por un juez. De esta forma, “... la norma individual que estatuye que debe dirigirse una sanción bien específica contra determinado individuo es recién creada por la sentencia judicial, no habiendo tenido validez anteriormente...”²⁸.

2.3. Ronald Dworkin

El principal crítico de Hart es el abogado y filósofo norteamericano Ronald Dworkin. Lo realmente original de Dworkin es el reconocimiento de que su reflexión sobre el derecho proviene de la perspectiva del participante (concepto que no coincide con el hartiano de “perspectiva interna”), que convierte al derecho en una “práctica argumentativa”²⁹. Ella, por tanto, se concentra en el desacuerdo teórico, esto es, aquel que no puede ser solucionado con la lectura de meras reglas. Discurrir sobre el desacuerdo supone *a priori* que el mismo puede ser resuelto discursivamente, de lo que resulta su hipótesis de la única respuesta correcta (*one right answer*). Proveer

²⁵ Ibíd.

²⁶ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 2002, pp. 201ss.

²⁷ Ciertamente que Kelsen no conoció las sentencias moduladas y condicionadas por las cuales los tribunales constitucionales actuales salvan las normas bajo condición de que se entiendan en determinado sentido.

²⁸ Kelsen, op. cit., p. 248.

²⁹ Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1992, p. 23.

semejante respuesta no es nunca asunto fácil (los “*clear cases*” no existen para él), sino que es una tarea para una especie de Hércules jurídico: un juez que debe tener un arsenal suficientemente importante para que no se le escape ninguna de las posibilidades de solución de los casos, por complejos que estos sean. De ahí que este juez no sólo cuenta con las reglas, de que se vale el juez en la teoría tradicional; debe usar también principios (*principles*), que constituyen la estructura normativa más familiar a su concepción de “derecho como integridad” y directrices (*policies*). Los principios no se aplican con la lógica “todo o nada” de las reglas, sino que se ponderan entre sí. Las directrices tienen un sentido complementario de reglas o principios y promueven fines particulares, de contenido esencialmente pragmático.

El ataque de Dworkin a Hart le valió la reacción airada, a veces despectiva o simplemente descalificadora de los hartianos. Sin embargo, el propio Hart lo leyó con más cuidado que muchos de sus discípulos y efectivamente con base en esa lectura revisó, en un célebre postscriptum³⁰, algunos de sus criterios y particularmente concedió la existencia de los principios, en el sentido dworkiniano del término, por lo que él mismo se autocalificó un “positivista blando” (*soft positivist*). Con todo, insistió en su regla de reconocimiento, en su dualismo entre los casos fáciles y los difíciles y en la tesis del carácter “intersticial” de éstos.

En lugar de las positivistas, más bien tradicionalistas, Dworkin recibe otras críticas, que personalmente considero más fuertes. Habermas, en nombre de los partidarios de la teoría del discurso, no comparte que un juez académico, aislado y aristocrático como Hércules pueda ser el apto para realizar el ideal de la única respuesta correcta y realizar de esta forma la moralidad política que guía al abogado y filósofo norteamericano, tarea que, de todas formas, Habermas considera válida, aunque para él debe ser cumplida por la opinión pública. Las escuelas más recientes critican de Dworkin que crea en la verdad de la única respuesta correcta y en el carácter deontológico (no tópic) de los principios.

2.4. Robert Alexy

Para Alexy, la perspectiva del participante, típicamente la del juez, es una variable necesaria para conceptuar sobre el derecho. La adopta “quien en un sistema jurídico participa en una argumentación acerca de lo que en este sistema jurídico está ordenado, permitido y prohibido o autorizado”³¹. Para un mero espectador externo a un sistema jurídico cualquiera, es perfectamente válida la tesis de la desconexión entre el derecho y la moral propia del positivismo; no así para el participante, quien debe constatar la existencia de normas en un contexto valorativo. Dentro de esta perspectiva surge la argumentación jurídica, a la que Alexy considera un caso particular de la argumentación práctica, pues incluso los argumentos institucionales necesitan de la creencia de que obedecer las leyes es lo que *debe* hacerse. Del lado de Dworkin, Alexy considera que los principios, conforme se decide algunos casos, tiene una naturaleza lógica distinta de las reglas, pues para él son “mandatos de optimización”.

³⁰ Cfr. *La decisión judicial. El debate Hart - Dworkin*, Bogotá, Universidad de Los Andes, Siglo del Hombre Editores, 1997, pp. 89-141.

³¹ Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, p. 31.

Adicionalmente, a partir de la lectura de Larenz, para Alexy la ciencia jurídica actual se inclina a la solución de casos. Los derechos fundamentales no son, de esta forma, puros enunciados deontológicos, de naturaleza metafísica sino, como todo derecho subjetivo que se precie de tal, constituyen verdaderos instrumentos para obtener decisiones judiciales.

2.5. Jürgen Habermas

El monumental trabajo jurídico de Habermas contenido en *Facticidad y validez* dedica especialmente los dos capítulos centrales a la cuestión judicial. El capítulo quinto particularmente trata de “La indeterminación del derecho y la racionalidad de la administración de justicia”³², y en él analiza la tensión en la decisión judicial entre la justicia material, inclinada hacia el análisis de las particularidades del caso en estudio y la seguridad jurídica preocupada más por la norma abstracta. Para él, el positivismo, de un lado, y las escuelas críticas, del otro, proporcionan soluciones disimétricas a esa tensión, pues se inclinan hacia alguno de los dos lados. Quedan las opciones de Dworkin y Alexy, que descargan la solución de los casos en un juez mítico (Hércules) y en la argumentación jurídica como un caso particular de la argumentación moral, que son para él insatisfactorias. Por ello sugiere descargar en la opinión pública las necesarias idealizaciones que Dworkin deja en los hombros del juez Hércules. Así, “las objeciones de F. Michelman contra el planteamiento solipsista de Dworkin allanan el camino para la teoría del discurso jurídico, articulada en términos de intersubjetividad”³³.

Para Habermas, el derecho en sentido lato es el conjunto de comunicaciones institucionales; en sentido estricto, al contrario, el derecho se compone de pretensiones accionables. Por ello, “la teoría del derecho coincide con la dogmática en privilegiar la perspectiva del juez”, lo que se debe a “la posición funcional que la actividad judicial ocupa en el sistema jurídico en sentido estricto”. Ya que las comunicaciones jurídicas remiten a pretensiones judiciales, “el proceso judicial constituye el punto de fuga para el análisis del sistema jurídico”³⁴. La perspectiva del juez determina, como se verá adelante, el paradigma jurídico.

2.6. Carlos Santiago Nino

Herederos de una fértil corriente realista argentina, para Nino el derecho se conecta con la moral de tres maneras: conceptual, interpretativa y argumentativamente³⁵. Desde el punto de vista conceptual, el debate entre el positivismo e iusnaturalismo se muestra como un falso punto de partida en la teoría jurídica, pues hay tantas afiliaciones entre ciertos positivistas e iusnaturalistas como distancias hay entre representantes de cada una de esas escuelas e incluso las diferencias podrían ser salvadas con ciertas definiciones convencionales. Como en Alexy, en Nino la perspectiva desde la cual se defina el derecho es determinante. A diferencia de las clásicas perspectivas externa e interna, que generalmente corresponden a posiciones positivista e iusnaturalista,

³² Cfr. Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Valladolid, Trotta.

³³ Cfr. *Ibid.*, p. 267.

³⁴ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Barcelona, Trotta, 1998, p. 266.

³⁵ Cfr. *Derecho, moral y política*. Ed. Ariel, Barcelona, 1996.

Nino postula una perspectiva “ultraexterna” de un cierto antropólogo jurídico, la correspondiente a un concepto judicial que podría sintetizarse como la descripción de lo que ocurre en el interior del derecho, lo que implica la constatación de que esa actividad consiste, en últimas –como en Habermas– en justificar el uso legítimo de la fuerza del Estado³⁶, lo que conecta al derecho con la política a través de la moral, en la medida en que, gracias a la actividad judicial, el poder se empieza a ejercer de manera discursiva y justificada.

2.7. Michel Foucault

Aunque anteriores cronológicamente, las aproximaciones del Foucault al derecho, a partir de la serie de conferencias reunidas en su libro *La verdad y las formas jurídicas*, profundizan el programa de las relaciones entre la genealogía, el poder y la moral iniciado con Nietzsche en *La genealogía de la moral*. Desde allí desarrolla la hipótesis de que la sobrevaloración de la verdad en la cultura occidental proviene de las prácticas judiciales, análisis que desembocó en el examen genealógico de la justicia penal desarrollado en *Vigilar y castigar*; de donde derivó este autor a formas más sofisticadas de juzgamiento: los biopoderes.

Precursor de las concepciones pluralistas actuales, es bien conocida la distancia de Foucault en relación con la percepción moderna de la política como soberanía, que domina la teoría jurídica de su tiempo, inclinada al positivismo, para encontrar que las relaciones de poder que, en últimas, consisten en la capacidad que se tiene de juzgar la conducta ajena y atribuirle a ese juicio consecuencias políticas. Esa constatación está movida por la sospecha de que el conocimiento y la política no son dos esferas independientes y de que el poder, que se concreta en juicios a la conducta humana, no está concentrado en una entidad centralizada y más bien ficticia, como es el Estado Nacional.

2.8. Teorías jurídicas críticas

Las formulaciones actuales continúan la labor que inició el realismo jurídico de someter a la crítica los dogmas de las teorías jurídicas tradicionales, que cabalgan sobre la tradición kantiana de la modernidad, venga ella con tintes positivistas o iusnaturalistas. Los *Critical Legal Studies*, en el mundo académico norteamericano parecen, en ese punto, paradigmáticos. Duncan Kennedy, Roberto Mangabeira Unser, Peter Shlang, Drusilla Cornell y muchos otros, se aproximan a la crítica jurídica desde la visión de grupos sociales tradicionalmente marginados o desde la mera autocrítica de la academia jurídica, que encuentra en los estudios jurídicos tradicionales una ocultación metafísica de la auténtica progenie retórica del derecho. Muchos de esos textos se concentran en las tensiones que subyacen en los discursos judiciales³⁷. La

³⁶ Cfr. Nino, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política*, Barcelona, Ed. Ariel, 1994, p. 53. El “concepto descriptivo judicial amplio del derecho”, que guía su propuesta teórica, consiste en “...identificar al derecho con las proposiciones normativas con la que los órganos primarios justifican sus decisiones acerca de cómo emplear la coacción estatal”.

³⁷ Cfr. Kennedy Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 1998. El libro muestra la tensión que se presenta en toda decisión judicial entre lo que el autor llama “la sentencia que yo quiero dictar o LSQYQD” –describiendo con ello la perspectiva de un juez– y las barreras objetivamente impuestas a la actividad judicial por la legislación, en

“crítica de la adjudicación”, como la que adelante Duncan Kennedy³⁸, es en este punto ejemplar.

2.9. Jacques Derrida

Alguna mención merece en este punto Jacques Derrida, el filósofo argelino cuya lectura en el medio académico norteamericano llevó a toda una catarata de “deconstrucciones” jurídicas. En su escrito *Fuerza de ley: fundamento místico de la autoridad*, Derrida considera esos discursos muy ricos desde el punto de vista jurídico, pero pobres desde el punto de vista deconstructivo³⁹. Algunos textos de Montagne llevan a Derrida a reflexionar la fuerza presente en el derecho, cuya personificación es el juez. La actividad judicial se muestra en tres “aporías” que impiden siempre resolver la confrontación entre el derecho y la justicia. La “indecibilidad”, propia de la actividad judicial, implica siempre la tensión entre dos modelos que se excluyen y a la vez se presuponen: la solución calculable y predecible, de acuerdo a regla, está siempre confrontada con la decisión justa, específica y concreta, por la cual el juez respeta las particularidades de cada situación. Así la actitud calculada, fría y racional está del lado de la diferir en el tiempo la solución del caso; mientras que la auténtica decisión justa tendría que ser actual e inmediata, una “locura”.

3. LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

Profusa es la literatura jurídica actual que enfrenta el problema de la creación judicial del derecho⁴⁰. Para Michele Taruffo⁴¹, la afirmación de que el juez crea derecho ya no es problemática. El poder creador del juez no se limita a la interpretación de las disposiciones legales hecha en la sentencia, sino que se vierte en todas las decisiones que debe tomar el juez en el curso del proceso. No se reduce, por cierto, a las normas, sino que empieza por la determinación de los hechos de que depende la aplicación de aquellas.

Aunque la creación judicial es asunto viejo, apenas en esta época se hace visible. La “glocalización” del derecho, como se llama al fenómeno conjunto de la globalización y la emergencia de fuerzas jurídico políticas locales, desdibuja la centralidad del Estado en la producción del derecho; la complejidad de las relaciones sociales, que evidencia la incapacidad de cualquier legislación para prever los conflictos jurídicamente planteables; la emergencia de nuevos sujetos y la correspondiente preocupación por la dimensión concreta del derecho, etc., todo ello subraya la indeterminación de

referencia a un caso práctico: unos trabajadores que deciden obstaculizar en la vía pública la salida de los camiones repartidores de una empresa.

³⁸ Cfr. Kennedy, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 1998.

³⁹ Por ejemplo, ver Balkin, Jack, *La deconstrucción y la práctica jurídica*. Se trata de un texto más próximo a un filósofo analítico como Davidson que a la tradición posmoderna que promueve Derrida.

⁴⁰ Entre otros, Aarnio. Habermas, *Facticidad y validez*. Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Ed. Uniandes, 1998. Rentería, Adrián, Nieto, Alejandro. Taruffo, Atienza.

⁴¹ Cfr. “Legalidad y justificación en la decisión judicial”, en *Sobre las fronteras. Escritos sobre justicia civil*, Bogotá, Ed. Temis, 2005.

los textos legales, que parecían claros y suficientes en sistemas jurídicos cerrados y simples.

El que el juez crea derecho es, en primer lugar, una mera constatación. Pero ella no ocurre en una mera actitud descriptiva, porque el riesgo de arbitrariedad que ella entraña viene siempre con problematizaciones políticas y morales. De un lado, la actuación caprichosa de alguien que detenta el uso de la fuerza estatal invalida toda la simbología democrática del derecho; del otro, que las razones de las leyes puedan ser efectivamente cambiadas en su aplicación anula el debate legislativo. En general, la creación más allá de un límite llevaría a que las decisiones judiciales no sean con arreglo a normas, lo que desdice del derecho en su conjunto.

Así que la constatación del ámbito creador de la decisión judicial viene normalmente con propuestas para reducir la imprevisibilidad del derecho y contener así la arbitrariedad judicial. En su mayoría ellas insisten en atacar el tema por la vía legislativa, lo que ya ha demostrado ser contraproducente, ya que la indeterminación es producto no sólo de la insuficiencia sino más todavía del exceso de textos legales.

4. MÉTODO JUDICIAL

Varias son las alternativas que se dan al problema de la creación judicial del derecho. Sin espacio para reseñarlas, vamos a concentrarnos aquí en la alternativa metodológica. El método jurídico, para los fines que aquí perseguimos, es la actividad académica que textualiza las operaciones efectuadas por los juristas para plantear ante las autoridades sus pretensiones de disponer de la fuerza oficial para determinados efectos y las que éstas deben realizar para hallar si ellas son válidas jurídicamente. El método judicial expresa, de la manera más condensada posible, el método jurídico, toda vez que en la decisión judicial se concentra el saber jurídico, compuesto por los argumentos de la legislación y de la administración, el uso de los precedentes judiciales y las argumentaciones de los juristas y de los particulares implicados en la contienda jurídica.

Las operaciones implicadas en la decisión judicial se aplican, por su naturaleza, a determinar el marco fáctico de la decisión, a concretar el marco normativo y a justificar con materiales de una y otra naturaleza el sentido normativo de la decisión. Típicamente, la sentencia judicial comprende un elemento narrativo, uno justificativo y otro decisorio.

Nieto⁴² distingue entre el “método convencional” y el “método contrario”, con los que se expresa, respectivamente, las operaciones que debería realizar el juez al momento de juzgar y las que realmente realiza. En un caso, el juez debe seguir algunos pasos que lo conducen hacia la decisión y en el otro simplemente decide y luego justifica lo ya decidido. En lo personal soy desconfiado de ese tipo de dualismos y aunque es inevitable acudir a las dicotomías, deberá expresarse que ellas son apenas provisionales, válidas sólo como instrumento propedéutico. Ello significaría que ambos métodos no son excluyentes. En lo que sigue, haré un resumen de mis personales conclusiones.

⁴² Cfr. Nieto, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ed. Ariel, 2004, pp. 92ss.

4.1. Planteamiento del problema

La actividad del juez y del jurista en general empieza por el planteamiento del problema que va a resolver. La solución de los casos se sometan a la decisión del juez sólo cuando los propios interesados no logren un acuerdo, para que sea aceptable, debe concentrarse en los aspectos problemáticos, los menos posibles.

La controversia será solamente fáctica cuando no pueda ser planteada en abstracto, pues ambas partes están de acuerdo en las normas que regirían el caso, a condición de que los hechos que se juzgan hubieran ocurrido. ¿Disparó el acusado el revólver cuya bala mató a la víctima? ¿Lo hizo de manera voluntaria? ¿Lo hizo en legítima defensa?

Habría controversia jurídica si, por el contrario, el problema se puede plantear en abstracto, pues se aspira a que la solución sea válida para todos los casos semejantes, de donde viene la universalidad propia de decidir conforme normas. Las controversias jurídicas serán siempre más diversas y complejas, como que ellas pueden referirse a (a) la formación de un concepto jurídico, (b) la selección del texto legal apto para resolver la controversia, (c) la interpretación de las palabras y del sentido normativo de ese texto, (d) el canon interpretativo que se use, (e) la directriz interpretativa que justifica usar tal canon y no otro, (f) el parámetro normativo que servirá para llenar una laguna, (j) incluso la necesidad de apartarse de un texto legal con el fin de preservar la justicia material del caso y, dentro de esta opción “*contra legem*”, las controversias sobre la constitucionalidad abstracta de un texto legal o sobre la constitucionalidad de su aplicación específica a una situación particular, por su resultado.

4.2. Hipótesis de decisión

En general se muestra como una perversión del juzgamiento el que el juez tenga un prejuicio, conforme al cual va a decidir. Este es el punto de partida del llamado por Nieto “método inverso”. Para los jueces es inevitable, sin embargo, partir de una eventual solución del caso. El “método inverso”, consistente en redactar primero la decisión y luego su justificación, sería en efecto perverso si el juez se viera comprometido incuestionablemente con su prejuicio; pero es apenas un recurso metodológico cuando la solución inicial del juez es apenas una hipótesis, que deberá ser confirmada luego de cumplir con sus obligaciones discursivas. En todo caso, la decisión tendrá mucho menos riesgo de ser arbitraria, cuando el juez sea sensible a la persuasión, no sólo de las partes sino de sí mismo⁴³. Para Duncan Kennedy⁴⁴, en su decisión el juez debe oponer una resistencia discursiva a la sentencia que quiere dictar, en nombre de los obstáculos objetivos del derecho.

4.3. Determinación del marco fáctico

El protagonismo judicial empieza por la determinación del “marco fáctico”, dentro del cual se produce la decisión. El formalismo se ha desentendido de ese aspecto, central hoy en día de toda propuesta teórica⁴⁵. La imposición del derecho, para la

⁴³ Cfr. Perelman, Chaïm, *El imperio retórico*, Bogotá, Ed. Norma, p. 30: “Aún cuando se trate de una deliberación íntima, cuando quien propone razones y el destinatario de las mismas son una misma persona, el contacto de los espíritus es indispensable”.

⁴⁴ Cfr. *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Ed. Uniandes, 1998.

⁴⁵ Cfr. Ibáñez, Perfecto, *Los “hechos”, en la sentencia penal*, México, Ed. Fontamara, 2005.

cual se acude ante el juez, empieza siempre con la transformación de hechos real o pretendidamente ocurridos en hechos enunciados, sigue con la transustanciación de estos en enunciados probatorios, y culmina con la metamorfosis de los enunciados probatorios en presupuestos fácticos para las decisiones de la autoridad⁴⁶. La ocultación del proceso por el cual se realizan esas mágicas transformaciones, hace creer que lo que el juez juzga el hecho ocurrido, en su identidad, y que éste se le impone por fuera de su propia creencia y que viene purgado de toda valoración jurídica.

La realidad, por el contrario, es que el juez se relaciona inicialmente con los hechos a juzgar por el relato que le hace alguien (el demandante, en procesos de derecho privado o contencioso administrativos o la fiscalía en el proceso penal) y que este relato viene ya contaminado de calificaciones y valoraciones jurídicas. Los hechos tienen consecuencias jurídicas, a su vez, por persuasión del juez sobre su ocurrencia real, a través de las pruebas, que consisten también en enunciados de los hechos. El expediente judicial convierte así en lenguaje algo que ocurrió (o no ocurrió) y transforma todos esos enunciados en convicción judicial, que a su vez produce una decisión que se convertirá en imposición, en fuerza⁴⁷.

La distinción ontológica entre el hecho concreto –“premisa menor”– y norma, es una de las falacias de la versión silogística del método judicial. Incluso, dejando de lado “hechos” normativos –como son las cláusulas contractuales o las obligaciones familiares o laborales, entre otros– los hechos ya entran seleccionados de un contexto más amplio, conforme criterios de relevancia jurídica. Todo relato se deberá concentrar en ciertas circunstancias que trascienden jurídicamente y deberá, por tanto, desatender aspectos que *a priori* son irrelevantes, aunque podrán serlo eventualmente en otro contexto normativo.

El método se ocupa de la relación de las pruebas y los hechos realmente ocurridos. El análisis probatorio no es, entonces, procesal (las reglas para el recaudo y valoración de las pruebas) sino retórico: cuáles enunciados probatorios merecen convicción y cuáles no. La persuasión frente a los testimonios, por ejemplo, dependerá de circunstancias concretas de atención, percepción, memoria, aptitud lingüística o interés del testigo; los peritazgos, de la necesidad de la pericia, del nivel de la técnica y su capacidad de representar los específicos hechos sometidos a la experticia, de la capacidad técnica del perito y del procedimiento seguido; la credibilidad del documento se deriva de su autor, de si es conocido o ignorado, de si es parte o tercero, de si es particular o funcionario público y, en tal caso, de si tiene aptitud fedataria o no; la confesión se deriva de la disponibilidad del derecho que resulte comprometido con ella, y los indicios, de la representatividad del hecho conocido con el desconocido y de la relación entre la cantidad y calidad de hechos percibidos. Las pruebas, una vez validadas con la convicción, tienen que concebirse como piezas de rompecabezas flexibles que deben encajar de manera aproximativa pero de tal forma que no debe faltar ni sobrar ninguna.

⁴⁶ Cfr. Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, Ed. Ariel, 1994. Parte Sistemática Capítulo III: “La formación del enjuiciamiento jurídico del hecho”, p. 272ss.

⁴⁷ Cfr. Cover Robert, “La violencia y la palabra”, en *Derecho, narración y violencia*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2002.

4.4. Los textos legales y las normas desde la perspectiva de la cultura jurídica

La norma jurídica es un fenómeno del lenguaje⁴⁸. Esta comprensión acerca el derecho más a la semiología que a las ciencias sociales⁴⁹. Los textos legales son mandatos solamente como actos de comunicación. Formalmente, se supone que la promulgación de los textos legales lleva a su conocimiento por todos los miembros de la comunidad jurídica que, por tanto, se concibe como una comunidad de lectores que comprenden el sentido de los textos.

En la vida real, solamente de la lectura y los procesos semiológicos de representación y comprensión podemos suponer algo así como una obligación de una comunidad cualquiera de obedecer las normas que los textos quieren imponer. El texto como tal es un objeto físico, en tanto existe como el producto de una actividad humana y tiene una entidad perceptible por los sentidos. Pero la norma es un fenómeno cultural: existe luego de la efectiva lectura de personas que entienden el lenguaje en que el texto esto escrito y tienen la capacidad de representarse las consecuencias normativas de esos signos escritos en un papel o visibles en un monitor, por sus relaciones con otros textos y con una prefiguración de la amenaza implícita en su desconocimiento. Semejante representación no se deriva por cierto, en última instancia, de las normas mismas, pues ellas no describen las penurias que tienen los presos en las cárceles, ni la tragedia de perder la vivienda, el empleo, los bienes, etc.

De ahí que autores recientes⁵⁰ distinguen entre textos legales y normas jurídicas, no con el propósito de fundamentar una ciencia jurídica, como lo hizo Kelsen con su distinción entre enunciados y normas, sino para entender las fusiones del derecho y la cultura social. Los textos legales son el “lenguaje objeto”, esto es, el punto de partida de todo trabajo del jurista; la norma es, en cambio, un metalenguaje, un producto de la lectura, que incluye la labor de comprender, interpretar, adaptar, reconstruir y finalmente aplicar los textos legales. Naturalmente, en la producción jurídica el metalenguaje es reciclado y convertido, a su vez, en lenguaje objeto, así sucesivamente⁵¹. Así, pueden existir, y efectivamente existen, muchos textos legales que no logran ser normas, pues no son leídos o entendidos o interpretados o aplicados a situaciones particulares y se quedan “en el papel”.

De esta forma, una teoría del derecho tiene que empezar por una teoría del discurso jurídico. Este no se limita al discurso del derecho, como designaríamos el conjunto de textos legales, sino toda producción discursiva que resulta de la lectura de textos legales para determinados propósitos.

⁴⁸ Ver Irti, Natalino, “El lenguaje de las Normas jurídicas privatísticas”, en *Introducción al derecho privado*, Lima, Ed. Grijley, 2003. Aarnio, Aulis, “Derecho y lenguaje”, en *Derecho, racionalidad y comunicación social*, México, Ed. Fontamara, 2ª Ed., 2000.

⁴⁹ Cfr. Aarnio, Aulis, op. cit., p. 13: “La investigación científica en del Derecho difícilmente se conecta con las ciencias sociales empíricas. Es posible encontrar familiares más cercanos... dentro de las áreas estrechamente relacionadas con las tareas de comprensión e interpretación”.

⁵⁰ Ver Correas, Óscar, *Teoría del derecho*, op. cit., p. 17. Nieto, Alejandro, op. cit., p. 107ss.

⁵¹ Ese es el sentido de la conocida expresión de Derrida: “No hay nada detrás del texto”.

Componente necesario de esa lectura es la cultura de quien produce y de quien lee la norma. Garapon y Papadopoulos llaman cultura jurídica interna a la desarrollada por los juristas⁵². La cultura externa, la de los legos, no es un producto directo de la lectura de esos textos, sino un subproducto del discurso jurídico, principalmente del desarrollado por las narrativas sobre el derecho, como son los relatos de personas que se han visto implicadas en conflictos jurídicos, pero también de narrativas, reales o ficticias, reproducidas por los medios masivos de comunicación. Entre ellas, el cine⁵³ y las series de televisión son de gran importancia en el mundo cultural anglosajón. Entre nosotros, lo son las telenovelas⁵⁴.

La comprensión del concepto de cultura jurídica como una especie de matriz o *software*, un marco contextual desde el que son leídos los textos legales, es necesaria para explicar, entre otros, el fenómeno del “trasplante”⁵⁵, por el cual los textos emigran entre sistemas jurídicos distintos y tienen, en cada uno de ellos, un diverso sentido. Igualmente, explica por qué a pesar de la fuerza centrífuga que opera sobre los textos, que los aparta progresivamente de la intención originaria del legislador, ellos tienden a ser comprendidos de manera relativamente uniforme por los miembros de una determinada comunidad jurídica.

4.5. Justificación de la decisión

Se suele distinguir entre justificación interna y externa. La primera consistiría en el “silogismo judicial”, que se reduce a una relación de congruencia entre las normas, los hechos y la decisión. La segunda, a la que nos referiremos, consiste en darle contenido a los elementos del juicio: si tales hechos ocurrieron o no, si tales normas son aplicables a esos hechos y si tal es la interpretación que se deriva de las normas, si tal es, finalmente, la decisión acorde con el conjunto de materiales normativos y fácticos relevantes.

Que la justificación de las decisiones judiciales es un producto retórico es algo que no tendría por qué producir escándalo, salvo si le damos a la palabra “retórica” un sentido reducido a los meros elementos estilísticos, que no tuvo originalmente. El juez, conforme al método que hemos propuesto, debe primero convencerse a sí mismo de que determinada decisión es la correcta para luego enfrentarse con un lector ideal a quien tiene también que convencer. Lo perverso de la discrecionalidad judicial empieza porque el propio juez haya decidido en tal sentido por fuera de su propia convicción, pues su imparcialidad tiene como presupuesto su autonomía, entendida a su vez por la fidelidad a una conciencia ilustrada, por fuera de la cual el juez está expuesto a presiones externas, incluyendo por supuesto la corrupción.

⁵² Cfr. Garapon, Antoine y Papadopoulos, Ioanis, *Juzgar en Estados Unidos y en Francia*, Bogotá, Ed. Legis, 2006, p. 13.

⁵³ Cfr. Sharwin, Richard K. *Nomos y Cinema*, UCLA Law Review.

⁵⁴ Célebres, en nuestro medio, las telenovelas de Fernando Gaitán *Café*, *Bety la fea* y *Hasta que la plata nos separe* se estructuran alrededor de casos jurídicos que son finalmente resueltos por jueces: la primera, una asignación testamentaria a quien pueda perpetuar la familia Vallejo; la segunda, una sociedad simulada para eludir la quiebra de *Ecomoda* y la tercera la conciliación de un accidente de tránsito, que lleva al protagonista a trabajar para su acreedora en una situación semejante a la semiesclavitud.

⁵⁵ Cfr. López Medina, Diego, *Teoría Impura del Derecho*, Ed. Legis, 2004, pp. 15ss.

Para que su convicción esté anudada a una cierta percepción social, debe el juez acudir a ciertos tópicos, ficciones míticas o idealizaciones, sin las cuales la práctica jurídica sería imposible, lo que hace que la actividad interpretativa sea “ideológica”. Clásica es la ficción del “legislador racional” que, según Wroblewski, domina toda teoría interpretativa. Según ella, la interpretación que tiene mayor fuerza persuasora es aquella que logra conciliarse mejor con la imagen *a priori* de un legislador que sea lingüística, praxeológica, epistemológica y axiológicamente racional⁵⁶. Según ella, todos los que participan de una argumentación jurídica suponen que el legislador conoce el significado de las palabras y la estructura gramatical que usa; que busca unos determinados fines y que la norma es apta para conseguirlos; que conoce también las normas contextuales, con las que por tanto forma un “sistema”; que igualmente los valores de las normas son congruentes entre sí.

El tipo de lenguaje usado por el juez tiene una importancia que no se le concede usualmente. La percepción democrática de la actividad judicial llevaría a concluir que el lenguaje de la justificación es el del ciudadano común. Ello no es posible cuando están en juego conceptos complejos, que hacen parte de la “cultura interna” de expertos.

5. PARADIGMAS JURÍDICOS Y MODELOS JUDICIALES

Para Habermas, “...[u]n paradigma es algo que en primera línea se infiere de las decisiones judiciales que, en virtud de los criterios que fuere, se consideran ejemplares y las más de las veces suele equipararse a la imagen implícita que de la sociedad tienen los jueces”⁵⁷, percepción implícita que hemos llamado “cultura jurídica”. Una primera aproximación a los paradigmas se refiere a la competencia entre el derecho formal del estado de derecho liberal y el derecho materializado, propio del Estado social, debate que se dio en Alemania desde los años cincuenta y que, entre nosotros, se abrió apenas con la actual constitución. El nuevo paradigma trae como consecuencia la tarea de concretar derechos fundamentales, lo que sólo se logra mediante una creciente preocupación por las particularidades del caso, en tanto que de ellos pueden derivarse circunstancias de desigualdad real, necesitadas de “acciones positivas”.

Un tercer paradigma sería para Habermas el dirigido a su propia propuesta política hacia un Estado democrático de derecho, en el cual las cuestiones jurídicas salen del reducido espacio de los juristas y jueces ilustrados, pues la disputa sobre los contenidos jurídicos válidos “no puede efectuarse solamente en las formas esotéricas del discurso de expertos desligado del espacio público-político”⁵⁸. Orientada por la “democracia deliberativa” el control de la opinión pública por los ciudadanos es necesario. Un paradigma jurídico democrático, en países como el nuestro, sólo cabe bajo el reconocimiento del mestizaje político, lingüístico y cultural que nos caracteriza.

La coexistencia de paradigmas ocurre, en momentos críticos como el presente, siempre que hay un tránsito de un paradigma a otro u otros. Se percibe entonces la

⁵⁶ Wroblewski, citado por Ost y van de Kerchove, op. cit., p. 275, denomina a ese conjunto de presuposiciones “ideología de la interpretación”.

⁵⁷ Habermas, op. cit., p. 473.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 477.

competencia de diferentes modelos judiciales, que compiten entre sí. François Ost⁵⁹ apela a la mitología para personificar tres diversos modelos judiciales, que suelen competir actualmente en el mundo jurídico occidental.

El “Juez Júpiter”, que tiene como marco decisorio la dogmática jurídica, supone que la decisión llega de cierta altura y que no es contestable con elementos discursivos a disposición del lego. Toda decisión jurídica es siempre deontológicamente válida por ser la perfecta concretización de una norma superior, que a su vez se basa, en última instancia, en una norma originaria inmóvil.

El Juez Hércules, propio del Estado social, tiene que echar mano de principios, formulados a título de derechos fundamentales, esto es, de manera lingüísticamente abierta, que constituyen meros “mandatos de optimización” y que por tanto solamente pueden conseguirse en el mundo práctico de manera limitada. Todavía en ese paradigma hay quienes se aferran a la única respuesta correcta, para intentar afiliar la producción del juez a una tradición jurídica, así sea débil, algo así como una “novela en cadena”⁶⁰, único antídoto contra el “escepticismo interno”, que presiona la teoría jurídica.

El Juez Hermes es, final en la trilogía, el juez posmoderno, mero portador de discursos, de diverso origen y naturaleza, que le sirven para tomar decisiones de fuerza, que no necesariamente provienen de un aparato oficial que merezca llamarse Estado. Juez es, en un sentido amplio, todo aquel que dispone de una cierta dosis de fuerza física o simbólica reconocida socialmente para atribuirle a su percepción de la conducta de los demás unas consecuencias. Juez es, en este sentido, el padre o el maestro, el policía o el vigilante, el funcionario público o el jefe de recursos humanos, el genetista o el psiquiatra.

6. PODER JUDICIAL Y DEMOCRACIA

Finalmente, el poder creador del juez plantea un problema político básico: ¿es ello compatible con la democracia? El problema, por cierto, no es nuevo. En los mismos orígenes del constitucionalismo moderno, a comienzos del siglo XIX, las fuerzas políticas contramayoritarias, que llevaron a la Corte Suprema Norteamericana autoadjudicarse el control de constitucionalidad de las leyes, en la sentencia *Marbury* contra Madison, a comienzos del Siglo Diecinueve, se produjo en una tensión problemática entre el activismo judicial y el reclamo contra la extralimitación política de los altos tribunales⁶¹. La tesis triunfadora rehabilitaba una vieja concepción de democracia: al fin y al cabo es el control judicial el único dispositivo que puede preservar la continuidad de ciertos principios que son el núcleo de la vida democrática y que están plasmados en la Constitución.

Tanto el positivismo tradicional como Dworkin se cuestionan el criterio de que el juez deba crear normas. Semejante suplantación de un órgano electivo, el congreso,

⁵⁹ Ost, François, “Júpiter, Hércules, Hermes tres modelos de juez y de derecho”, en *Revista Doxa* 14, 1993.

⁶⁰ Cfr. Dworkin, Ronald, “De cómo el derecho se parece a la literatura”, en *La decisión judicial. Debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Ed. Uniandes, 1996.

⁶¹ Cfr. Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Ed. Ariel, 1998.

y el ejercicio de un poder legislativo *a posteriori* por el juez son consecuencias problemáticas de esa visión. Como hemos visto, la concepción de Dworkin se diferencia del positivismo formalista en que éste no insiste en la reducción de la actividad judicial a una mera subsunción. Pero tampoco la tesis dworkiniana de la “única respuesta correcta” resuelve el problema, ya que, como convincentemente lo muestra Michel Tropper, incluso suponiendo que siempre haya una respuesta judicial correcta, las incorrectas también son obligatorias⁶². De ahí que la percepción liberal de la democracia tenga que ensayar algunas teorías, más bien artificiosas, para hacer compatible la creación judicial con la democracia.

El planteamiento del problema, sugiere ya, de entrada, una problematización de la concepción liberal de democracia y a su alcance meramente electoral. Compiten con esa percepción, formas expresivas de democracia, que naturalmente no se reducen a la “democracia deliberativa” de corte habermasiano. Ellas pueden ir desde alternativas más creativas de democracia discursiva, hasta la rehabilitación de la democracia performativa, que rehabilite el cuerpo en su conjunto como forma de expresión. Con ello ya hemos llegado al límite máximo de nuestro trabajo.

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

El juez ha adquirido en las visiones actuales del derecho el protagonismo que le negaba la tradición liberal. Ello no corresponde a una sola concepción o escuela jurídica, sino que involucra el pensamiento jurídico contemporáneo como un todo. Bien sea en la forma de reacción al formalismo jurídico, como ocurre con las escuelas realistas, o en un proceso de análisis, como ocurre con el positivismo kelseniano y los positivismos suaves de Hart y Bobbio, entre otros, o como un reconocimiento a la propia validez de la perspectiva del participante y a su esfuerzo por obtener respuestas jurídicas válidas entre la indeterminación normativa, como en Dworkin, Habermas y Alexy, o dentro del reconocimiento de la complejidad que resulta de la diversidad de la vida social y de la renuncia al facilismo metafísico de las soluciones meramente dualistas, característica de las teorías jurídicas críticas y de los exámenes genealógicos y gramatológicos de Foucault y Derrida. Detrás de ello está la propuesta de democratizar la vida práctica del derecho.

En el epicentro del debate está la tensión y aporía entre la inevitabilidad de la creación judicial y la necesidad de algún margen de previsibilidad del derecho. Por supuesto el trasfondo de ello es la pregunta académica por la ciencia jurídica y los estudios de derecho. Que el saber jurídico no se limita a la repetición de disposiciones legales, es ya un lugar común; que la academia no puede preocuparse más por las normas mismas que por su realización social, es algo aceptado también en círculos amplios; que la clave de los saltos entre los ideales jurídicos plasmados en la legislación y la escueta realidad del derecho está en la comprensión de la actividad judicial es la hipótesis sobre la que reflexiona este escrito.

⁶² Cfr. Tropper, Michel, “Poder judicial y democracia”, en *Poder judicial y democracia*, Bogotá, Ed. Ilsa, 2002.

BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, Aulis, *Derecho, racionalidad y comunicación social*, Ed. Fontamara, 2000.
- Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1994.
- , *Teoría de la argumentación jurídica* (Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- , *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Aristóteles, *Retórica*, Madrid, Alianza Editorial.
- Atienza, Manuel, *Cuestiones Judiciales*, Ed. Fontamara, 2001.
- , *Las razones del derecho*.
- Balkin, Jack, “A Night in the Topics: The Reason of Legal Rhetoric and the Rhetoric of Legal Reason”, in *Law’s Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, Yale Univ. Press, 1996. (Disponible en <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/topics1.htm>).
- Balkin, Jack y Levingson, Stanford, *Law as Performance*, 1998. (Disponible en <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/london21.htm>).
- Correas, Óscar, *Teoría del derecho*, México, Ed. Fontamara, 2004.
- , *Metodología jurídica 2*, México, Ed. Fontamara, 2008.
- Cover, Robert, *Derecho, narración y violencia*, Ed. Gedisa, Universidad de Yale, 2002.
- Derrida, Jacques, “Fuerza de ley: fundamento místico de la autoridad” (Trad. Adolfo Berberó y Antonio Peñalver), en *Revista Doxa*, No. 17, 2007 (Disponible en www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/.../doxa11_07.pdf).
- , *Políticas de la amistad*, Madrid, Ed. Trotta, 1996.
- Douzinas, Costas, *El fin de los derechos humanos*, Bogotá, Legis, 2008.
- Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1992.
- Garapon, Antoine y Paopadopoulos Ioanis, *Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Cultura jurídica francesa y common law*, Legis, 2003.
- Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Ed. Planeta, 1996.
- Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Ed. Trotta, 1998.
- Hart, Herbert, “Postcriptum”, en *El debate judicial Hart-Dworkin*, Bogotá, Universidad de Los Andes y Siglo del Hombre Editores, 1997.
- Hibbits, Bernard, “Comming to our senses. Communication and Legal Expression in Perrformance Cultures”, en *Emory Law Journal* 4, 1992 (Disponible INTERNET: <http://faculty.law.pitt.edu/hibbitts/ctos.htm>).

- , *De-scribing Law: Performance in the Constitution of Legality*, 1996 (Disponible en <http://faculty.law.pitt.edu/hibbitts/describ.htm>).
- Ibáñez, Perfecto Andrés, *Los “hechos” en la sentencia penal*, México, Ed. Fontamara, 2005.
- Irti, Natalino, *Introducción al derecho privado*, Lima, Gijley, 2002.
- López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Ed. Legis, 2000.
- , *Teoría impura del derecho*, Bogotá, Legis, 2004.
- , *Interpretación constitucional*, Bogotá, Ed. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2000.
- Kahn, Paul, *Análisis cultural del derecho*, Madrid, Gedisa, 2003.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 2002.
- Larenz, Karl, *Metodología del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.
- Nieto, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ed. Ariel, 2004.
- Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ed. Ariel, 9ª Ed., 1999, pp. 44ss.
- , *Derecho, moral y política*, Barcelona, Ed. Ariel, 1995.
- Ost, François, “Júpiter, Hércules, Hermes, tres modelos de juez y de derecho”, en *Doxa*, 14, 1993 (Disponible en www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/.../doxa11_07.pdf).
- Ost, François, Van de Kerchove, Michel, *Elementos para una teoría crítica del derecho*, Bogotá, Universidad Nacional, 2001.
- Platón, *Gorgias* 465a, Madrid, Edaf, 2007.
- Rentería, Adrián, *Discrecionalidad y responsabilidad en la decisión judicial*.
- Santos, Boaventura de Souza, *La globalización del derecho*, Bogotá, UNIBIBLOS e ILSA, 1998.
- Sherwin, Richard K, “Nomos and Cinema”, en *UCLA Law Review*, Volumen 48, Número 6, 2001 (Tomado de <http://www.law.utexas.edu/lpop/etext/sherwin>).
- Taruffo, Michele, “Legalidad y justificación”, en *Sobre las fronteras*, Bogotá, Temis, 2006.
- Tropper, Michel. “El poder judicial en la democracia”, en *Poder judicial y democracia*, ILSA, 2007.
- Twining, William, *Derecho y globalización*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 2003.