

# LA MOTIVACION DE LAS SENTENCIAS Y EL PAPEL DEL JUEZ EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO

RODRIGO UPRIMNY YEPES  
Profesor Facultad de Derecho  
Universidad Nacional de Colombia

“Cuando el funcionamiento de la justicia deja de ser puramente formalista y busca la adhesión de las partes y de la opinión pública, no basta indicar que la decisión se ha tomado bajo la cobertura de la autoridad de una disposición legal. Hay además que demostrar que es equitativa, oportuna y socialmente útil. Con ello, la autoridad y el poder del juez se acrecientan y es normal que el juez justifique mediante una argumentación adecuada cómo ha usado de su autoridad y su poder. (...) En una sociedad democrática, es imposible mantener la visión positivista según la cual el derecho no es otra cosa que la expresión arbitraria de la voluntad del soberano. Para funcionar eficazmente, el derecho debe ser aceptado, y no sólo impuesto por medio de la coacción”.

Chaim Perelman. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas, 1988, pp. 207 y 231.

Desde hace varios años, y en particular en los últimos meses, se ha discutido mucho sobre los problemas de la enseñanza del derecho en nuestro país. Ahora bien, estoy convencido que muchos de los problemas de la formación de jueces y abogados no son puramente técnicos sino que tienen que

ver con la manera como se piensa la relación entre el juez, el derecho, el Estado y la sociedad. Una de las mejores ilustraciones de la anterior afirmación es el estudio de un elemento básico de la actividad judicial: la motivación de las sentencias. En efecto, creo que sólo comprenderemos la importancia de una buena fundamentación de una decisión judicial –y por ende de una adecuada formación jurídica– si tomamos en cuenta el papel que debe jugar el juez en una sociedad democrática.

Por ello pretendo en este artículo estudiar la importancia que tiene la motivación de las sentencias en la formación jurídica, para lo cual procederé, en primer término, a mostrar que la idea del Estado social de derecho implica unas muy difíciles exigencias a la actividad judicial, que están muy ligadas a las polémicas sobre la interpretación y aplicación del derecho. Luego, en un segundo punto, intento mostrar que las respuestas tradicionales extremas –a saber, la jurisprudencia mecánica o conceptualista, de un lado, o el libre activismo judicial, del otro– no son satisfactorias. Por ello, desde hace

varias décadas se abre un terreno intermedio cuya presentación abordo en un tercer punto: son las tentativas por construir una lógica de lo razonable o una hermenéutica argumentativa, que muestran la trascendencia que tiene una fundamentación adecuada de las decisiones judiciales, como legitimación democrática de la actividad del juez y del derecho. En el último punto, intento extraer de ese examen algunas conclusiones relativas a la enseñanza jurídica, no sólo en las universidades sino en las escuelas específicas que deben existir en nuestro país para la formación democrática y técnica de nuestros jueces.

## **I. El problema de la actividad judicial en un Estado social y democrático de derecho**

El Estado social y democrático de derecho, consagrado como fórmula política en la Constitución de 1991 (1), es un resultado complejo, a veces contradictorio, de tres tradiciones diversas, que en cierta medida representan los diferentes componentes ideológicos y los principios constitutivos de este tipo de Estado.

De un lado, es un Estado liberal, que recoge las aspiraciones del Estado de derecho clásico del Siglo XIX. Según esta filosofía, lo importante es el control al Estado a fin de limitarlo, por mecanismos como la división de poderes y el control constitucional. Prima entonces la protección de las llamadas libertades contra el Estado, por lo cual la democracia es entendida ante todo como un procedimiento que limita la arbitrariedad del poder para asegurar esos derechos de las personas. La libertad es definida entonces como la ausencia de interferencias a nuestra autonomía, esto es, según la clásica definición de Benjamín Constant, la libertad es el plácido goce de la independencia individual. La igualdad que se protege es la igualdad formal ante la ley, esto es, una igualdad al servicio de las libertades, puesto que en el fondo la pretensión del pensamiento liberal es que las libertades de todos los ciudadanos sean igualmente protegidas.

De otro lado, es un Estado democrático que reposa en la soberanía popular, esto es, en la igualdad de las per-

sonas en el diseño de las instituciones y en la formación de la voluntad política. Lo importante desde esta perspectiva es el origen de las decisiones jurídicas y políticas, por lo cual la democracia, conforme a las clásicas enseñanzas de Rousseau, es entendida como un procedimiento igualitario de formación del poder con base en el predominio del principio de mayoría. La libertad es entonces entendida como la participación en los destinos colectivos del orden político, por lo cual la igualdad es pensada ante todo como una igualdad política.

Finalmente es un Estado social, que reposa en la idea de que el poder político debe lograr para los asociados una justicia material mínima: lo importante es entonces el resultado de la acción pública, de suerte que la democracia es entendida más como un efecto material del ejercicio del poder, esto es, como una cierta igualdad social conseguida gracias a la acción estatal. Esta concepción está asociada entonces a la llamada libertad positiva, esto es, aquella que deriva de la existencia de prestaciones positivas de parte del Estado.

Esta triple dimensión del Estado social y democrático de derecho es compleja, puesto que esos principios diversos no son siempre compatibles, como lo muestra la clásica oposición entre liberales y demócratas en el Siglo XIX, o las complejas relaciones entre la tradición socialista y la democracia liberal en el Siglo XX (2). Sin embargo no es nuestro objetivo analizar las eventuales contradicciones del Estado social sino las profundas implicaciones que su adopción como fórmula constitucional tiene sobre la actividad judicial. Estas pueden ser resumidas en el siguiente interrogante: ¿Cómo garantizar que unas personas que no son elegidas democráticamente, los jueces, y que en muchos casos no deben serlo para que puedan ser independientes y garantizar los derechos de las personas, sin embargo decidan los casos de manera objetiva y justa, garantizando lo liberal, lo democrático y lo social de este tipo de Estado?

El juez del Estado social de derecho debe entonces respetar al menos tres exigencias fundamentales derivadas de los principios constitutivos del Estado social de derecho.

De un lado, y conforme a la filosofía liberal, el juez debe garantizar las libertades de las personas por medio

de decisiones previsibles, esto es, jurídicamente seguras. La seguridad jurídica es así no sólo un mecanismo indispensable al capitalismo y a la economía de mercado –como lúcidamente lo ha mostrado Weber (3)– sino que constituye sobre todo un instrumento para que la actividad del juez no sea arbitraria y no vulnere los derechos y libertades de los asociados.

De otro lado, en virtud de la idea de la soberanía popular, el juez debe respetar las decisiones tomadas mayoritariamente por los órganos políticos, puesto que el juez no tiene una fuente de poder autónomo, pues carece de legitimación democrática. El juez debe entonces respetar los acuerdos sociales mayoritarios expresado en los órganos políticos de origen popular.

Y, finalmente, como si fuera poco, el juez debe lograr decisiones materialmente justas, puesto que, en virtud del principio social, la actividad judicial debe contribuir al logro de una sociedad materialmente más justa.

Se trata de exigencias no sólo muy difíciles sino que no siempre son compatibles. Así, a veces, la búsqueda de justicia material implica una cierta inseguridad jurídica, y viceversa. Igualmente, como lo muestra todo el debate en torno al control constitucional de las leyes, los jueces están a veces obligados a adoptar decisiones contra las mayorías sociales a fin de proteger los derechos de las minorías y, en particular, de esa minoría radical que es el individuo. Surge entonces un obvio interrogante: ¿cómo obtener que la actividad judicial respete esas exigencias que están ligadas a su rol en el Estado social y democrático de derecho?

***“¿Cómo garantizar que unas personas que no son elegidas democráticamente, los jueces, y que en muchos casos no deben serlo para que puedan ser independientes y garantizar los derechos de las personas, sin embargo decidan los casos de manera objetiva y justa, garantizando lo liberal, lo democrático y lo social de este tipo de Estado?”***

## **II. Las respuestas extremas y clásicas al papel del juez en una sociedad democrática: la jurisprudencia deductiva y la escuela del derecho libre (4)**

Una primera posibilidad de respuesta hunde sus raíces en el modelo exegético o de la jurisprudencia mecánica, que se diseñó en el Siglo XIX, en la Europa continental, como la fórmula adecuada para enfrentar el problema de la interpretación y aplicación del derecho por los jueces (5).

En esta concepción se parte de la estricta subordinación del juez a la ley –que es expresión de la voluntad general–, de suerte que la actividad judicial es pensada como la subsunción del caso concreto en la norma general. El silogismo judicial es siem-

pre completo y posible, porque aquello que no está prohibido está por definición permitido, conforme a los postulados del Estado liberal.

La exégesis, y todas las diversas formas de jurisprudencia conceptual y deductiva que le están asociadas, distinguen entonces entre la creación del derecho (la ley) y la aplicación deductiva y racional del mismo (sentencia), pues así se logra en primer término, seguridad jurídica, pues la decisión judicial ya está contenida en la norma general que es conocida por todos. En segundo término se alcanzaría el respeto al principio democrático pues el juez no sería más que –según la conocida caracterización de Montesquieu– “la boca que pronuncia las palabras de la ley; unos seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza, ni el rigor de aquélla” (6). Y, finalmente, estas

decisiones serían justas materialmente, pues la ley es presumida justa, según la concepción rousseauniana de la voluntad general (7). Por ende la aplicación deductiva de la ley a casos concretos también es justa pues el juez simplemente traslada al caso concreto la voluntad democrática racional que ya está contenida en la ley abstracta y general.

El juez debe entonces atenerse al tenor literal de las normas; es una jurisprudencia de conceptos, con un juez que razona y no que decide, por lo cual la escuela exegética propugnó por mecanismos que garantizaran la sumisión estricta del juez a la ley. Entre ellos encontramos, en particular, el tribunal de casación, inicialmente radicado en el parlamento, puesto que la finalidad originaria de este recurso extraordinario es la de controlar la legalidad de las sentencias; el juez de casación es pensado entonces como una especie de policía que controla la estricta legalidad de la actividad judicial.

El gran problema de este modelo de jurisprudencia deductiva es que no funciona, pues parte de una concepción equivocada del sistema jurídico y de la actividad judicial.

De un lado, las inevitables lagunas o contradicciones del sistema legal, y el carácter indeterminado de los conceptos jurídicos, su textura abierta como lo señala Hart, hacen imposible la aplicación puramente deductiva del derecho. Frente a los casos difíciles, el juez es creativo(8).

De otro lado, y más grave aún, la ley es un mandato, por lo cual su aplicación deductiva es muy discutible, ya que no puede el juez dejar de tomar en consideración su finalidad y los valores que subyacen a ella. Por ello no es "fiel" a ninguna ley aquel juez que aplica las supuestas consecuencias lógicas derivadas del tenor literal de una ley o de la invocación de un principio, a pesar de que esa deducción produzca resultados contrarios a la finalidad de la norma. Así, señala, en forma irónica, Kantorowicz, uno de los más agudos críticos de la jurisprudencia conceptualista:

"De este modo flota la deducción jurídica, por un lado, en el aire: por el otro, descansa el pivote en arena movediza. En efecto, en las ciencias naturales el afán de deducir las

proposiciones como consecuencias de otras superiores, de desenvolver los conceptos como contenidos parciales de otros conceptos de más extensión, es realmente justificado. Al contrario, en la jurisprudencia los principios se hacen tanto más inservibles y pierden tanto más valor cuanto más abstracción poseen, puesto que en medida creciente se hace inverosímil y finalmente es realmente imposible, que el autor de la proposición se haya imaginado todos los casos subsumibles y, en el supuesto de que se los hubiese representado, que los hubiere resuelto con arreglo al principio. Por consiguiente, no habrá detrás de aquellos principios generales absolutamente nada, y por más generales menos aún: ningún legislador, ningún poder, ninguna voluntad, ni siquiera la mística "voluntad de la ley", en general ninguna realidad, salvo el hueco sonido de las palabras y la negrura del papel impreso. (9)"

La jurisprudencia conceptual, si bien recoge aspiraciones no despreciables en relación con la seguridad jurídica y el control a la arbitrariedad judicial, conduce en muchos casos a resultados sociales insatisfactorios, pues las decisiones judiciales no son congruentes con las expectativas y el sentimiento de justicia de los asociados.

Por ello, a finales del siglo XIX, se opone a la escuela exegética, otro modelo extremo: la escuela del derecho libre, de autores como Gény en Francia o Kantorowicz en Alemania, quienes defienden la idea de que el juez, tomando en consideración la dinámica social y el sentimiento de justicia ciudadana, debe preocuparse por buscar la justicia concreta y específica del caso, en vez de pretender aplicar deductivamente un orden legal que se presume completo y justo. El juez debe buscar entonces el derecho libremente creado por la sociedad, en vez de sentirse atado por las exigencias del ordenamiento legal.

Este movimiento del derecho libre, y otras escuelas similares como el realismo jurídico estadounidense, han tenido la virtud de poner en evidencia las insuficiencias del modelo exegético y de la jurisprudencia deductiva. Igualmente han tenido la bondad de mostrar que la actividad judicial tiene, en muchos casos, un componente parcialmente creativo, por lo cual el juez no puede ni debe eludir la responsabilidad social que tiene al tomar sus decisiones. En ese sentido, la lectura del manifiesto clásico de este movimiento, a saber el texto de Kantorowicz sobre la lucha por la ciencia del derecho, sigue siendo útil como

una de las críticas más irónicas y demoledoras a los modelos puramente formalistas y deductivos de ciencia jurídica.

Sin embargo, la alternativa que ofrecen estas escuelas no es satisfactoria pues puede ser muy riesgosa para una sociedad demo-crática. En efecto, los ciudadanos quedan totalmente sometidos al cambiante y particular sentimiento de justicia de los jueces. Las posibilidades de arbitrariedad judicial y de irracionalismo jurídico son entonces enormes, sobre todo en sociedades heterogéneas y pluralistas en donde se enfrentan diversas concepciones sobre lo justo. Un gobierno dictatorial puede entonces obligar a sus jueces a interpretar las normas de acuerdo no a su significado literal sino conforme al sentido de justicia del líder, con lo cual se elimina todo el contenido garantista que subyace al respeto a la ley en un Estado de derecho. El triste destino de la escuela del derecho libre en Alemania así lo demuestra. En efecto, sus postulados fueron asimilados por el régimen nazi, que entendió que la idea de un juez fallando de acuerdo al pretendido derecho libre del pueblo –obviamente tal y como éste era entendido por los jerarcas nazis– era la mejor manera de deshacerse de las incómodas ataduras jurídicas provenientes de la Constitución de Weimar.

### **III. Las respuestas actuales intermedias y la nueva importancia de la fundamentación de las sentencias**

Así, frente a la insuficiencia de esos modelos extremos, desde mediados de los años cincuenta, en especial a partir de las obras de Perelman sobre la argumentación y la retórica, de Vieweg sobre la tópica, de Recasens Siches sobre la lógica de lo razonable, y de todo el movimiento hermenéutico derivado de los trabajos de Betti y Gadamer, se han desarrollado tentativas por construir una actividad judicial razonable y responsable en una sociedad democrática (10).

Resulta obviamente imposible sintetizar estas tendencias en estos pocos párrafos. Además no creo que sea necesario para los efectos de este artículo. Me parece

que lo importante es presentar la línea común de estos planteamientos, ya que ellos, a pesar de sus profundas diferencias, coinciden en algunos puntos básicos. Para ello me baso en la obra de Chaim Perelman, pues creo que es un trabajo paradigmático en este campo.

Perelman –y estos autores– reconocen que en el derecho no se puede aplicar la lógica de la misma manera que en la matemática o en las ciencias físicas. Pero eso no significa que debemos dejar de lado la discusión racional en el campo de la ética y del derecho, pues ello significaría abandonar “a la emoción, a los intereses, y, a fin de cuentas, a la violencia, el arreglo de los problemas relativos a la acción humana, y especialmente la acción colectiva” (11).

Así, a partir de un extenso análisis de los razonamientos judiciales, este autor concluye que no existe una lógica de los juicios de valor similar a la lógica hipotético-educativa de las matemáticas y de las ciencias físico-naturales (12). Pero eso no significa que las decisiones valorativas sean simplemente una cuestión de puro arbitrio personal del juez, sino que existe un razonamiento jurídico –y por extensión ético– específico. Este no busca una deducción conclusiva a partir de principios incontestables sino que pretende persuadir, intenta que el interlocutor se adhiera a una posición a través de un discurso retórico, es decir un discurso argumentativo y no demostrativo. “A falta de técnicas unánimemente admitidas, se impone el recurso a los razonamientos dialécticos y retóricos, como razonamientos que tratan de establecer un acuerdo sobre los valores y su aplicación, cuando estos son objeto de controversia” (13).

El derecho no es entonces una axiomática que procede deductivamente y formula soluciones y teoremas a partir de un conjunto de principios, sino que es una tópica, una técnica del pensamiento problemático que para resolver problemas específicos parte, no de principios lógicos inmutables, sino de una serie de directrices que son lugares comunes, proposiciones de valor relativo y circunscrito. No es entonces el sistema el que determina cuáles son los problemas significativos; por el contrario, es el problema el que determina la técnica de pensa-

miento. Además, esta forma de argumentación jurídica es similar a la que opera en las decisiones morales, razón por la cual considera Perelman que el modelo jurídico parece más adecuado que el modelo formal para guiar las reflexiones filosóficas sobre la ética. En efecto, según este autor:

“La discusión en materia moral difiere de cabo a rabo de la demostración formal, porque ella es una constante puesta en relación de experiencias particulares y de conceptos a contenido parcialmente indeterminado, en constante interacción (...) Y el rol decisivo corresponde a la experiencia moral de cada uno, ayudada por la regla de justicia que exige un trato igual a situaciones esencialmente semejantes (...) La filosofía moral no se desarrolla por medio de axiomas y deducciones, sino por medio de un continuo ajuste de las reglas que pueden guiar nuestra acción (14)”.

Existe entonces una razón práctica que, por medio de argumentos basados en la actualización a un caso concreto de principios y valores comunes compartidos, busca que un auditorio acepte una solución razonable. Así, el estudio de esa retórica, de esas técnicas de argumentación, permite salir de la disyuntiva planteada entre el absolutismo racionalista y el escepticismo, a fin de construir instrumentos de razón práctica. Entre la razón incontrovertible de las matemáticas y las ciencias físicas, –que como mostré en otro texto dista de ser incontrovertible– (15), y el decisionismo ético de la escuela del derecho libre, existe un terreno intermedio muy amplio, que es precisamente el campo de la razón práctica, a saber el terreno de lo razonable. Puede haber –como decía Kant– un uso práctico de la razón.

Sin embargo, y ésto es igualmente importante, estas concepciones argumentativas no liberan al juez de la responsabilidad social y política de sus decisiones. Según estos autores, la sentencia no es una conclusión necesaria que deriva de unas determinadas premisas legales sino que implica una opción del juez por una determinada solución, que a éste le parece la más adecuada, justa y razonable. Como dice Perelman, “el juicio, que es una decisión y no una conclusión impersonal hecha a partir de unas premisas indiscutidas, supone la intervención de una voluntad” (16). Esto significa que el juez no puede

escudarse en el modelo mecánico de la jurisprudencia deductiva, puesto que el funcionario es, al menos en parte, responsable por el contenido de sus decisiones.

Paradójicamente, las tendencias argumentativas se acercan así, al menos en parte, al modelo de discreción judicial asociado a la mejor tradición positivista del siglo XX, representada por las obras de Kelsen y Hart, y que no presentamos, por razones de espacio, en este artículo. En efecto, tanto Kelsen como Hart, reconocen que la decisión judicial es, en ciertos aspectos, discrecional, ya sea porque el juez crea una norma singular dentro del marco de una norma superior (Kelsen), ya sea porque en los casos difíciles, esto es, en las zonas de penumbra de los conceptos jurídicos, el juez está obligado a decidir de manera autónoma (Hart). A pesar de las profundas diferencias que separan a Kelsen y Hart de las tendencias argumentativas, creo que coinciden en abandonar el modelo puramente deductivo. Y esto es importante porque se pone de presente que el juez es también un órgano de creación jurídica (y no simplemente una instancia de aplicación), y por ende es política y socialmente responsable de sus decisiones.

#### **IV. La fundamentación de las decisiones judiciales en una sociedad democrática**

A partir de esta caracterización del derecho y de la práctica judicial, la motivación de las sentencias adquiere una importancia trascendental. En efecto, el juez, al motivar la sentencia, no está simplemente señalando su criterio personal sobre lo justo, o mostrando que se atuvo a la ley, sino que está suministrando las razones de su decisión y refutando (o intentando refutar) las objeciones que le hayan sido o le puedan ser opuestas. “Motivar es justificar la decisión tomada proporcionando una argumentación convincente e indicando lo bien fundado de las opciones que el juez efectúa”(17).

El juez busca entonces hacer aceptable su decisión, hacerla convincente, y eso a un triple nivel, o frente a tres auditorios, como lo ha señalado Perelman (18).

De un lado, frente a los usuarios del derecho, mostrando que esa decisión es la mejor para las pretensiones de las partes, esto es, que se trata de una sentencia justa y razonable.

De otro lado, frente a la comunidad jurídica, a fin de mostrar que esa decisión es compatible con los criterios jurídicos aceptados por esa comunidad, a fin de salvaguardar una cierta coherencia del sistema jurídico.

Y, finalmente, frente a la sociedad, que espera de sus jueces ante todo decisiones razonables, en vez de purismos jurídicos.

Una buena motivación no es entonces un preciosismo académico sino que deriva de la relación democrática que debe existir entre el juez y su entorno en el Estado social y democrático de derecho.

De un lado, ella es un mecanismo de autocontrol del propio juez, ya que le debe permitir mostrar no sólo la consistencia de su decisión con la evolución del ordenamiento (respeto a la seguridad jurídica y al principio democrático) sino que su decisión es adecuada a la especificidad del asunto (búsqueda de justicia material en el caso concreto). De otro lado, ella evita tener una visión puramente voluntarista o dogmática del derecho y de la actividad judicial, al mostrar que la "verdad" jurídica no es el resultado de una deducción lógica, o una expresión del puro arbitrio judicial, sino que aparece como el resultado de la confrontación de puntos de vista en un debate argumental ritualizado. En tercer término, por medio de una buena motivación el aparato judicial busca funcionar de la manera más consensual posible, al mostrar que sus decisiones deben ser acatadas, no por la amenaza de la fuerza que subyace a todo derecho, sino porque ellas son razonables y están fundadas en los mejores argumentos y criterios que podría suministrarle el ordenamiento y la realidad social al juez. Y, finalmente, la fundamentación

***“Las inevitables lagunas o contradicciones del sistema legal, y el carácter indeterminado de los conceptos jurídicos, su textura abierta como lo señala Hart, hacen imposible la aplicación puramente deductiva del derecho”***

permite a la sociedad —en gran parte, gracias a la crítica académica de la jurisprudencia— controlar la razonabilidad misma de la actividad de los jueces. Es pues una forma de control social sobre el poder judicial a fin de lograr una judicatura que no sea mecánica ni arbitraria en sus decisiones, sino democráticamente responsable.

## **V. Las consecuencias del anterior examen sobre la formación judicial**

Esta importancia de la motivación de las sentencias en un Estado social de derecho tiene

consecuencias sobre la enseñanza del derecho en general y sobre formación específica de los jueces. En este artículo no pienso sino señalar algunas de ellas, puesto que simplemente he querido mostrar la importancia que tiene este tema para los diseños de nuevas estrategias de formación jurídica.

De un lado, las anteriores reflexiones muestran que la enseñanza del derecho debe tender a que los funcionarios judiciales sean más sensibles a la aceptabilidad social de sus decisiones. No se trata obviamente de que el juez quede subordinado a la opinión pública, pues en muchas ocasiones, sobre todo en la defensa de los derechos constitucionales, los jueces deben tener el valor civil de tomar decisiones en contra de esta opinión. Pero se trata de que el juez motive su sentencia pensando en convencer a los usuarios del sistema jurídico. Eso implica una redacción técnica pero también asequible al profano, que pueda así entender y valorar las razones de los jueces. Debemos mejorar, mediante la propia actividad judicial, la comunicación entre la academia, la sociedad y el aparato judicial.

De otro lado, creo que debe haber una formación específica de jueces y estudiantes de derecho en estas no

tan nuevas formas de argumentación e interpretación del derecho, a fin de lograr una judicatura dinámica pero no arbitraria. Por ello es necesario abandonar la presentación puramente dogmática de los contenidos jurídicos, a fin de mostrar, por medio del estudio crítico de casos y decisiones judiciales, la forma como se construyen las teorías y las decisiones jurídicas.

Finalmente, todo ello no tendría mucho sentido si la academia no se preocupa de efectuar un seguimiento crítico de la actividad judicial. En los últimos años, uno podría decir que los jueces, y en especial las altas corporaciones, han actuado en nuestro país con una cierta impunidad, pues no ha habido un seguimiento crítico, de parte de las universidades y centros de investigación, de la consistencia de sus argumentaciones y fallos, así como de la aceptabilidad social de sus criterios jurídicos. Así, desligados de una crítica académica y democrática, los jueces tienden a ser permeables entonces a otras influencias menos confesables. Por ello, si queremos una judicatura democrática, es importante el desarrollo de una fuerte crítica democrática y académica a la actividad judicial.

## Referencias Bibliográficas

1. La bibliografía sobre el Estado social y democrático de derecho, como fórmula política de muchos regímenes políticos contemporáneos, es muy extensa. Una presentación sintética de sus componentes ideológicos, se encuentra en José Ramón Cossío Díaz. Estado social y derechos de prestación. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, capítulo I. un análisis de su relevancia en la interpretación constitucional se encuentra en Raúl Canosa Usera. Interpretación constitucional y fórmula política. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. La Corte Constitucional ha mostrado la importancia de esta fórmula en diversas decisiones, en particular ver la sentencia T-406/92.
2. Como dice Isaiah Berlin, "no hay ninguna conexión necesaria entre la libertad individual y el gobierno democrático. La respuesta a la pregunta "¿quién me gobierna?" es lógicamente diferente de la

***“Este movimiento del derecho libre, y otras escuelas similares como el realismo jurídico estadounidense, han tenido la virtud de poner en evidencia las insuficiencias del modelo exegético y de la jurisprudencia deductiva”***

pregunta "¿qué tanto interfiere el gobierno sobre mí?" ("Two concepts of liberty" en Four essays on liberty. Oxford: Oxford University Press, 1969, p. 130) Sobre estas tensiones, ver Norberto Bobbio. Liberalismo y Democracia. México: FCE, 1989, pp. 39 y ss. Claus Offe. Contradicciones en el Estado del Bienestar. Madrid Alianza Editorial, 1990.

3. Ver Max Weber. Economía y Sociedad. México: FCE, 1964, pp. 173 y ss, 732 y ss, 1048 y ss. Según este autor, el capitalismo requiere un derecho formal, calculable y previsible, que funcione con la precisión de una máquina. Esto es uno de los factores que explica el surgimiento del capitalismo en Occidente, en donde la recepción del derecho romano imperial permitió el triunfo del derecho formal sobre las consideraciones de justicia material concreta, gracias a una alianza entre el Estado y la jurisprudencia formal. En cambio en China e India predominó un

derecho con orientación material -una justicia de Cadí- que obstaculizó el capitalismo, como lo muestra el siguiente ejemplo de Weber. "En China -dice Weber- puede, por ejemplo, suceder que un hombre que ha vendido a otro una casa vuelva algún tiempo después y le pida asilo, por haber caído entretanto en la pobreza. Y si el comprador hace caso omiso del antiguo mandamiento chino de la ayuda fraternal, entonces los espíritus se agitan; resulta, pues, que el vendedor empobrecido vuelve a instalarse en la casa en calidad de inquilino forzoso, sin pago alguno de renta. Con semejante derecho, el capitalismo no puede operar; lo que necesita es un derecho con el que se pueda contar lo mismo que una máquina; los puntos de vista religioso-rituales y mágicos no han de jugar en él papel alguno. La creación de semejante derecho se consiguió al aliarse el Estado moderno a los juristas, para imponer sus ambiciones de poder" (p. 1050).

4. La literatura sobre la evolución de la interpretación y aplicación del derecho es enorme. Algunas síntesis contemporáneas de esa evolución son: Luis Prieto Sánchez. Ideología jurídica e interpretación jurídica. Madrid: Tecnos, 1987. primeros dos capítulos. Robert Alexy. Teoría del discurso y derechos humanos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 35 y ss.
5. Como es obvio, esta corriente exegética, así como su negación, el movimiento del derecho libre, son anteriores a la estructuración del Estado social y democrático de derecho, pues éste es un producto de la segunda mitad del siglo XX. Puede pues parecer un absurdo ó un anacronismo recurrir a estos movimientos jurídicos como respuestas al problema del juez contemporáneo en el Estado social de derecho. Sin embargo no lo creo así, pues en la primera mitad del siglo XX, no hubo grandes avances en la teoría de la



interpretación jurídica, por lo cual esas escuelas siguieron influyendo, de manera expresa o táctica, la actividad judicial, sobre todo en nuestro país. Por ello creo que es lícito considerar que la exégesis y el libre activismo judicial pueden seguir siendo consideradas como las dos respuestas extremas al problema de la actividad judicial en una sociedad democrática.

6. Montesquieu. De l'esprit des lois, Primera Parte, Libro I, capítulo II, 6.
7. Cf. J.J Rousseau. Du contrat social. Libro II, capítulo II y VI.
8. Ver H.L.A. Hart. The concept of Law. (2 Ed). Oxford: Oxford, 1994, capítulo VII.
9. Herman Kantorowicz. "La lucha por la ciencia del derecho" en VV.AA. La Ciencia del Derecho. Buenos Aires: Losada, 1949, pp. 351 y 352.
10. Algunas de las obras clásicas de estos autores son Theodor Viehweg. Tópica y jurisprudencia. Madrid: Taurus, 1969. Chaim Perelman y L'Obrechts-Tyteca. Tratado de la argumentación. Madrid: Gredos, 1994. Recasens Siches Luis. Nueva filosofía de la interpretación del derecho. Mexico: Porrúa, 1986. Una muy buena síntesis de estas tendencias y estos autores es efectuada por Manuel Atienza. Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
11. Chaim PERLMAN. La lógica jurídica y la nueva retórica, Madrid: Civitas, 1988, p. 135.
12. Sin embargo, creo que conviene matizar esta afirmación de Perelman pues este autor, quien escribe sus principales obras en los años cincuenta y sesenta, identifica la lógica en general con la lógica formal clásica. Sin embargo, en los últimos treinta años ha habido una explosión de lógicas diversas a la lógica clásica. Por ello, como hoy no hay una sólo lógica sino múltiples lógicas -como la polivalente, la intuicionista, la modal o la paraconsistente- entonces creo que las relaciones entre lógica y derecho adquieren una nueva dimensión. Es mucho más posible intentar adaptar elementos de estas nuevas lógicas al razonamiento jurídico. La relación no tiene ya por qué ser de simple oposición. Por ejemplo, creo que la llamada lógica difusa, nebulosa o borrosa, -que en realidad no es tanto una lógica estructurada y formalizada como una teoría informal de los conjuntos difusos- constituye una línea de reflexión muy útil en el campo del derecho. En efecto, esta "lógica difusa" busca ser un fundamento del raciocinio inexacto o aproximado, particularmente aplicable al razonamiento de lenguaje natural, por su vaguedad intrínseca. Puede ser entonces un instrumento apto para un análisis lógico del razonamiento jurídico, basado en conceptos de textura abierta.
13. *Ibidem*, p. 137. Perelman recoge así la tradición aristotélica que define la retórica -no con un sentido peyorativo- como el razonamiento en torno a proposiciones que no son apodícticas -es decir ciertas y lógicamente necesarias- sino simplemente verosímiles.
14. Chaim Perelman "Scepticisme moral et philosophie morale" en Droit, Morale et Philosophie (2 Ed) Paris: LGDJ, 1976, p. 85 y 86.
15. Ver Rodrigo Uprimny. La dialéctica de los derechos humanos en Colombia. Bogotá: FUAC, 1992, pp. 172 y ss.
16. Chaim Perelman. La lógica jurídica... Loc-cit, p. 213.
17. Chaim Perelman. Op-cit, p. 214.
18. Ver La lógica jurídica..., oc-cit. Numeral 94, pp. 228.