

Reflexiones en torno a la función judicial

Gustavo Arocena

Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)

Abstract

En el presente ensayo, el autor realiza una reflexión sobre la función judicial y el rol de los jueces – principalmente, los jueces penales- en un Estado democrático de Derecho, como el argentino o el español. Para ello, el jurista estudia la obligación de los jueces de aplicar las normas jurídicas, la discrecionalidad judicial, la responsabilidad moral de los jueces, la necesidad de que los jueces asuman una particular posición valorativa frente a su obligación de aplicar las normas y las posibles actitudes morales del juez frente a las normas jurídicas.

In this essay, the author thinks about the judicial function and the role of the judges -mainly, the criminal judges- in a democratic State of Law, as the Argentinian or the Spanish. With this purpose in mind, the writer studies the obligation of the judges to apply the juridical norms, the judicial discretion, the moral responsibility of the judges, the need that the judges assume a particular axiological position respect of their obligation to apply the law and the possible moral attitudes of the judge respect of the juridical norms.

In diesem Beitrag reflektiert der Autor über die Funktion und die Rolle des Richters - insbesondere die des Strafrechrichters- in einem demokratischen Rechtsstaat, wie zum Beispiel dem argentinischen oder spanischen. Er untersucht deshalb die Bindung des Richters an Rechtsnormen, den juristischen Ermessensspielraum, die moralische Verantwortlichkeit der Richter, das Bedürfnis, dass der Richter eine bestimmte wertende Position in Bezug auf ihre rechtliche Normbindung einnimmt und schliesslich die mögliche moralische Einstellung der Richter bezüglich der Normen.

Title: Reflections around the judicial function

Titel: Reflektieren über die Funktion und die Rolle des Richters

Palabras clave: función judicial, discrecionalidad judicial, responsabilidad moral de los jueces

Keywords: judicial function, judicial discretion, moral responsibility of the judges

Schlüsselwörter: Rolle des Richters, richterliches Ermessen, moralische Verantwortung des Richters

Sumario

1. Introducción
2. La obligación de los jueces de aplicar las normas jurídicas
 - 2.1. Las normas jurídicas como razones protegidas para la acción
 - 2.2. La obligación de los jueces de acatar las normas jurídicas en razón de la legitimación democrática de la agencia estatal encargada de sancionar las leyes
 - 2.3. La menor *jerarquía* de la función estatal de aplicar las leyes respecto de la función jurisdiccional
 - 2.4. La sujeción al Derecho como característica definitoria de los poderes públicos
 - 2.5. La necesidad de que los jueces se sujeten a la ley como presupuesto elemental de la seguridad jurídica
 - 2.6. La legitimación formal y sustancial de la función jurisdiccional
3. Contenido de la obligación de los jueces de aplicar las normas jurídicas
 - a. Toda decisión judicial debe estar fundada en normas jurídicas procedentes de alguna fuente del derecho autorizada
 - b. El juez no está, en principio, autorizado a crear normas jurídicas
 - c. El juez no puede, en principio, rechazar la aplicación de una ley
4. La discrecionalidad judicial
5. La aplicación de las normas a casos particulares, los cánones de interpretación de la ley y la responsabilidad moral de los jueces
6. Necesidad de que los jueces asuman una particular posición valorativa frente a su obligación de aplicar las normas: la cuestión de las posibles actitudes del juez frente a las normas jurídicas como un problema de filosofía moral
7. A manera de epílogo

1. Introducción

Es verdad que las cosas no son tan sencillas como aparecen en un esquema tradicional de pensamiento conforme el cual el legislador hace las leyes, el juez las aplica en caso de controversia y el jurista las conoce, las describe y las enseña.

Más allá de la eventual aceptación del carácter *creador de Derecho* –o *creador del significado de los términos* de una regla de Derecho- que se pueda o no reconocer a la tarea de aplicar la ley, lo cierto es que la tarea del juzgador se muestra claramente divergente de la mera aplicación mecánica de ciertas reglas a determinados casos, que tanto la escuela de la exégesis francesa como la jurisprudencia de conceptos alemana invocaban como *definitoria de la labor del responsable de la aplicación de las leyes*.

Aun cuando, como suele hacerse, se vea en el razonamiento judicial un *silogismo*, cuya premisa mayor es la norma jurídica aplicable, su premisa menor, el asunto que se juzga, y su conclusión, la solución del caso, la misma construcción de tales premisas dista sensiblemente de ser una actividad mecánica desprovista de toda injerencia interpretativa que *allane el camino* –sea “descubriendo” significados, sea creándolos- *hacia la elección de los materiales* con los que se elabora tal razonamiento.

Con referencia a la premisa mayor, la interpretación juega un rol fundamental en la eliminación de las ambigüedades o las vaguedades que pudieran viciar a una norma determinada que el juzgador estima aplicable. Es, precisamente, respecto de esta premisa que la metodología jurídica, al analizar los métodos o cánones de interpretación de la ley (el *gramatical* o *literal*, el *genético*, el *teleológico*, el *sistemático*, el *histórico* y el *comparativo*), desarrolla sus principales esfuerzos para delinear los procedimientos que permiten precisar el contenido de la proposición jurídica en que la que se podrá subsumirse un hecho concreto de la vida.

Pero también presupone *cierto tipo de interpretación* -si así puede calificarse- la determinación de la premisa menor, la premisa fáctica que los jueces deben fijar en un contexto que, como el del proceso judicial, no es *libre de dominio*, sino que se encuentra condicionado por las limitaciones que las reglas de derechos y garantías constitucionales y legales le imponen en la reconstrucción conceptual del hecho que es objeto del proceso.

Sucede que, en definitiva, “...el juez también hace leyes a su manera y, lo que es más grave, el jurista advierte lo que hacen el legislador y el juez, elige un modelo descriptivo que satisfaga ese juicio y enseña sus conclusiones como si fueran la realidad jurídica misma. En otras palabras, hace lo que puede también para legislar y lo hace con éxito notable, aunque no garantizado”¹.

Resulta curioso –para emplear una expresión poco drástica- que los juristas ni siquiera logren un consenso relevante respecto del propio objeto de estudio de la disciplina que cultivan y, lo que es todavía más importante, del método más apropiado para abordarlo.

¹ Cfr. GUIBOURG, *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*, 2004, pp. 173 y 174.

Mientras que los hombres de ciencia –incluso ignorando mucho acerca de la física, la química o la biología- tienen una idea clara acerca de la naturaleza de los fenómenos que tratan de investigar y de la importancia del empleo más o menos riguroso de métodos pragmáticamente plausibles para acrecentar el campo de lo conocido, los juristas proceden con arreglo a una forma de razonar –o, acaso, de argumentar- bien diferente.

El pensamiento teórico habitual, asevera GUIBOURG, “...emplea construcciones oscuras donde se necesita un lenguaje transparente; presupone realidades ideales incontestables cuyas características no pueden identificarse objetivamente; llama método de conocimiento a procedimientos llenos de valoración, define su objeto de manera múltiple postulando que se trata de un mismo y solo objeto; carece de medios dotados de amplio consenso intersubjetivo para dirimir las controversias, por lo que debe conformarse con contar votos entre los miembros de un tribunal; no cobra conciencia de sus propios axiomas, a los que atribuye una clase de verdad trascendente; admite tolerantemente las más diversas opiniones pero no requiere que ellas se funden en presupuestos consistentes, a la vez que confunde consistencia con vaguedad; postula normas generales pero, a la vez, se muestra dispuesto a aceptar tantas excepciones o reformulaciones como puedan proponerse, fingiendo sin embargo que ellas en nada modifican las reglas mismas”².

El *atreimiento* de emprender la elaboración de este breve texto está fundado, pues, en una convicción elemental: es necesario postular la necesidad de que los juristas prácticos justifiquen sus decisiones sobre la base de criterios consistentes. El encargado de aplicar el Derecho, entonces, ha de transparentar los criterios que sustentan sus conclusiones, y ha de hacerlo, incluso, procurando que ellos brinden razones de peso a favor de sus decisiones.

Sólo con el conocimiento de tales criterios podrá discutirse públicamente sobre su mayor o menor plausibilidad y alcanzar una aceptable racionalidad discursiva, que permita que la función judicial cuente con las herramientas intelectuales indispensables para la intervención del Derecho como instrumento básico de convivencia social.

Por lo demás, pienso que, aun cuando el desempeño de la **función judicial en el ámbito penal** esté caracterizada por una **mayor vinculación del juez al texto de la ley**, las tesis que habré de desarrollar en la presente monografía no variarían **sustancialmente** si se reflexionara sobre la labor, no ya del magistrado en lo criminal, sino de, por ejemplo, el juez civil o el juez laboral. De allí que la generalidad de las consideraciones que conforman el escrito se encuentre, de alguna manera, suficientemente justificada.

2. La obligación de los jueces de aplicar las normas jurídicas

En todos los derechos desarrollados que conocemos, los órganos primarios están obligados a aplicar ciertas normas a casos particulares. Para desentrañar las razones que justifican la existencia de una tal obligación en nuestro sistema jurídico, es posible acudir a diferentes expedientes argumentales, que procuraré presentar sucintamente en los diversos apartados que

² Cfr. GUIBOURG, *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*, 2004, pp. 174 y 175.

integran el presente párrafo. Lo haré, conviene aclarar, circunscribiendo mi análisis a los argumentos que según mi opinión revelan mayor capacidad de rendimiento a la hora de propiciar un fundamento plausible a la afirmación de la vigencia, en el específico ámbito del derecho argentino, de dicha obligación.

2.1. Las normas jurídicas como razones protegidas para la acción

En primer lugar, cabe apelar al pensamiento de JOSEPH RAZ que ve en las normas jurídicas razones protegidas para la acción.

Con arreglo a la concepción de este jurista, un sistema en el que sus jueces no estuvieran obligados a aplicar ciertas normas en sus decisiones, sino que se encontraran autorizados a resolver cada caso según sus méritos, aplicando, a ese efecto, discrecionalmente, las normas o principios que creyeran más justos o convenientes (sistema de "*absoluta discreción*"), no podría ser considerado un sistema jurídico.

Según el modo de ver del profesor de Oxford, un rasgo distintivo, una característica definitoria de los sistemas jurídicos es que proveen *guías* de conducta a los individuos, y tales guías están constituidas por normas que los tribunales *están obligados* a aplicar. Si los tribunales no tuvieran la obligación de aplicar ciertas normas, sino que decidieran los casos según las normas que les parecieran correctas o convenientes –explica NINO, al presentar el pensamiento del jurista citado-, los súbditos sólo podrían guiar su conducta de acuerdo con predicciones acerca de qué pautas serían de hecho aceptadas por el juez que eventualmente entendería, en su caso; no podrían tampoco *demandar* la aplicabilidad de cierta norma ante los tribunales³.

Para RAZ, los jueces tienen la obligación de aplicar determinadas normas a casos particulares, debido a que aquéllas tienen por función excluir ciertas consideraciones sobre cómo los individuos deben comportarse, esto es, se muestran como *razones excluyentes*, que desplazan las razones ordinarias del balance de razones que las personas llevan a cabo para decidir su conducta en uno u otro sentido⁴.

Las autoridades normativas aparecen, así, como autoridades prácticas, es decir, como autoridades cuyas normas modifican las razones de las personas para actuar, pues operan en las consideraciones de los agentes justificando la acción y excluyendo al modelo conforme al cual los sujetos obran de acuerdo al resultado de un balance de razones ordinarias. Según este entendimiento, la aceptación de una norma implica admitir que debemos comportarnos de cierta manera, incluso cuando este comportamiento vaya en contra de nuestros intereses.

El asunto se vincula con la *fuerza de las normas jurídicas*, o sea, con su idoneidad para justificar una decisión institucional.

La mencionada cualidad de las normas jurídicas se presenta, de esta forma, como una consecuencia de la aceptación de aquéllas en tanto razones prácticas –esto es: *razones para actuar-excluyentes* que imponen a los jueces actuar en el sentido que indica la norma, a aplicarla, sin que

³ NINO, *Introducción al análisis del derecho*, 9ª ed., 1999, pp. 109 y 110.

⁴ Cfr. NAVARRO/BOUZAT/ESANDI, *Juez y ley penal. Un análisis de la interpretación de las normas penales*, 2001, p. 54.

puedan involucrar en su deliberación práctica la consideración de cualesquiera razones de primer orden que ellos pudieran tener al momento de resolver una cuestión determinada.

El legislador resulta aquí una autoridad que emite expresiones que comportan razones para llevar a cabo las acciones que ellas indican y pasar por alto (ciertas) consideraciones en su contra. Estas expresiones son “expresiones *autoritativas*”, porque brindan razones para actuar⁵ que, a la vez, constituyen “razones *protegidas* para actuar”, porque materializan una razón para la acción y una razón (excluyente) para no tomar en cuenta las razones en su contra⁶.

Es claro que, como se encarga de aclarar el mismo RAZ, “...lo que se excluye por una disposición jurídica no son todas las demás razones, sino, meramente, todas aquellas que no están jurídicamente reconocidas. No debemos concebir el derecho como un conjunto de disposiciones jurídicas aisladas en que cada una tiene su función propia, separada e independiente, sino como un conjunto de razones (potencialmente en conflicto y reforzándose mutuamente) las cuales determinan, en conjunto, lo que es requerido por el derecho”⁷.

A tenor de la concepción que vengo exponiendo, entonces, las normas jurídicas han de ser vistas como razones que *desplazan* la deliberación de los órganos primarios quienes, a la hora de resolver los casos sometidos a su decisión, deben prescindir de todo balance de sus propias razones de primer orden y proceder conforme lo impone la razón excluyente *materializada* en la disposición jurídica aplicable al caso.

En otros términos: respecto del razonamiento judicial, caracterizar a las normas jurídicas como *razones protegidas para actuar* “...significa simultáneamente dos cosas: que la regla constituye para el juez una razón de primer orden para realizar la acción exigida, es decir, para dictar una resolución cuyo contenido se corresponda con el de la regla, y, a su vez, que la regla es también una razón excluyente para prescindir del resultado al que llevaría una deliberación independiente por parte del juez sobre los argumentos en pro y en contra de realizar la acción, es decir, una razón para excluir que el contenido de la resolución se fundamente en la apreciación por parte del órgano jurisdiccional de cuál fuera, atendiendo a los méritos del caso, la mejor resolución a dictar”⁸.

La necesaria sujeción del juez a la ley viene impuesta, así, por la aceptación de que las normas jurídicas constituyen razones que, por un lado, impiden que el encargado de dirimir controversias particulares mediante la aplicación de disposiciones generales, al hacer esto último, lleve a cabo su propia deliberación sobre las razones de primer orden a favor de una decisión determinada, y, por el otro, le exigen que resuelva tales casos según lo indica la razón protegida que provee la norma pertinente.

Parece pertinente concluir este apartado con el ejemplo que propone ATIENZA para ilustrar la posición de RAZ: “[La norma jurídica] ...que castiga el tráfico de drogas con una determinada pena debe ser considerada por los jueces como una razón excluyente para emitir una sentencia de

⁵ Cfr. RAZ, *La autoridad del derecho*, 2ª ed., (trad. y notas de Rolando Tamayo y Salmorán), 1985, p. 32.

⁶ RAZ, *La autoridad del derecho*, 2ª ed., 1985, p. 33.

⁷ RAZ, *La autoridad del derecho*, 2ª ed., 1985, pp. 50 y 51.

⁸ Véase RÓDENAS, “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”, *Doxa*, 2001, p. 70.

condena contra un individuo X, si ha quedado probado que X realizó un acto de tráfico de drogas: la norma sería la razón operativa [scil., lo que mueve a actuar en cierta forma], y la realización del acto (o la creencia de que el mismo ha tenido lugar), la razón auxiliar [scil., lo que hace que la actitud práctica se transforme en una decisión]. De acuerdo, pues, con el Derecho, cuando los jueces tienen que resolver un caso de tráfico de drogas no deben plantearse las razones a favor y en contra de prohibir ese tipo de acción, ni si la pena establecida es o no la adecuada. El juez del ejemplo puede tener una razón de primer orden para no castigar a X a la pena P: lo que se le aprehendió fue una cierta cantidad de hachís, y el juez cree (por consideraciones que no vienen aquí al caso) que el tráfico con esa sustancia no debería estar penado. Sin embargo, en su deliberación práctica, esa razón debe ser dejada de lado, porque hay una regla del Código penal que opera como una razón excluyente y que le obliga a condenar”⁹.

Aunque no puedo extenderme aquí sobre el punto, debo señalar que el considerar a las normas jurídicas razones prácticas excluyentes que obligan a los jueces a comportarse en el sentido que indica la norma – aplicándola-, no le impide a RAZ sostener, a la vez, que no existe para las personas que componen determinada sociedad una *obligación* de obedecer el Derecho, entendido “obligación”, en sentido fuerte, esto es, como equivalente a “requiere ser obedecido”.

Según este jurista, “...el derecho es bueno si proporciona razones de prudencia para actuar cuando y donde es aconsejable y si indica criterios estándares como socialmente requeridos cuando es apropiado hacerlo. Si el derecho lo hace propiamente, entonces refuerza la protección de posibilidades e intereses moralmente valiosos y estimula y apoya formas valiosas de cooperación social, pero ninguna de estas técnicas jurídicas, aun cuando sean admirablemente usadas, origina una obligación de obedecer el derecho. Tiene sentido juzgar el derecho como una útil e importante institución social y juzgar un sistema jurídico bueno o, incluso, perfecto, aunque se niegue la existencia de una obligación de obedecer sus disposiciones jurídicas”¹⁰.

2.2. La obligación de los jueces de acatar las normas jurídicas en razón de la legitimación democrática de la agencia estatal encargada de sancionar las leyes

Desde otra perspectiva, la obligación de los jueces de acatar –mediante su aplicación- lo que prescribe la ley puede justificarse en una especie de **legitimación democrática** que, por el propio mecanismo de conformación de la *agencia estatal encargada de sancionar las leyes*, ostenta la función legislativa. Se trata, incluso, de una clase de legitimación de la que, también por el modo en que son designados, carecen los tribunales de justicia¹¹.

No está de más recordar aquí que el artículo 45 de la Constitución Nacional argentina establece que la Cámara de Diputados de la Nación “...se compondrá de representantes **elegidos directamente por el pueblo de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires, y de la Capital en**

⁹ Cfr. ATIENZA, *El sentido del Derecho*, 2001, p. 76, con aclaraciones añadidas.

¹⁰ RAZ, *La autoridad del derecho*, 2ª ed., 1985, p. 308.

¹¹ Con referencia a los tribunales de justicia, cabría preguntarse, incluso, si los jueces no sólo adolecen de falta de legitimación que podría derivar de su eventual nombramiento a través del sufragio popular, sino además mantienen una relación particular con la democracia, derivada del rol de freno o contrapeso de los órganos encargados de las restantes funciones estatales atribuido al departamento judicial, que hace que su vinculación con el circuito democrático de formación de la voluntad política sea fuente de inevitable tensión y aparezca siempre potencial (y fisiológicamente) conflictual.

caso de traslado”; que el artículo 54 de la citada ley suprema dispone que el Senado “...se compondrá de tres senadores por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires, **elegidos en forma directa y conjunta**”; y que el artículo 114 de dicho digesto decreta que el **Consejo de la Magistratura** -que será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal, como así también por otras personas del ámbito académico y científico- “...tendrá **a su cargo** la selección de los magistrados”.

Pienso que todavía puede sostenerse en estos días tal legitimación “democrática” de los órganos estatales encargados de la función legislativa, si se parte de la **concepción “clásica” de la democracia**, conforme la cual ésta consiste en un sistema en el cual el poder es ejercido exclusivamente por medio de normas generales adoptadas directamente por el pueblo o -en lo que es específicamente aplicable a lo que sostengo en este- **por sus representantes electos**.

La idea de la democracia que sostengo en este trabajo se asocia con un sistema de toma de decisiones basado en el **principio mayoritario**, a la vez que **representativo**. En este modelo, las cuestiones públicas o de “moral interpersonal” son definidas conforme a la voluntad de la mayoría, expresada luego de un proceso de deliberación colectiva, a partir de las **decisiones tomadas por los representantes de la ciudadanía**¹².

Así lo creo, aun cuando deba reconocerse, también por imperio de una noción de la democracia como la antes aludida, que la mayor parte de los sistemas reales -no sólo los del *common law*, sino también, aunque quizás con menor alcance, los del *statutory law*, fundado en la distinción entre la función legislativa y la función aplicativa del derecho- no son propiamente democracias, puesto que un gran número de normas generales son creadas por jueces, que no son representantes elegidos por el pueblo.

Tampoco desmerece la aceptación -que acabo de hacer- de que todavía puede defenderse una legitimación “democrática” de los órganos estatales legislativos, el hecho de que deba admitirse como alternativa plausible, la de considerar que los parlamentos electos son “democráticos” y que estos sistemas reales son, en rigor de verdad, “regímenes mixtos”, debido a que el poder es ejercido conjuntamente por una autoridad democrática y una autoridad aristocrática¹³.

En sintonía con el argumento que se presenta en este apartado, EZQUIAGA GANUZAS refiere que, prescindiendo del poder ejecutivo, puede afirmarse la clara prevalencia del poder legislativo frente al poder judicial, al ser el primero, de algún modo, el representante de la soberanía nacional. No obstante, subraya este escritor, hay que tener en cuenta que “...en los sistemas democráticos también la justicia se administra «en nombre del pueblo» o «o dimana del pueblo», ...pero en aquellos sistemas en los que no se contempla la elección de jueces y magistrados, sino que la selección de los mismos se efectúa atendiendo a su preparación técnica, la legitimación

¹² GARGARELLA, “Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia”, en AA.VV., *Los derechos fundamentales, SELA 2001 –Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política–*, 2003, p. 4.

¹³ Véase TROPER, “El poder judicial y la democracia”, en MALEM ET AL. (comp.), *La función judicial. Ética y democracia*, 2003, p. 231.

popular se obtiene de la aplicación de las normas promulgadas por el poder legislativo”¹⁴.

Es por esto que existen buenas razones para sostener que el mismo **diseño constitucional del Estado democrático representativo y republicano de derecho** da basamento a la obligación judicial de sujeción a las leyes, toda vez que en la diagramación institucional que caracteriza a aquél se atribuye la competencia para la creación del derecho (la *función legislativa*) a un órgano que exhibe una suerte de legitimación que no es compartida por las agencias estatales a las que se adjudica la función de aplicar el derecho creado por los órganos legislativos (la *función judicial* o *jurisdiccional*).

2.3. La menor jerarquía de la función estatal de aplicar las leyes respecto de la función jurisdiccional

Según la **doctrina “clásica” de la separación de los poderes**, y conforme se desprende parcialmente de lo anotado en el punto precedente, el Estado cumple **tres funciones distintas**, a saber: la función legislativa, la función jurisdiccional y la función ejecutiva.

La primera de esas actividades consiste en la producción de normas generales y abstractas.

La función jurisdiccional, en cambio, se manifiesta en la resolución de controversias particulares que tienen como objeto la violación de tales normas generales y abstractas.

Por último, la función ejecutiva incluye todo acto individual y concreto –ora un acto administrativo, ora un acto de ejecución material– que no sea propio de las funciones antes descritas. Es, desde este punto de vista, una actividad que puede ser calificada de “residual”, en tanto y en cuanto abarca toda clase de actos que no consista en la producción de normas generales y abstractas, ni en la resolución de controversias particulares relacionadas con la violación de éstas.

Sentadas las precedentes nociones elementales, es importante remarcar, con GUASTINI, que tales funciones del Estado “...no se encuentran en el mismo plano. Al contrario, [ellas] **están necesariamente jerarquizadas**”¹⁵.

La razón de tal aserto es por demás sencilla de vislumbrar.

En efecto, la función ejecutiva y –en lo que aquí interesa particularmente– la función jurisdiccional, tanto desde el punto de vista lógico, como desde una perspectiva cronológica, presuponen la existencia de normas a aplicar; con ello, presuponen la función legislativa, se muestran “secundarias” respecto de ésta y, por tanto, están jurídicamente subordinadas a este rol de sancionar las leyes.

La circunstancia indicada brinda, a mi ver, un interesante argumento para sustentar la necesaria sujeción a la ley que caracteriza al rol de los jueces.

¹⁴ EZQUIAGA GANUZAS, “Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley”, en MALEM ET AL. (comp.), *La función judicial. Ética y democracia*, 2003, p. 40.

¹⁵ Véase GUASTINI, *Estudios de teoría constitucional*, 2001, p. 61, con negrita agregada.

2.4. La sujeción al Derecho como característica definitoria de los poderes públicos

Puédese añadir, incluso, que una tal obligación como la que precedentemente se ha afirmado, encuentra también fundamento en la idea de que ella es **definitoria** del mismo concepto de “**poder público**”, dentro del cual, indudablemente, está comprendida la agencia estatal encargada de aplicar las leyes en casos de controversias particulares.

Según expresa DE ASÍS ROIG, “...la sujeción al Derecho de los poderes públicos forma parte de su misma definición. El principio de legalidad define uno de los rasgos culturales de nuestros sistemas jurídicos”¹⁶.

Es por todos sabido que el citado “**principio de legalidad**” está referido al nivel de relación entre derecho y poder político que atiende al ejercicio del poder desde la perspectiva de su apego a un conjunto de normas, y que, desde sus antiguos orígenes, él se apoya en la elemental contraposición entre el “gobierno de los hombres” y el “gobierno de las leyes”, como una forma de restringir, mediante la adopción de esta última alternativa, el uso arbitrario del poder político.

Pues bien, es por imperio suyo que los órganos encargados de las diversas funciones que desempeña el Estado deben adecuar su actividad al conjunto de disposiciones legales vigentes. Se sostiene, incluso, que, con arreglo a dicho principio, todo acto de los órganos del Estado debe encontrarse **fundado** y **motivado** en el derecho en vigor.

2.5. La necesidad de que los jueces se sujeten a la ley como presupuesto elemental de la seguridad jurídica

Parece interesante señalar, además, que dicha obligación de obediencia a las leyes que poseen los jueces, se relaciona con la **exigencia de seguridad jurídica**, que se comprende como uno de los fines esenciales del Derecho.

Atinadamente, LYONS ha sabido puntualizar: “Los funcionarios [scil., noción que indudablemente incluye a los encargados de aplicar la ley] tienen una relación especial con la ley, a diferencia de los ciudadanos comunes, pues son responsables de administrarla. Esta relación **forma parte de lo que significa ser funcionario público**. Cuando los que detentan cargos públicos garantizan y reafirman la obligación de ser leales a la ley, están proporcionando bases para que los juzguen cuando se desvíen de la ley, pues esos desvíos equivalen entonces a no cumplir con tal obligación”¹⁷.

¹⁶ Cfr. DE ASÍS ROIG, “Imparcialidad, igualdad y obediencia en la actividad judicial”, *Doxa*, 1994, p. 916.

¹⁷ Véase LYONS, “Sobre la justicia formal”, en EL MISMO, *Aspectos morales de la teoría jurídica. Ensayos sobre la ley, la justicia y la responsabilidad política*, (trad. de Stella Álvarez), 1998, p. 59, con negrita que no obra en el original. Es este mismo autor quien refiere: “La obligación judicial de fidelidad a la ley se refiere a la responsabilidad moral de los funcionarios, como por ejemplo los jueces, Más aún, se la considera, con razón, más exigente y más amplia que la obligación general de obedecer la ley que tiene cualquier ciudadano común. Es más exigente, porque el funcionario [que] acepta desempeñar una función pública ha asumido la obligación, el compromiso voluntario de cumplir con la ley y esa obligación debe sumarse a cualquier fundamento que exista respecto de la obligación general de cumplir con la ley que comparten otros miembros de la comunidad. Debido a que es más rigurosa, es plausible pensar que sus implicaciones son más amplias. Un juez puede estar obligado a emitir resoluciones que exige la ley aun cuando esas decisiones puedan no estar justificadas en sí mismas” (cfr. LYONS, en EL MISMO, *Aspectos morales de la teoría jurídica. Ensayos sobre la ley, la justicia y la responsabilidad política*, (trad. de Stella Álvarez), 1998,

En relación con los jueces, no es necesaria mayor perspicacia para advertir que la seguridad jurídica exige el control de su producción normativa, en el sentido que las modificaciones que se hayan de realizar en los enunciados judiciales generales, no pueden ser arbitrarias.

Con carácter general, los comportamientos jurídicamente relevantes están regulados por el Derecho a través de decisiones legislativas que se plasman en enunciados normativos que son publicados para permitir su cognoscibilidad y, entre otras funciones, para que los destinatarios de las normas jurídicas puedan prever las consecuencias que para el derecho tiene una determinada conducta. Pero, como, en definitiva, son los órganos judiciales los encargados en última instancia de declarar esas consecuencias, para que la previsión resulte acertada, es necesario que el juez se sujete en su decisión a lo prescripto por el legislador.

De allí que para que sea posible la previsión de la norma jurídica que va a ser aplicada en una decisión judicial y conocer así la consecuencia jurídica concreta de un comportamiento, es necesaria la concurrencia simultánea de dos requisitos:

- a. que sea posible conocer lo que la ley dice, y
- b. que el juez se sujete a la misma.

Es claro que, cuando la primera cuestión tiene una respuesta afirmativa y, por tanto, es posible conocer lo que la dice la ley, es pertinente llevar a cabo un control de lo que el juez haga, pues él podrá sujetarse a la ley, si aplica la norma jurídica expresada por ésta, o no sujetarse a la ley, si aplica una norma jurídica diferente.

En cambio, cuando la respuesta es negativa y, en consecuencia, no es posible conocer lo que expresa la ley, no cabe tampoco determinar si el juez se ha sometido o no a lo establecido en ella.

2.6. La legitimación formal y sustancial de la función jurisdiccional

Si bien el rol de los jueces carece de una legitimación democrática equivalente a la que posee la función legislativa, la **jurisdicción** tiene una **fuentes de legitimación** formal y otra sustancial.

La **legitimación formal de la jurisdicción** es la que propicia el principio de legalidad y de sujeción del juez a la ley.

La **legitimación sustancial**, en cambio, es la que obtiene la función judicial de su capacidad de tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

pp. 183 y 184). Ello no le impide reconocer que, sin embargo, al mismo tiempo, "...es plausible suponer que esa obligación, si bien arraigada, puede ignorarse en casos muy especiales. Pero esta salvedad moderadora es compatible con la idea de que la obligación proporciona algún grado de justificación para emitir resoluciones exigidas por la ley" (véase LYONS, en EL MISMO, *Aspectos morales de la teoría jurídica. Ensayos sobre la ley, la justicia y la responsabilidad política*, (trad. de Stella Álvarez), 1998, p. 184). Es propicio resaltar aquí que todo cuanto expreso en el presente ensayo en modo alguno pretende negar tal posibilidad de que, no obstante la vigencia de la obligación de los jueces de obedecer la ley -aplicándola-, el encargado de resolver controversias particulares mediante normas jurídicas se aparte de la solución que le brinda, que le *propone* el ordenamiento legal.

Puesto que el juez desea hallar una decisión que no sea el resultado fortuito de la manipulación mecánica de hechos y párrafos, sino algo que tenga un propósito y un sentido, algo que sea “válido”, la mera sujeción del juez a las prescripciones del ordenamiento jurídico vigente no es suficiente para legitimar su intervención. Y aquí, justamente, es donde es llamada a jugar su papel esta fuente sustancial de legitimación de la jurisdicción.

Por cierto que ninguna de estas dos fuentes de legitimación puede ser sacrificada sin que se produzcan graves desequilibrios institucionales y sin que sobrevengan serios peligros para la incolumidad del papel de la jurisdicción.

Con todo, de especial importancia es decir también que la legitimación sustancial del desempeño de los jueces en modo alguno puede ser satisfecha si falta completamente su legitimación formal.

En situaciones en las que el ordenamiento jurídico no provee al juez ninguna norma pertinente para la decisión de un determinado asunto, tal *déficit* de legitimación formal puede acarrear insanables problemas de legitimación sustancial de la intervención del magistrado.

Pero si el universo normativo vigente brinda al juzgador alguna regla apta para la solución de cierto caso, existe la posibilidad de conflictos entre las fuentes formal y sustancial de legitimación de la jurisdicción, puesto que no es infrecuente que la ley ordinaria proponga al juez disposiciones inidóneas para asegurar una cabal protección de los derechos esenciales amparados por la Constitución.

Con arreglo a lo que luego expondré, debe verse, en estos últimos supuestos, casos difíciles que demandan que el aplicador de la ley ejerza una discrecionalidad que le permita garantizar la máxima vigencia de los derechos fundamentales, que es reclamada por la legitimación sustancial de su propia intervención.

En las palabras de FERRAJOLI se encuentra una clara exposición de lo puntualizado en los párrafos anteriores. Dice el jurista italiano: “...cuando la ley no ofrezca ningún principio regulativo, la total falta de legitimación formal puede comprometer... la misma legitimación sustancial. En la práctica existen muchas situaciones intermedias, que van desde el virtual contraste entre las dos fuentes de legitimación a la imposibilidad de cualesquiera legitimación. Cuando la jurisdicción pueda al menos servirse de algún apoyo legal, aunque sea vago e impreciso, la dos fuentes de legitimación pueden entrar en conflicto entre sí, ya que, de un lado, la tutela sustancial de los derechos fundamentales sancionados por la Constitución exige del juez una discrecionalidad y hasta una inventiva judicial que haga posible de algún modo la justiciabilidad de los mismos incluso más allá de la letra y de las lagunas de la ley ordinaria, pero, de otro lado, la falta de articulaciones legales en la atribución de los derechos y la sujeción del juez a la ley hacen débil e incierta la legitimidad formal (además de la probabilidad) de tal inventiva. Pero si no existe ningún apoyo legal, incluso tal inventiva... es imposible y no cabe otra solución que la denegación de justicia. Sucede, en suma, que la tutela de los derechos por parte de los jueces –lo que quiere decir la *sustancia* de su oficio, además de su fuente de *legitimación sustancial*-, en la medida en que no tiene a sus espaldas una legislación suficientemente precisa y unívoca, contradice en el mejor de los casos su sujeción a la ley –o, lo que es lo mismo, la *forma* de su oficio,

además de su fuente de legitimación *formal*-, y se revela en el peor de los casos del todo imposible”¹⁸.

3. Contenido de la obligación de los jueces de aplicar las normas jurídicas

Sentado que los jueces tienen la obligación de aplicar determinadas normas jurídicas para la resolución de las controversias particulares que son sometidos a su consideración, conviene reflexionar sobre el **significado**, el **alcance** o, si se quiere, el **contenido de tal obligación**.

Desde un **punto de vista objetivo**, el sometimiento del juez a la ley se resume una serie de obligaciones intrínsecas a la función judicial, entre las cuales quedan incluidas las siguientes:

- a. Toda decisión judicial debe estar fundada en normas jurídicas procedentes de alguna fuente del derecho autorizada

Es sabido que un sistema jurídico está compuesto por normas de diverso tipo, esto es, por normas que cumplen diferentes funciones (normas que imponen ciertas obligaciones, normas que prescriben la imposición de sanciones, normas que confieren competencia para aplicar sanciones, normas que otorgan atribuciones para dictar otras normas) y por enunciados, como las definiciones, que no son propiamente normas, aunque tengan consecuencias normativas¹⁹.

El conjunto de normas (en sentido amplio) que integran un sistema determinado y que deben ser utilizadas por los órganos de aplicación para resolver los casos que se les presentan son, justamente, las denominadas “**fuentes del derecho**”.

Las fuentes del derecho, en sentido estricto, se presentan entonces como “...normas que están determinadas para la decisión jurídica sobre supuestos de hecho de la vida”²⁰, y el juez, por imperio de la obligación que aquí se analiza, debe **citar como fundamento de su decisión una o varias de tales disposiciones normativas**.

- b. El juez no está, en principio, autorizado a crear normas jurídicas

Conforme anota VERNENGO, en general, en los derechos relativamente centralizados –como el nuestro-, no se acepta que un órgano de aplicación justifique la introducción de una nueva norma aludiendo únicamente al valor material que la norma pueda expresar, sino que **se requiere la expresa referencia a una fuente formal**, pues así se reafirman efectiva y simbólicamente las relaciones de poder entre órganos estatales diferentes²¹.

Por eso, si se admite que las normas jurídicas de origen consuetudinario son, entre nosotros, de una utilización cada vez menos frecuente, podrá aceptarse también que, según un esquema elemental –y al menos en un sistema de *statutory law*, **basado**, como vimos, **en la oposición entre la función legislativa y la función aplicativa del derecho**-, el contenido propio del rol de los

¹⁸ Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, (traductores varios), 2ª ed., 1997, pp. 919 y 920.

¹⁹ ATIENZA, *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al Razonamiento judicial*, 1993, p. 63.

²⁰ KAUFMANN, *Filosofía del derecho*, (trad. de Luis Villar Borda y Ana María Montoya), 1999, p. 209.

²¹ Cfr. VERNENGO, *Curso de teoría general del derecho*, 4ª reimpresión de la 2ª ed., 1995, p. 329.

jueces es la aplicación a controversias particulares de las normas jurídicas suministradas por los órganos legislativos.

c. El juez no puede, en principio, rechazar la aplicación de una ley

Sin lugar a dudas, esta obligación deriva de la suerte de **legitimación democrática** que en un Estado republicano de derecho ostenta la *agencia estatal* encargada de la función legislativa, ésta misma y, aún, las normas que sanciona dicho estamento, frente a una función judicial cuya legitimación procede, según vimos, de una fuente distinta.

Los jueces, cuya designación y actividad no están sometidas a los mecanismos de discusión pública y aprobación mayoritaria, "...deben, en principio, **aceptar la presunción de justicia de las normas que sí se originan en esos mecanismos**, salvo que ellas violen los derechos básicos que subyacen a la capacidad justificatoria de procedimiento democrático o representen, a su juicio, una desviación tan extrema de exigencias de justicia que su observancia no es compatible con la responsabilidad moral de los jueces"²².

En cambio, a partir de un **punto de vista subjetivo**, la sujeción del juez a la ley se manifiesta en su carácter de garante de la seguridad jurídica de las personas, al ser un requisito necesario para poder prever las consecuencias jurídicas de los comportamientos tanto propios como ajenos.

4. La discrecionalidad judicial

Se ha dicho ya que los jueces, al aplicar determinadas normas jurídicas a ciertos casos particulares, cuentan inevitablemente con un **ámbito variable de discrecionalidad**.

El término "discreción" se emplea en diversos sentidos y para hacer referencia a varios contextos diferentes.

En este ensayo no lo hacemos para aludir a aquella característica que hace que las decisiones de un determinado órgano no sean pasibles de ser controladas o revisadas por algún otro organismo - *definitividad*-, o a aquella situación en la que el encargado de tomar una decisión carece de un parámetro legal que le guíe al hacerlo, sino -conforme podrá apreciarse *infra*- para designar la atribución que posee el juez que le permite, al momento de resolver una controversia particular que se le ha planteado, escoger una solución de entre las varias que le plantea un abanico de alternativas.

Esta circunstancia es, indudablemente, consecuencia de que, en cualquier grupo grande, "el principal instrumento de control social tiene que consistir en reglas, pautas o criterios de conducta y principios generales, y no en directivas particulares impartidas separadamente a cada individuo. Si no fuera posible comunicar pautas generales de conducta, que sin necesidad de nuevas instrucciones puedan ser comprendidas por multitudes de individuos como exigiéndoles cierto comportamiento en ocasiones determinadas, no podría existir nada de lo que hoy conocemos como derecho. De allí que éste tenga que referirse en forma predominante,

²² Véase NINO, "La validez de las normas «de facto»", en EL MISMO, *La validez del derecho*, 1985, p. 103, con negrita añadida.

aunque no exclusiva, a *clases* de personas y a *clases* de actos, cosas y circunstancias”²³.

Sin perjuicio de que ella parece consustancial a la tarea de aplicar reglas generales a casos particulares -v., a este respecto, lo sostenido precedentemente y lo anotado en § I-, la **discrecionalidad**, entendida como el poder del juez de escoger una solución de entre varias posibles, se verifica, primordialmente, en los *casos difíciles*, vale decir, en aquellos casos en los cuales las circunstancias fácticas y las normas relevantes admiten, al menos en apariencia, más de una solución.

En sede de análisis de este concepto, NINO propone una interesante distinción entre la “**discreción de derecho**” y la “**discreción de hecho**”.

Luego de destacar que los jueces tienen indefectiblemente un ámbito considerable de *discreción* para cumplir con su responsabilidad de resolver casos sin el control de normas jurídicas generales, este jurista explica: “Parte de esta discreción es una discreción «de derecho», es decir ella es otorgada por las reglas del sistema (por ejemplo, cuando el juez está facultado para elegir, por supuesto que no arbitrariamente, una pena, entre un máximo y un mínimo fijados por la ley). Pero buena parte de la discreción judicial es una discreción «de hecho» que tiene su origen en la vaguedad o ambigüedad del lenguaje legal, o en las lagunas e inconsistencias del sistema jurídico”²⁴.

Ciertamente que la cuestión a elucidar consiste en determinar **cómo los jueces deben ejercer** esa discreción de hecho o de derecho.

Es claro, también, que uno de los principales inconvenientes particulares que plantea la discreción judicial en una sociedad democrática está dado por el hecho de que los jueces no suelen ser funcionarios elegidos por el pueblo sobre la base de cierto programa ideológico, sino que son generalmente nombrados en forma vitalicia y por procedimientos ajenos al control directo de los ciudadanos. Siendo esto así, parece cuestionable que los jueces adopten decisiones sobre la base de principios, puntos de vista valorativos o concepciones ideológicas que no están *homologadas* -si cabe esta expresión- por las agencias del Estado que gozan de representatividad democrática.

Además, en aquellas oportunidades en que los jueces resuelven un caso particular apoyándose en una regla o en un principio que no formaba parte del sistema jurídico, es como si aplicaran *retroactivamente* una ley, sorprendiendo a las partes con la adjudicación de derechos, deberes, sanciones, etcétera, que ellas no podían pronosticar antes del juicio.

No obstante todo ello, débese reparar que nuestro ordenamiento jurídico obliga a los jueces a pronunciarse en toda controversia sometida a su consideración, aun en los casos difíciles.

En efecto, el artículo 15 del Código Civil argentino prescribe: “Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”.

No se crea que esto responde a una originalidad de nuestro ordenamiento jurídico: juristas de otros

²³ Cfr. HART, *El concepto de Derecho*, (traducción de Genaro R. Carrió), 2ª ed., 1992, p. 155.

²⁴ NINO, *Introducción al análisis del derecho*, 9ª ed., 1999, p. 432.

países, sobre la base de los enunciados de sus propios órdenes jurídicos, se pronuncian en este sentido.

Justamente, AARNIO, *verbi gratia*, refiere: “La autoridad que aplica el derecho tiene el poder judicial de dar soluciones y la obligación de decidir todo caso que sea sometido a derecho. El status oficial de la autoridad la obliga a seguir las normas jurídicas o a correr el riesgo de ser sancionada. Por otra parte, la adjudicación trata siempre casos concretos. Así, por ejemplo, el juez no interpreta la ley por el mero fin de interpretarla”²⁵.

Por imperio de ello, no pareciera que los jueces, llegado el punto en que deben decidir casos no solucionados *inequívocamente* por las normas de Derecho del sistema vigente, tuvieran otra alternativa que pronunciarse con arreglo a su propia discreción. Y esto, insisto, **no es malo**.

Pienso –como NINO– que lo que realidad habría que exigir “...no es que los jueces se abstengan de toda consideración acerca de políticas sobre objetivos colectivos y que los principios a que recurren permitan justificar todas las normas del sistema, sino que las políticas, pero no los principios, que deben tener en cuenta los jueces en sus decisiones deben ser necesariamente inferidas de las finalidades perseguidas por los otros poderes del Estado al dictar las normas del sistema. Los jueces no pueden ignorar los objetivos sociales colectivos, pero deben atenerse a los que están homologados por los órganos que gozan de representatividad democrática. En cambio, no pueden renunciar, sobre la base de argumentos de autoridad, a su responsabilidad moral de decidir en virtud de principios que consideran válidos. Ésta es la única forma de cumplir con su papel de intermediarios entre la coacción y la justicia”²⁶.

De lo que se trata, entonces, no es de evitar la –inexorable discreción judicial– sino de exigir a quienes han de practicarla la clara **exposición de las razones en que se sustenta** el modo, el sentido, en que ella ha sido ejercida.

Mediante tal expediente, pues, el servicio de administración de justicia mostrará las razones que sustentan sus resoluciones, de modo tal de permitir un **debate público** a consecuencia del cual podrá acaso desentrañarse si los encargados de aplicar las leyes, por enmarcar cada una de sus decisiones en un **sistema consistente de teorías, justifican coherentemente sus opciones**.

Sólo así, en suma, podrá apreciarse si los jueces deciden los asuntos que les son llevados para su estimación, de modo racional, razonado y consistente, en el marco de un **sistema de pensamiento** en el que las **opiniones**, una vez presentados los criterios a partir de los cuales ellas se agrupan, puedan extenderse sin riesgo de conflicto a otros casos posibles, semejantes entre sí en las propiedades relevantes para la aplicación de esos mismos criterios.

Por “teoría” entiendo aquí, no la hipótesis o conjetura acerca de hechos cuya realidad se desconoce, sino el conjunto de proposiciones generales que usamos para ordenar, interpretar y sistematizar algún segmento de la realidad conocida.

Con mucha más precisión de la que yo soy capaz, NINO expresa esta idea enfatizando que, en la medida en que “...tengan a su alcance diferentes desarrollos teóricos que parten explícitamente de distintas concepciones valorativas básicas, mostrando sus implicaciones para cuestiones

²⁵ Cfr. AARNIO, *Lo racional como Razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, (trad. de Ernesto Garzón Valdés), 1991, p. 43.

²⁶ NINO, *Introducción al análisis del derecho*, 9ª ed., 1999, p. 436.

particulares y la forma en que las normas positivas pueden ser interpretadas y aplicadas para adecuarlas a las exigencias de tales concepciones, los jueces contarán con un material invaluable para descargar su responsabilidad de alcanzar decisiones moralmente justificables con discernimiento y lucidez.

“Obviamente una teoría jurídica normativa destinada a mostrar de qué forma puede reconstruirse un sector del orden jurídico para adecuarlo a concepciones y principios axiológicos, tiene aspectos descriptivos y lógicos sumamente relevantes. Ella debe dar cuenta de las normas institucionalmente reconocidas, proceder si es necesario y posible a una presentación más sistemática de las mismas, mostrar las consecuencias lógicas que se siguen de las interpretaciones adoptadas, y formular distinciones conceptuales que permitan manejar adecuadamente el material jurídico y las ideas valorativas subyacentes. Una tal teoría debe también tener en cuenta datos de carácter sociológico, económico, psicológico, etc., que pueden incidir en la aceptabilidad de las distintas soluciones propuestas”²⁷.

En resumidas cuentas, si en aquellos casos en que la ley exige interpretación, los diversos resultados alternativos son razonables y ninguna interpretación es lógicamente obligatoria, un expediente imprescindible para la promoción de decisiones judiciales moralmente defendibles y jurídicamente justificables viene dado, sin lugar a dudas, por la necesidad de que el juez **emplace sus pronunciamientos en el marco de un sistema consistente de teorías** y de que, además, **exponga suficientemente dicho sistema de opiniones**, de modo tal de permitir el **debate público** que hace posible el control de tales decisiones por parte de la comunidad organizada.

5. La aplicación de las normas a casos particulares, los cánones de interpretación de la ley y la responsabilidad moral de los jueces

Llegado a este punto de mi desarrollo, puedo afirmar, sin hesitar, que es evidente que **no existe un modo único de aplicar normas a casos particulares**: aun cuando el alcance de una regla jurídica sea claro, los jueces pueden conformar sus decisiones a tal norma siguiendo modelos diferentes de observancia normativa.

En materia de aplicación de normas jurídicas a casos concretos, parece absurdo un modelo de conformidad normativa según el cual resulten totalmente indiferentes las razones que determinaron la sanción de la disposición jurídica aplicable.

En función del **método teleológico de interpretación** –que aquí habré de entender como aquella que atiende a los fines racionales y objetivos de la *norma* que se interpreta, con el objeto de hallar el significado del texto legal escudriñando el *sentido normativo* de la propia regla a interpretar-, que entienden que los fines a maximizar son los de la autoridad que dictó la norma, resulta esperable que los actos de aplicación de la ley tengan en cuenta consideraciones concernientes a la satisfacción de los propósitos que condujeron a la sanción de dicha prescripción.

En estos últimos supuestos, asegura NINO, “...no se considera que se viola la norma si no se hace lo que ella explícitamente prescribe cuando ello frustraría o, en todo caso, no satisfaría su

²⁷ NINO, *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica*, 3ª ed., 1999, p. 107.

finalidad implícita. No sólo la elección de uno u otro modelo de conformidad normativa por parte de los jueces, implica que éstos deben tener en cuenta consideraciones de índole valorativa a favor o en contra de adoptar cada uno de ellos, sino que también, en caso de decidirse por el modelo que da relevancia a las razones que subyacen a los preceptos jurídicos, los jueces deben incurrir en una sutil apreciación de propósitos y finalidades en la que factores valorativos juegan un papel decisivo. Esto se da en forma mucho más marcada si se avanza todavía un paso más y, en lugar de tener en cuenta las razones que históricamente determinaron la sanción de una norma jurídica, se consideran las razones que *justifican* tal sanción, aún cuando ellas no correspondan a los propósitos reales de los autores del material jurídico en cuestión (lo que parece razonable hacer, por ejemplo, cuando se trata de legislación de antigua data enfrentada con circunstancias sociales diferentes y con un consenso valorativo distinto a los que se daban en el momento de su sanción”²⁸.

Por lo demás, la **interpretación** de la ley según el **canon sistemático** presupone que el juez repare en la ubicación de la cuestión a interpretar en los dominios del específico texto de la ley que la comprende y en el genérico marco del ordenamiento jurídico vigente, con el objeto de hallar eventuales contradicciones normativas que obstan a la coetánea vigencia de dos reglas determinadas, o entre una hipótesis interpretativa y determinados fines y principios que inspiran al sistema jurídico.

Este último criterio interpretativo ha adquirido caracteres particulares a partir de que la norma del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional argentina (1994), *redefiniere* el ordenamiento jurídico argentino, al establecer que el conjunto de tratados internacionales que ella menciona, “...en las condiciones de su vigencia, tienen **jerarquía constitucional**, no derogan artículo alguno de la primera parte de ...[la] Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”: por conducto de esta disposición, dichos instrumentos normativos se añaden al *marco genérico de todo el conjunto normativo que compone el ordenamiento jurídico vigente*, al que se aludió al presentar el canon sistemático.

Me siento obligado a hacer aquí estas referencias sobre el punto, puesto que la interpretación sistemática de la ley adquiere un **significado especial** en el marco de un ordenamiento jurídico que, como el nuestro, incorpora al máximo peldaño del sistema normativo -a través de la citada “*constitucionalización*” de un conjunto de tratados internacionales de derechos humanos- toda una serie de derechos y garantías que han de actuar como necesario *marco de referencia de la legitimidad* de las normas vigentes de inferior jerarquía.

El juez, entonces, no podrá contentarse con hallar la norma legal vigente pertinente para la resolución de un caso determinado, sino que deberá, además, escudriñar la **eventual adecuación** de ésta respecto del conjunto de derechos y garantías que conforman el orden jurídico constitucional de nuestro país.

Desde esta perspectiva, pues, lleva razón ANDRÉS IBÁÑEZ cuando observa que la aplicación judicial del derecho “...debe estar fuertemente orientada a dar satisfacción a los **valores superiores del ordenamiento**: «libertad, justicia, igualdad y pluralismo político»[.] y a las

²⁸ Cfr. NINO, *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica*, 3ª ed., 1999, p. 93.

exigencias de principio representadas por los derechos fundamentales y las libertades públicas. Al respecto, cualquier duda deberá resolverse en el sentido de dar a unos y otros el máximo de efectividad”²⁹.

Debido a ello, se afirma que en las democracias modernas, la actividad creadora de los jueces, que se desarrolla a partir de la interpretación, es una actividad controlada por principios positivos de naturaleza garantista que -en las sociedades actuales- se encuentran consagrados constitucionalmente, y que muestra que ha habido un tránsito del Estado de derecho al Estado constitucional, en el que **tanto las leyes como los jueces se subordinan a tales principios constitucionales**³⁰.

El juez, entonces, está obligado a aplicar la ley, pero para decidir la aplicación de cualquier norma del ordenamiento, el magistrado **debe meditar previamente acerca de la adecuación de esa norma a la constitución**. No se trata, pues, de una “aplicación mecánica” o “automática” de la ley pertinente al caso, sino del resultado de una lectura marcada por el conjunto de los principios constitucionales. Es que la Constitución es la Ley Suprema y, por ello, **ninguna regla puede prevalecer si no se conforma a sus principios**. Por esta misma razón, incluso, las decisiones judiciales deben asegurar a todas las personas el goce de los derechos contenidos en el ordenamiento constitucional, cuyo ejercicio la ley se limita a reglamentar.

Según este criterio, un principio, una norma o un procedimiento motivados por cualquier circunstancia pero que no se correspondan con los derechos fundamentales de raigambre constitucional, no obstante que hayan sido dictados con arreglo a los requisitos para su creación, reúnen la condición necesaria para su aplicabilidad, mas no la condición suficiente: el juez podría colocar estas reglas estatales coactivas bajo sospecha y efectuarles un **juicio de legitimidad** a partir de tales derechos fundamentales.

Me parece oportuno puntualizar aquí que los “**principios constitucionales**” a los que hago referencia, no son sólo aquellos que se encuentran **expresamente formulados y expresamente identificados con dicho status -status de principio- por las propias autoridades normativas**, sino también aquellos que resultan tales en virtud, no ya de una expresa calificación de las autoridades aludidas, sino de una **valoración del intérprete -en particular, los jueces-**, que encuentra en ellos ciertas normas fundamentales, caracterizadoras, que confieren **identidad axiológica** al ordenamiento y ofrecen **justificación** a las restantes normas.

Los principios constitucionales, así entendidos, brindan, pues, la *pedra de toque* que permitirá al juez determinar la **legitimidad** de la norma que aparece como la regla pertinente para la decisión de un caso sometido a su consideración.

De cualquier manera, lo que pretendo destacar en este lugar es que la pluralidad de modos de aplicar normas jurídicas a casos particulares conlleva una natural **responsabilidad moral de los jueces** que, al resolver las controversias que les son planteadas, **optan por uno de ellos** en

²⁹ Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, “Ética de la función de juzgar”, disponible en World Wide Web: <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/etica-funcion.pdf#search='Perfecto%20Andr%C3%A9s%20Ib%C3%A1%C3%B1ez'> (accedido el 1 de febrero de 2006). La negrita es agregada.

³⁰ RUIZ, “La Constitución y los jueces”, en LA MISMA, *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho*, 2001, p. 55.

detrimento de otro.

Ante la existencia de varias alternativas posibles sobre la manera de acatar la ley, es claro que en nada empece a tal responsabilidad de los jueces, el hecho de que ellos decidan un caso determinado *aplicando una norma jurídica vigente*, pues deberán además **justificar axiológicamente el modelo de observancia normativa** al que se adhieren, para así legitimar el acatamiento de tal prescripción³¹. Sólo así, a través del dictado de resoluciones justificables, habrán de satisfacer su responsabilidad moral como encargados de resolver casos particulares mediante la aplicación de normas jurídicas.

En un régimen político democrático, la posición de un juez debe ser, a la vez, **independiente y responsable**; lo primero, porque sólo así puede decidir las casos concretos que se le plantean de modo imparcial; lo segundo, porque –como se sostuvo– su función como personificación de la *agencia estatal* encargada de resolver controversias particulares se resume en su capacidad de tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Por tal motivo, puede afirmarse que la tensión entre independencia y responsabilidad del juez es común a todas las democracias y es, básicamente, insoluble, y que, al fin y al cabo, la solución formalista del juez “boca de la ley” es, en realidad, “...una «no solución», que elude el problema más que resolverlo. En realidad, para afrontar esta tensión no existen soluciones óptimas sino sólo satisfactorias, obtenidas equilibrando de algún modo esas dos exigencias, ambas legítimas”³².

Desde ya que todo lo dicho no implica que los órganos primarios deban decidir cada controversia en función de exclusivas razones de justicia y equidad, como si no hubiera normas jurídicas que regulan el caso y su rol les permitiera legislar sobre el asunto. Generalmente, hay razones vinculadas con el respeto a órganos legislativos legítimos, la necesidad de proveer cierto grado de previsibilidad de las decisiones judiciales, la conveniencia de contribuir a una vida social ordenada y la exigencia de tratar casos similares en forma similar, que justifican aplicar normas jurídicas vigentes aún cuando ellas impliquen soluciones moderadamente injustas en algunos casos particulares. Pero tales razones son de naturaleza axiológica y deben ser puestas en balance con consideraciones (que, en algunos casos, pueden prevalecer) acerca de la justicia o injusticia de la solución prescripta en un caso particular.

Es que, desde algún punto de vista, y como de algún modo fue expresado ya en este texto, la seguridad jurídica es **condición necesaria de cierta noción formal de justicia**, conforme la cual la consecución de ésta se apoya en la **previsible aplicación de normas jurídicas predeterminadas** en la resolución de una categoría de casos para la cual aquéllas han sido sancionadas.

³¹ Nótese, incluso, que los jueces que consideran que su deber consiste en aplicar las normas jurídicas positivas con total independencia de su valor moral “...asumen de cualquier modo una postura moral, basada en el principio pseudo-positivista de que cualquier derecho positivo es moralmente obligatorio, que, cuando es defendido en forma universal y sin calificaciones, es, por lo menos, discutible” (cfr. NINO, *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica*, 3ª ed., 1999, p. 95. Por eso, los órganos encargados de dirimir controversias entre particulares deben **asumir posiciones valorativas**, que van desde la decisión sobre el sentido y alcance de las palabras de la norma jurídica aplicable y el modo en que ella debería aplicarse, hasta la misma determinación si dicha disposición, en definitiva, debe o no aplicarse al supuesto que deben resolver. Indudablemente que habrán de exponer tales opciones valorativas, dentro de los límites derivados de las urgencias y exigencias propias del rol que ellos desempeñan, que les exige la **pronta resolución** de las cuestiones sometidas a su potestad jurisdiccional.

³² Cfr. GUARNIERI, “¿Cómo funciona la máquina judicial? El modelo italiano”, (trad. de Alejandro W. Slokar y Norberto F. Frontini), en EL MISMO, *Judicialismo*, 2003, pp. 172 y 173.

Precisamente en esta sintonía, y a partir de un análisis formal, que se limita a investigar lo que es común a diversas concepciones de la justicia, PERELMAN asevera: “La justicia de un acto consiste en la igualdad de tratamiento que reserva a todos los miembros de una misma categoría esencial. Esta igualdad resulta de la regularidad del acto, del hecho de que coincide con una consecuencia de una regla de justicia determinada”³³.

No puedo dejar de mencionar, por otro lado, que la apertura de la ley a esta diversidad de tomas de posición en el momento aplicativo, conduce a reflexionar sobre la viabilidad –o el eventual grado de consecución-, en el marco del estado de cosas que ella propone, de la **certeza del Derecho**, presupuesto elemental de la seguridad jurídica.

Pienso que la circunstancia de que la certeza del derecho –entendida como “certeza legal”- pueda parecer en tal contexto una condición meramente ideal, mas no realizable, no debe llevar a negar la posibilidad de admitir otra modalidad de certeza, ni –mucho menos- a poner en duda la relevancia que un aceptable grado de previsibilidad de las respuestas *del ordenamiento jurídico* –en particular a través de las resoluciones judiciales-, tiene para el desenvolvimiento de la vida social de cualquier comunidad organizada.

En esta orientación, no parece equivocarse ANDRÉS IBÁÑEZ cuando enfatiza que “...la *certeza posible* es una *certeza dinámica*, la *certeza como resultado* tendencial de la convergencia de una serie de refuerzos, de la operatividad de algunos resortes preventivos y reactivos, orientados a posibilitar otros tantos momentos de ejercicio de una racionalidad crítica explícita, destinados a desplazar lo que hoy son, tantas veces, formas de ocultación del ejercicio de algún grado de discrecionalidad abierta al arbitrio”³⁴.

Una tal **certeza dinámica** –anota el jurista nombrado- reclama un reforzamiento sensible de la dimensión cognoscitiva de la función jurisdiccional, de la conciencia del carácter de los actos que la constituyen y de lo que en ellos pueda haber de ejercicio de un mayor o menor grado de *poder* –a veces escasamente vinculado-, a la vez que hace posible, entre otras cosas, el cumplimiento con eficacia democrática de la exigencia de motivación, entendida como el deber inexcusable de dar cuenta de las auténticas razones del acto o proceso de decisión, que *preactúa* garantizando una mejor calidad de éste en todas sus dimensiones³⁵.

6. Necesidad de que los jueces asuman una particular posición valorativa frente a su obligación de aplicar las normas: la cuestión de las posibles actitudes del juez frente a las normas jurídicas como un problema de filosofía moral

Lo expuesto permite advertir que uno de los principales desafíos que deben enfrentar los órganos encargados de aplicar normas jurídicas a situaciones particulares es el de resolver tales controversias mediante resoluciones que aparezcan **racionalmente aceptables** en razón de

³³ Véase PERELMAN, *De la justicia*, (trad. de Ricardo Guerra), 1964, p. 77.

³⁴ Véase ANDRÉS IBÁÑEZ, “¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho? Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo”, *Doxa*, 1994, p. 882.

³⁵ ANDRÉS IBÁÑEZ, “¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho? Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo”, *Doxa*, 1994, pp. 880 a 882.

consistir la derivación de una **postura axiológica consistente del juez frente a su obligación de aplicar al caso la norma** pertinente y, a la vez, de revestir **aptitud suficiente para asegurar un razonable grado de seguridad jurídica**.

Acaso sea por ello que HABERMAS sostiene que, en última instancia, en la administración de justicia la tensión entre la legitimidad y la positividad del derecho se aborda y resuelve, en lo que a *contenido* se refiere, “...como el problema de una decisión correcta (legitimidad) a la vez que consistente (positividad)”³⁶.

Para comprender acabadamente la concepción de este jurista, léase lo que sigue:

“El derecho vigente garantiza, por un lado, la imposición de expectativas de comportamiento estatalmente sancionadas y, por tanto, la seguridad jurídica; por otro lado, los procedimientos racionales de producción y aplicación del derecho prometen la legitimidad de las expectativas de comportamiento estabilizadas de esa forma: las normas *merecen* obediencia y en todo momento deben poder ser seguidas también por «respeto a la ley». En el plano de la práctica de las decisiones judiciales, ambas garantías han de poder desempeñarse de modo simultáneo. No basta con que pretensiones en conflicto se transformen en pretensiones jurídicas y por vía de una demanda ante los tribunales se decidan de forma jurídicamente vinculante. Los fallos emitidos, para cumplir la función sociointegradora que ha de ejercer el orden jurídico y satisfacer a la pretensión de legitimidad del derecho, han de cumplir a la vez los requisitos de representar *decisiones consistentes* y de ser *racionalmente aceptables*. Y como ambas cosas no consueñan sin más entre sí, en la práctica de las decisiones judiciales habrán de ponerse en concordancia dos clases distintas de criterios.

“Por un lado, el principio de seguridad jurídica exige decisiones que resulten consistentes en el marco del orden jurídico vigente. Este derecho vigente es el producto de todo un inabarcable tejido de decisiones pasadas del legislador y de los jueces, o de tradiciones articuladas en términos de derecho consuetudinario. Esta historia institucional del derecho constituye el trasfondo de toda nueva decisión actual. En la positividad del derecho se reflejan también las contingencias de tal contexto de nacimiento. Por otro lado, la pretensión de legitimidad del orden jurídico exige decisiones que no sólo concuerden con el trato que en el pasado se dio a casos análogos y con el sistema jurídico vigente, sino que deben estar también fundamentadas racionalmente en lo tocante a la cosa misma, a fin de poder ser aceptadas por los miembros de la comunidad jurídica como decisiones racionales. Las sentencias de los jueces, los cuales deciden un caso actual precisamente también en el horizonte de un presente futuro, pretenden validez a la luz de reglas y principios legítimos. Por tanto, las fundamentaciones de las sentencias han de emanciparse de las contingencias de ese contexto de nacimiento. Este cambio de perspectiva desde la historia a la sistemática se efectúa explícitamente en el tránsito desde la justificación interna de una sentencia, que se basa en premisas previamente dadas, a la justificación externa de las premisas mismas. Al igual que las leyes, también las decisiones judiciales son «creaturas tanto de la historia como de la moral: lo que un individuo está legitimado a tener en la sociedad civil, depende, tanto de la práctica, como de la justicia de sus instituciones políticas».

“El problema de la racionalidad de la administración de justicia consiste, por tanto, en que la aplicación de un derecho surgido contingentemente pueda hacerse de forma internamente consistente y fundamentarse externamente de modo racional, para asegurar simultáneamente la *seguridad jurídica* y la

³⁶ HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 2ª ed., (trad. de Manuel Jiménez Redondo), 2000, pp. 306 y 307.

rectitud o corrección normativas"³⁷.

En otras palabras, la adecuada satisfacción de la responsabilidad moral del juez que, puesto a decidir una controversia particular, debe optar entre distintas alternativas sobre cómo *posicionarse* –en términos de adhesión a un determinado modelo de observancia normativa– frente a la ley aplicable exige que aquél dicte resoluciones que, por una parte, respondan a una **particular posición valorativa respecto de su obligación de aplicar las normas**, y por la otra, materialicen una decisión con aptitud suficiente para mostrar a las personas que integran la comunidad organizada un ordenamiento jurídico que se concretiza en **actos judiciales de un grado de previsibilidad suficiente para garantizar una razonable seguridad jurídica**.

Siguiendo a ROSS, puede afirmarse que la consecución de tal cometido habrá de lograrse a partir de la aceptación de que la administración de justicia es la resultante de un paralelogramo de fuerzas en el que los vectores dominantes son la **conciencia jurídica formal** y la **conciencia jurídica material**. La conclusión a la que arriba el juez al dictar una resolución a través de la cual decide una controversia particular que le es presentada –señala este jurista– "...está determinada por el efecto combinado de la interpretación cognoscitiva de la ley y la actitud valorativa de la conciencia jurídica. Sería erróneo limitar la actividad valorativa a aquellas ocasiones, relativamente raras, en que ella se manifiesta como desviación del resultado a que llevaría una interpretación meramente cognoscitiva de la ley. La conciencia jurídica material está presente en todas las decisiones. Si en la mayoría de los casos el juez decide dentro del campo de la interpretación cognoscitiva, ello es signo de que su conciencia jurídica ha considerado posible aprobar la decisión, o en todo caso, no la ha hallado incompatible con lo «justo» o lo «socialmente deseable», en un grado tal que hiciera necesario recurrir a algún expediente para liberarse de las ataduras legales. Si los postulados político-jurídico-morales de su conciencia jurídica hubieran llevado al juez a considerar que la decisión era inaceptable, éste habría podido también, mediante una argumentación adecuada, hallar la vía para una mejor solución"³⁸.

El juez, entonces, que debe resolver los casos particulares sometidos a su consideración, ha de interpretar la norma, **no para hacer pura exégesis de textos**, sino para decidir un **problema práctico**, lo que hace que, en principio, no pueda prescindir de la regla legal, pero que tampoco pueda dejar de asumir una **posición axiológica** que le permita justificar su actitud frente a la obligación de aplicar dicha prescripción, como una forma de propiciar la vía apta para arribar a la que se presenta a su propia intelección como la **correcta solución** de la controversia.

Sobre la base de todo cuanto se ha aducido, parece ya medianamente claro que la cuestión de las **posibles actitudes que puede asumir el juez** frente a las normas jurídicas pertinentes para resolver una determinada controversia que le es planteada, y la **responsabilidad** que deriva de la adopción de una de tales alternativas en desmedro de otras, involucra, al fin y al cabo, un **problema de filosofía moral**.

³⁷ HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 2ª ed., (trad. de Manuel Jiménez Redondo), 2000, pp. 267 y 268.

³⁸ ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, 2ª ed., 1997, p. 175, con negrita nuestra.

El problema, pues, habrá de escudriñarse como un asunto propio de la **ética de la función judicial**. Entre las teorías éticas que pueden aplicarse a la conducta de los jueces, pueden mencionarse, especialmente, dos, a saber: el **consecuencialismo** y el **deontologismo**. El primero, siguiendo la distinción introducida por WEBER en *Politik als Beruf*³⁹, es una *ética de la responsabilidad* (*Verantwortungsethik*), y parte de un principio que valora a las acciones exclusivamente por sus efectos causales en el bienestar, la utilidad, la miseria o el dolor de la gente; el deontologismo, en cambio, es una *ética del deber*, en tanto establece un catálogo preciso de nuestros deberes morales.

Presentadas estas sucintas nociones previas, me adelanto a aseverar que, al menos en lo que a países como Argentina o España se refiere –cuyos ordenamientos constitucionales consagran firmemente un importante catálogo de derechos–, la teoría ética que más adecuadamente se aplica a la función judicial es el **deontologismo**. Déjese justificarse este aserto.

Para desentrañar qué se le pide moralmente a un juez cuando actúa –lo que constituye el interrogante centro de la ética aplicada a la función judicial–, acaso sea conveniente preguntarse, antes, qué se le pide al magistrado que *no haga* en tales circunstancias.

Según creo, al juez que debe resolver una controversia particular no se le pide que, mediante su decisión, procure obtener el mejor estado de cosas posible, sino que, aún intentando lograr ese loable cometido, se comporte **haciendo respetar los derechos** que el orden jurídico garantiza a las personas. Así pues, de este modo, los derechos individuales fundamentales, que se encuentran fundados en los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona, parecen mostrar la **función primordial de acotar la operación del proceso democrático para tomar decisiones colectivas** a través de la **descalificación de éstas cuando ignoran aquéllos**. Si el proceso democrático negara la inviolabilidad de la persona, *verbi gratia*, por intermedio de la institución de alguna forma de esclavitud, el reconocimiento de los derechos que emergen de nuestros principios constitucionales invalidaría *ipso facto* estas decisiones. Esta es la intuición básica –señala NINO– “...detrás de la idea de que cuando el constitucionalismo es sumado a la democracia, hay decisiones democráticas que están impedidas por el reconocimiento liberal de los derechos”⁴⁰. No es que el sistema jurídico desprecie objetivos consecuencialistas como el de maximizar lo bueno, o fines colectivos como, por ejemplo, la búsqueda de la felicidad de la generalidad de los integrantes de la comunidad organizada; al contrario: se supone que el legislador elabora las normas jurídicas procurando la obtención de la felicidad. Sin embargo, el sistema jurídico está preocupado especialmente por el *modo* como se obtiene la felicidad. Y el *modo* de lograr esta finalidad –esto es, el respeto de los derechos– tiene más importancia que la felicidad misma. Tal circunstancia descarta a primera vista al consecuencialismo –y al utilitarismo, en tanto especie dentro del género consecuencialista– como la teoría ética a emplear en el ámbito de la función judicial.

Lleva razón FARRELL, incluso, cuando añade que los casos en los cuales la utilidad es suficiente como justificación son los supuestos que podríamos considerar como secundarios en un

³⁹ De esta obra, que fue publicada por primera vez en 1919, existen varias traducciones al español, entre las cuales puede mencionarse la siguiente: WEBER, *La política como profesión*, (trad. de Joaquín Abellán), 2007.

⁴⁰ NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, 1997, p. 95.

ordenamiento jurídico: determinar la dirección del tránsito vehicular, por ejemplo. En los casos primarios, como el de proteger la libertad de expresión, el papel de la utilidad es sólo indirecto, puesto que se supone que el legislador consideró útil el respeto a la libertad de expresión, sin que sea necesario que resulte útil el respeto a la libertad de expresión en cada caso concreto en que ella se encuentra en juego⁴¹.

Desde este punto de vista, es dable expresar, con DWORKIN, que "...los ciudadanos tienen ciertos derechos fundamentales en contra de su Gobierno, ciertos derechos morales que la Constitución convierte en jurídicos. Si esta idea algo significa y merece que se haga alarde de ella –señala este jurista-, estos derechos deben ser derechos en el sentido fuerte (...). La afirmación de que los ciudadanos tienen derecho a la libertad de expresión –añade- debe implicar que estaría mal que el Gobierno les impidiese usar de ella, aun cuando el Gobierno crea que lo que han de decir causará más mal que bien"⁴².

Conforme la tesis *dworkiniana* de los derechos individuales, éstos –y muy especialmente el derecho a la igual consideración y respeto- son *triumfos* frente a la mayoría⁴³. Ninguna directriz política ni objetivo social colectivo, entonces, puede triunfar frente a un auténtico derecho. De tal suerte, los derechos aparecen como *conquistas* que desplazan la consideración a fines colectivos, que reside en la base de las teorías utilitaristas.

Lo que DWORKIN muestra, de modo particularmente claro, es que los derechos son *cartas de triunfo*, que se imponen sobre las consideraciones de utilidad, y conducen a reconocer que para dejar de lado un derecho no basta con mostrar que este desplazamiento del derecho produce un estado de cosas tal que contenga más felicidad: el juez debe hacer respetar los derechos *sin más ni más*, no preocuparse por juicios de utilidad.

Para expresarlo de otro modo: "...el juez no tiene como misión maximizar el respeto general por los derechos, sino respetar *él mismo* los derechos sometidos a su consideración. Si los derechos son cartas de triunfo frente a consideraciones de utilidad, los derechos obran como una restricción a la persecución de la utilidad. Ellos obran, entonces, como restricciones deontológicas a la persecución de lo bueno, y no como parte de lo bueno que debe ser perseguido (de cualquier manera, y sin restricciones, como piensa en cambio el consecuencialismo)"⁴⁴.

El magistrado, por regla, no puede sacrificar el respeto de algún derecho para lograr, como resultado de su intervención, un estado de cosas laudable. Y esto es así, salvo casos excepcionales que procuraré mencionar luego, aún cuando tal estado de cosas fuera uno en el cual se ha maximizado el respeto de los derechos. Puede decirse, incluso, que de acuerdo con lo manifestado los derechos fundamentales pueden ser considerados como "**incondicionales**", en el sentido de que la autoridad pública –en lo que nos interesa particularmente: el juez- debe hacerlos respetar con independencia, no sólo de las preferencias de alguna persona, sino también

⁴¹ Véase FARRELL, "La ética de la función judicial", en MALEM ET AL. (comp.), *La función judicial. Ética y democracia*, 2003, p. 153.

⁴² Cfr. DWORKIN, *Los derechos en serio*, 5ª reimpresión de la 1ª ed., (trad. de Marta Guastavino), 2002, p. 284.

⁴³ Véase CALSAMIGLIA, "Prólogo", en DWORKIN, *Los derechos en serio*, 5ª reimpresión de la 1ª ed., (trad. de Marta Guastavino), 1ª ed., 2002, p. 16.

⁴⁴ FARRELL, en MALEM ET AL. (comp.), *La función judicial. Ética y democracia*, 2003, p. 155.

de alguna mayoría circunstancial.

El sistema jurídico no está diseñado para que el juez obre como un consecuencialista, sino para que él se considere y actúe una suerte de agente moral que está obligado a respetar ciertas restricciones, aún a expensas de la utilidad del estado de cosas resultante. Dije que la teoría ética que describe correctamente el rol de los jueces en la resolución de controversias particulares es el deontologismo, pero ello, debo aclarar, no significa que el consecuencialismo no juegue papel alguno en la ética judicial. Es que esta última teoría ética -y, en especial, una de sus particulares manifestaciones: el utilitarismo- desempeña un cometido relevante al momento de la decisión judicial en dos hipótesis particulares: los casos de conflictos de derechos y determinados casos extremos.

En el primer supuesto, el juez debe practicar el cálculo consecuencialista, y optar por el estado de cosas que cause la mayor felicidad. El razonamiento consecuencialista es llamado a intervenir aquí una vez que han sido identificados los derechos en juego y advertido el conflicto existente entre ellos, que impide que todos sean satisfechos a la vez en el caso concreto. El juez, entonces, ya emplazado en tal situación, está autorizado a echar mano de consideraciones de tipo consecuencialista para resolver el conflicto de derechos.

Por lo demás, y en orden a la segunda situación referida, puede sostenerse que cualquier deontologista debería aceptar que hay *casos extremos* en los cuales, ante la gravedad de las consecuencias que se seguirían del respeto irrestricto de un derecho, ese derecho debe ceder ante consideraciones de utilidad; esto es lo que el juez debe advertir, y decidir de acuerdo a ello. Pero habrá de proceder según este último criterio reconociendo y, aun, *poniendo de manifiesto* que -debido a la índole del caso- su decisión se basa en consideraciones de tipo consecuencialistas: sólo así el precedente que dejará sentado tal pronunciamiento se encontrará debidamente acotado, evitando el peligro de toda futura pretensión de que la protección del derecho involucrado vuelva a ceder en otros casos.

Lo expuesto pone en evidencia algo fácil de imaginar: ningún individuo racional razona, a lo largo de toda su vida y en todas las situaciones posibles, sobre la base de exclusivas consideraciones deontologistas o sobre la base de consideraciones exclusivamente como deontologista. En la inmensa mayoría de los casos, se razona, primordialmente, como uno o como otro, pero en situaciones periféricas se adopta justamente la doctrina opuesta: el consecuencialista acepta restricciones y el deontologista acepta el cálculo de consecuencias.

Los tribunales -destaca FARRELL- "...son como los individuos: en la inmensa mayoría de los casos razonan como deontologistas, y esto es -justamente- lo que deben hacer. Pero en situaciones periféricas adoptan el consecuencialismo para evitar catástrofes, y esto es también lo que deben hacer. No hay nada de malo en reconocerlo expresamente y hay mucho de bueno en hacerlo: acotan en este caso el precedente, y lo dejan reducido a situaciones de catástrofe"⁴⁵.

⁴⁵ FARRELL, en MALEM ET AL. (comp.), *La función judicial. Ética y democracia*, 2003, p. 158.

7. A manera de epílogo

A modo de corolario, vuelvo sobre algunas ideas, que sintetizan parte de las reflexiones que he pretendido exponer en este breve ensayo.

- a. Parece imperioso insistir sobre la necesidad de que los juristas prácticos justifiquen sus decisiones sobre la base de criterios consistentes.

Para ello, el encargado de aplicar el Derecho debe **transparentar los criterios** que sustentan sus conclusiones, procurando que ellos **brinden razones de peso** a favor de sus decisiones.

- b. Puede afirmarse que es característico de todo sistema jurídico el hecho de que los jueces tengan la **obligación de aplicar normas** para resolver controversias particulares.

- (i) La existencia de una obligación tal deriva como consecuencia de la razonable aceptación de que las normas constituyen **razones para actuar excluyentes**, que imponen que los jueces actúen en el sentido que indica la norma, aplicándola, sin que puedan involucrar en su deliberación práctica la consideración de cualesquiera razones de primer orden que ellos pudieran tener al momento de resolver una cuestión determinada.

- (ii) De igual modo puede justificarse la afirmación de la existencia de dicha obligación de los jueces de aplicar normas jurídicas a casos particulares, a partir de una especie de **legitimación democrática** que posee la agencia estatal encargada de sancionar esas normas –el Poder Legislativo–, en razón de su propio mecanismo de formación, de la que carecen los tribunales de justicia.

- (iii) Hay razones para hallar un argumento que brinda interesante sustento a la tesis de la necesaria sujeción del juez a la ley, a partir de la **doctrina “clásica” de la separación de los poderes del Estado**.

Si la función jurisdiccional presupone lógica y cronológicamente la existencia de normas a aplicar, resulta evidente que la función judicial se encuentra jurídicamente subordinada a la función legislativa.

No parece disparatado postular que dicha circunstancia, de alguna manera, fundamenta la citada obligación que pesa sobre los órganos encargados de resolver controversias particulares mediante normas generales.

- (iv) Los jueces están obligados a aplicar la ley, además, porque ello es **definitorio** del mismo concepto de **“poder público”**, dentro del cual, indudablemente, está comprendida la agencia estatal encargada de aplicar las leyes en casos de controversia.

- (v) Asimismo, la referida obligación se justifica como un presupuesto insoslayable satisfacer la **exigencia de seguridad jurídica**, que se comprende como uno de los

finés esenciales del Derecho y que exige que para las personas que integran la comunidad organizada resulten previsibles las consecuencias que para el derecho tiene un determinado comportamiento. Sólo es dable esto último, si los jueces se sujetan en su decisión a las prescripciones sancionadas por el legislador.

- (vi) El análisis del eventual fundamento de la obligación de los jueces de aplicar la ley muestra que, en tanto y en cuanto carece de una legitimación democrática equivalente a la que posee la función legislativa, la **jurisdicción** tiene como **fuentes de legitimación** una formal y otra sustancial. La **legitimación formal** es la que propicia el principio de legalidad y de sujeción del juez a la ley. La **legitimación sustancial**, en cambio, es la que obtiene la función judicial de su capacidad de tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos.
- c. El contenido de la obligación del juez de sujetarse a la ley puede estudiarse desde un punto de vista objetivo y desde un punto de vista subjetivo. Con arreglo al primer enfoque, dicha obligación exige que toda decisión judicial se funde en normas jurídicas procedentes de alguna fuente del derecho autorizada, que –en principio- el juez no cree normas jurídicas y que él –también, en principio- no rechace la aplicación de una ley. Conforme el examen subjetivo, la sujeción del juez a la ley se manifiesta en su carácter de garante de la seguridad jurídica de las personas, que resulta un requisito necesario para poder prever las consecuencias jurídicas de los comportamientos tanto propios como ajenos.
- d. Los jueces, al aplicar determinadas normas jurídicas a ciertos casos particulares, cuentan inevitablemente con un **ámbito variable de discreción**, que es consecuencia de que las normas jurídicas constituyen reglas generales, y no directivas particulares dirigidas separadamente a cada individuo. Dicha discreción debe ejercerse **exponiendo el juzgador las razones en que se sustenta** la forma en que ella ha sido practicada, pues únicamente así el servicio de administración de justicia mostrará las razones que sustentan sus resoluciones, permitiendo un **debate público** a consecuencia del cual podrá desentrañarse si los encargados de aplicar las leyes **justifican coherentemente sus opciones**.
- e. **No existe un modo único de aplicar normas a casos particulares**, por lo que, ante la existencia de varias alternativas posibles sobre la manera de acatar la ley, los jueces son moralmente responsables de sus decisiones, sin que el hecho de que ellos decidan un caso determinado *aplicando una norma jurídica vigente* los releve de su obligación de **justificar axiológicamente el modelo de observancia normativa** al que adhieren, para así legitimar el acatamiento de tal prescripción.
- f. Uno de los principales desafíos que deben enfrentar los órganos encargados de aplicar normas jurídicas a situaciones particulares es el de resolver tales controversias mediante resoluciones que aparezcan **racionalmente aceptables** en razón de consistir la derivación de una **postura axiológica consistente del juez frente a su obligación de aplicar al caso la norma** pertinente y, a la vez, de revestir **aptitud suficiente para asegurar un**

razonable grado de seguridad jurídica. La consecución de tal cometido habrá de lograrse a partir de la aceptación de que la decisión del juez está determinada por el efecto combinado de la interpretación cognoscitiva de la ley y la actitud valorativa de la conciencia jurídica.

- g. El asunto de las **posibles actitudes que puede asumir el juez** frente a las normas jurídicas pertinentes para resolver una determinada controversia que le es planteada es un **problema de filosofía moral**. En esta sede de análisis, puede aseverarse que, en nuestro sistema jurídico, la teoría ética que más adecuadamente se aplica a la función judicial es el **deontologismo**, ya que a los jueces no se les pide que, mediante su decisión en una controversia particular, procure obtener el mejor estado de cosas posible, sino que, aún intentando lograr ese loable cometido, se comporten **haciendo respetar los derechos** que el orden jurídico garantiza a las personas. Pero ello no significa que el consecuencialismo no juegue papel alguno en la ética judicial, ya que esta última teoría ética -en especial, en su vertiente utilitarista-, desempeña un cometido relevante al momento de la decisión judicial en dos hipótesis particulares: los casos de conflictos de derechos y determinados casos extremos.

Bibliografía

Aulis AARNIO (1991), *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, (traducción de Ernesto Garzón Valdés), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ (n.c.), "Ética de la función de juzgar", disponible en World Wide Web: <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/etica-funcion.pdf#search='Perfecto%20Andr%C3%A9s%20Ib%C3%A1%C3%B1ez'> (accedido el 1 de febrero de 2006).

- (1994), "¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho? Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo", *Doxa*, nº 15-16.

Manuel ATIENZA (2001), *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona.

- (1993), *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento judicial*, Ariel, Barcelona.

Albert CALSAMIGLIA (2002), "Prólogo", en Roland DWORKIN, *Los derechos en serio*, traducción de Marta Guastavino, 5ª reimpresión de la 1ª edición, Ariel, Barcelona.

Rafael DE ASÍS ROIG (1994), "Imparcialidad, igualdad y obediencia en la actividad judicial", *Doxa*, nº 15-16.

Roland DWORKIN (2002), *Los derechos en serio*, (traducción de Marta Guastavino), 5ª reimpresión de la 1ª edición, Ariel, Barcelona.

Francisco J. EZQUIAGA GANUZAS (2003), "Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley", en Jorge MALEM/Jesús OROZCO/Rodolfo VÁZQUEZ (comp.), *La función judicial. Ética y democracia*, Gedisa, Barcelona.

Martín D. FARRELL (2003), "La ética de la función judicial", en Jorge MALEM/Jesús OROZCO/Rodolfo VÁZQUEZ (comp.), *La función judicial. Ética y democracia*, Gedisa, Barcelona.

Luigi FERRAJOLI (1997), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, (traductores varios), 2ª edición, Trotta, Madrid.

Roberto GARGARELLA (2004), *Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras*, colección Claves para Todos, dirigida por José Nun, Capital Intelectual, Buenos Aires.

- (2003), "Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia", en AA.VV., *Los derechos fundamentales*, SELA 2001 -Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política-, Editores del Puerto, Buenos Aires.

Carlo GUARNIERI (2003), "¿Cómo funciona la máquina judicial? El modelo italiano", (traducción a cargo de Alejandro W. Slokar y Norberto F. Frontini), en EL MISMO, *Judicialismo*, Hammurabi, Buenos Aires.

Riccardo GUASTINI (2001), *Estudios de teoría constitucional*, Doctrina Jurídica Contemporánea, colección dirigida por José Ramón Cossio y Rodolfo Vázquez, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Ricardo A. GUIBOURG (2004), *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*, Ediciones Colihue, Buenos Aires.

Jürgen HABERMAS (2000), *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, 2ª edición, Trotta, Madrid.

Herbert Lionel Adolphus HART (1992), *El concepto de Derecho*, 2ª edición, reimpresión, (traducción de Genaro R. Carrió), Abeledo - Perrot, Buenos Aires.

Arthur KAUFMANN (1999), *Filosofía del derecho*, (traducción de Luis Villar Borda y Ana María Montoya), Universidad Externado de Colombia, Colombia.

David LYONS (1998), "La deducción, la defensa y la justificación de las decisiones judiciales", en EL MISMO, *Aspectos morales de la teoría jurídica. Ensayos sobre la ley, la justicia y la responsabilidad política*, (traducción de Stella Álvarez), Gedisa, Barcelona.

- (1998) "Sobre la justicia formal", en EL MISMO, *Aspectos morales de la teoría jurídica. Ensayos sobre la ley, la justicia y la responsabilidad política*, (traducción de Stella Álvarez), Gedisa, Barcelona.

Pablo E. NAVARRO/Andrés BOUZAT/Luis M. ESANDI (2001), *Juez y ley penal. Un análisis de la interpretación de las normas penales*, Alveroni, Córdoba.

Carlos S. NINO (1999), *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, 3ª edición, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política -dirigida por Ernesto Garzón Valdés y Rodolfo Vázquez-, n° 25, Fontamara, México.

- (1999), *Introducción al análisis del derecho*, 9ª edición, Ariel, Barcelona.

- (1997) *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona.

- (1985), "La validez de las normas «de facto»", en EL MISMO, *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires.

Chaim PERELMAN (1964), *De la justicia*, traducción de Ricardo Guerra, Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Joseph RAZ (1985), *La autoridad del derecho*, 2ª edición, (traducción y notas de Rolando Tamayo y Salmorán), Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Ángeles RÓDENAS (2001), "En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas", *Doxa*, nº 24.

Alf ROSS (1997), *Sobre el derecho y la justicia*, 2ª edición, Eudeba, Buenos Aires.

Alicia E. C. RUIZ (2001), "La Constitución y los jueces", en LA MISMA, *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho*, Editores del Puerto, Buenos Aires.

Michel TROPER (2003), "El poder judicial y la democracia", en AA.VV., *La función judicial. Ética y democracia*, Jorge MALEM/Jesús OROZCO/Rodolfo VÁZQUEZ (compiladores), Gedisa, Barcelona.

Roberto J. VERNENGO (1995), *Curso de teoría general del derecho*, 4ª reimpresión de la 2ª edición, Depalma, Buenos Aires.

Max WEBER (2007), *La política como profesión*, (traducción de Joaquín Abellán), Biblioteca Nueva, Madrid.