

# Un esbozo sobre el papel del juez en la sociedad democrática: creación, aplicación e interpretación del derecho

En nuestro país hemos heredado -y adoptado- el sistema legal/judicial pensado por los ideólogos precursores de la revolución francesa. Sin bien luego el poder administrador adquirió particular relevancia -también por la Asamblea Constituyente francesa en 1791-, lo cierto es que la conducta de los habitantes se encuentra reglada -o debiera estarlo- por leyes, que son la piedra fundamental en la que se apoya el concepto de división de poderes, que se encuentra plasmado en la ley -en nuestro caso, en la Constitución federal-.

Sobre la base del pacto social francés -o rousseauiano- (García de Enterría, 2011) menciona que “la ley es la expresión de la *volonté générale*, y sus determinaciones también tienen carácter general, lo que resuelve el problema de la legitimidad, ya que al obedecer a la voluntad general, nos estamos obedeciendo a nosotros mismos”.<sup>1</sup>

El juez aparece en escena recién ante un conflicto concreto respecto de la

aplicación de una o varias normas, o ante el incumplimiento de una norma, y cuando nos referimos a decisión judicial, imaginamos inmediatamente una sentencia, condenando o absolviendo, en el caso concreto, aplicando la normativa que corresponda. El juez es puesto en el papel de árbitro de la controversia y -heredado de los Estados Unidos- de guardián de la Constitución nacional.

De ésta última función se asombraba (Tocqueville, 2002) al visitar el país del norte, de que un juez pudiera desobedecer una ley -o dejar de aplicarla- poniéndose por encima de la voluntad del pueblo, si la considerase anticonstitucional, por lo que, para él, “desde el día en que el juez rehúse aplicar una ley en un proceso, ésta pierde al instante una parte de su fuerza moral ... la ley así censurada está destruida: su fuerza moral ha disminuido, pero su efecto material no se suspende. Sólo poco a poco, y bajo los golpes repetidos de la jurisprudencia, llega a sucumbir al fin.”<sup>2</sup>

Este poder político dado a los jueces, ya había sido tratado por Montesquieu, que tenía una concepción de la separación de poderes, donde a los jueces se les asignaba la defensa de la constitución o leyes fundamentales del país frente al propio legislador.<sup>3</sup> Conceptos que son dejados de lado por los revolucionarios franceses -por desconfiar de un poder judicial que nació de la aristocracia-, que tomaron la idea de división de poderes pero liberando a la voluntad general de los condicionamientos judiciales: “Nuestra magistratura estaba justamente constituida para resistir el despotismo, pero éste ya no existirá desde ahora. Esta forma de magistratura no es, pues, necesaria”.<sup>4</sup> Actualmente y sin perjuicio de los antecedentes mencionados, conociendo el papel dado al poder legislativo y al poder judicial por la Constitución federal, notamos muchas veces cierto descontento o la desaprobación de una

3 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *op. cit.*, p. 45.

4 *Ibidem*, p. 48, quien cita un dictamen de la Asamblea que fuera aportado por Tocqueville en su obra *L'Ancien Régime*.

1 GARCÍA DE ENTERRÍA (2011), Eduardo. *Revolución francesa y administración contemporánea*. Editorial Civitas, p. 24.

2 DE TOCQUEVILLE, Alexis (2002) “La democracia en América, I” original de 1835, Alianza Editorial, Madrid

parte –o gran parte– de la sociedad, cuando los jueces realizan su labor, que es en gran medida cuestionada, y se reclama, no tanto que los magistrados se ajusten a la letra de la ley, sino “se haga justicia”.

De ahí el dilema: ¿la tarea de aplicar la ley al caso concreto es contradictoria con la de que, en ese mismo caso, se logre “hacer justicia” o –dicho de otra manera– se arrije a una decisión justa? Cabe formularse varios interrogantes: ¿qué debe hacer el juzgador cuando no existe normativa que se corresponda exactamente con el caso a resolver?, ¿qué sucede con los principios “morales” arraigados en el juez como individuo y en la sociedad en que se juzga?, ¿y si la norma ya no se corresponde con esos principios? Y dichos principios, ¿son objetivamente identificables?, ¿se pueden percibir por medio de los sentidos o son meras subjetividades?

No pretendemos responder a todos ellos en nuestra acotada puesta en situación, tal vez a ninguno, pero sí comenzar a analizar y con suerte, llegar a abrir el panorama y agregar nuevas preguntas a las ya dadas.

A ello habría que adicionar que el sentido de justicia no siempre viene de la mano con la aplicación de la norma, en primer lugar porque la norma es general y no puede, por definición, contemplar las particularidades y singularidades de cada situación concreta, y, además, porque resulta imposible incorporar una normativa al razonamiento justificatorio del juez con independencia del uso de juicios de valor, ya que éste lleva consigo conceptos y principios adquiridos y arraigados a lo largo de su vida y previos a su cargo; la imparcialidad verdadera sólo podría llegar a lograrse –e incluso también sería difícil–, si el juez no conociera absolutamente ningún detalle personal de los involucrados en cada caso (reemplazar sus nombres por letras y subsumir la norma a la situación con la sola aplicación de la lógica).

No obstante, sería prácticamente imposible, con un sistema de alejamiento de los sujetos, acercarse a una definición de justicia.

Puede resultar entonces extraño que se está bregando, en el Poder Judicial actual y en las más recientes reformas procesales, por el mayor acercamiento o inmediatez entre el juzgador y los sujetos involucrados en las controversias puestas a su consideración.

Imparcialidad por un lado, justicia por el otro. La justicia es representada con una mujer con los ojos vendados y una balanza, el equilibrio sin “ver” al sujeto. Podría interpretarse que esa mujer de ojos vendados es lo que lo que se quiere mostrar del poder judicial, imparcialidad como justicia, o el sujeto cree que no es visto como tal por el juez, pero quien detenta el poder –de decidir, por ejemplo– siempre observa, por lo que si imaginamos que la justicia tiene una venda, que no nos mira, el poder del juez podría ser aún más efectivo, como el panóptico de Bentham, entendido por Foucault como una efectiva técnica de control.

Cuando los jueces apoyan sus decisiones en normas jurídicas lo hacen a través de juicios que (Nino, 1989) ha llamado “de adhesión normativa” y que consisten en juicios valorativos que se infieren de principios morales que prescriben obedecer el orden jurídico y de proposiciones descriptivas de ese orden jurídico.<sup>5</sup>

La interpretación de una norma en base a juicios de valor, puede no ser acorde con la tarea de aplicar la regla jurídica, si bien no se espera actualmente que el juez la aplique sin más, sino que “haga justicia”, cabría indagar en dónde se encuentra el límite entre la tarea de legislar que tiene la población a través de sus representantes elegidos mediante el voto, y la que tiene el juzgador que no sólo aplica, ya que al

interpretar podría crear derecho en el caso en juicio.

Para MacCormick, es difícil que las reglas positivas contengan las condiciones suficientes y necesarias para la toma de la decisión judicial concreta: aunque contuviera todas las condiciones necesarias para resolver judicialmente, aún deberían ser releídas a la luz de los principios establecidos y nuevos que el juez debería adaptar a las condiciones sociales actuales al caso. Es decir, no sólo se permite que se argumente acerca de las condiciones de validez del ordenamiento jurídico existente, sino que se alienta a que el juzgador plantee argumentos justificativos de otras condiciones valorativas que el descriptor considere más apropiadas que las establecidas en la norma.

Si bien el Derecho no puede definir exactamente los hechos, el autor mencionado no justifica, por ello, la irrestricta arbitrariedad valorativa del juez, sino que propone que se busquen recursos que sirvan a la razonabilidad de la decisión. No se trata entonces de afirmar la verdad de la resolución, ni siquiera su acatamiento a la norma, sino de proponer su justificación racional conforme al Derecho. Es así que “la justificabilidad de las resoluciones se vincula al standard de ‘colectivización del razonamiento jurídico’ que permite considerar sus resultados fundamentados y universalizables y que expresa una cierta forma de ‘objetividad hermenéutica’ o de generalización racional garante de la legalidad de la decisión y de su justificación política y jurídica, de su legitimidad”<sup>6</sup>

(SUÁREZ LLANOS, 2005, pp. 343/345) Esa pretendida objetividad termina contrastando con la moralidad de la decisión, ya que esos estándares de

5 NINO, Carlos (1989) *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. Astrea, p. 23.

6 SUÁREZ LLANOS, María Leonor. (2005) “El concepto dinámico de validez jurídica neoconstitucionalista”. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2220978>, pp. 343/345 (Consultado el 22/2/21).

colectivización del razonamiento no pueden ser sino extrajurídicos.

Sin embargo, la argumentación parecería ser incompatible con el concepto de autoridad que debería ostentar el orden jurídico. ¿Y el juez tiene autoridad? Si su tarea es la aplicación del Derecho entendida como subsumir el hecho a la norma, parecería que no, que su trabajo es de técnica. Y si su labor es, además, plantear argumentos justificativos de otras condiciones valorativas que considere más apropiadas que las establecidas en la norma, parecería que tampoco. “Es que el concepto de autoridad es incompatible con la persuasión y la argumentación se utiliza para persuadir. La persuasión presupone igualdad y opera a través de un proceso de argumentación. Donde se usan argumentos, la autoridad es dejada en suspenso”.<sup>7</sup> (ROSLER, 2020, p.65)

La autoridad más bien se relaciona con la libertad de arbitrio, lo que podría implicar que la autoridad reside en el juez como intérprete –ese papel tan temido por los hijos de la revolución francesa–, y el poder del pueblo soberano se escabulle si sus leyes son interpretadas con libertad.

En teoría, la falta de cumplimiento de una obligación impuesta por una norma jurídica, generaría como consecuencia una sanción jurídica (explicitada en la norma), y el juez en su sentencia aplicaría la norma al caso concreto.

Ya comenzamos a vislumbrar que no es tan simple, estos puntos no están separados ya que no siempre hay una norma jurídica precisa para justificar acabadamente una decisión judicial, y, aunque la hubiera, ella no puede incorporarse al razonamiento justificatorio de un juez sin dejar traslucir juicios valorativos.<sup>8</sup>

7 ROSLER, Andrés (2020). *La ley es la ley. Autoridad e interpretación en la Filosofía del Derecho*. Segunda Edición, Ed. Katz, Buenos Aires.

8 NINO, Carlos Santiago, op. cit., p. 23.

Cabría agregar que el concepto de justicia no es entendido universalmente en forma unánime.

La Real Academia Española define el término justicia de la siguiente manera: “Principio moral que lleva a dar a cada uno lo que le corresponde o pertenece... Derecho, razón, equidad... Conjunto de todas las virtudes, por el que es bueno quien las tiene... Aquello que debe hacerse según derecho o razón... una de las cuatro virtudes cardinales, que consiste en la constante y firme voluntad de dar a Dios y al prójimo lo que les es debido” (<https://dle.rae.es/justicia>). Hans Kelsen (1998), intenta encontrar una definición de Justicia, aunque sin embargo llega a la conclusión de que la pregunta “¿qué es la justicia?” carece de respuesta. En primer lugar, afirma que “un orden es justo cuando regula la conducta de los hombres de una manera tal que a todos satisface y a todos permite alcanzar la felicidad. La justicia sería, entonces, la felicidad social, la felicidad que el orden social garantiza”.<sup>9</sup> (p. 9). Sin embargo, el sentido de la palabra felicidad es subjetivo. Luego de analizar diferentes formas de sociedad, y distintos autores, como Aristóteles o Kant, y afirmar que ninguno logra encontrar una definición satisfactoria de justicia; concluye su trabajo sin haber podido contestar a la pregunta ¿qué es la justicia?<sup>10</sup>

Según John Rawls (1995), “la justicia se define en dos principios: El primero es que cada persona tiene igual derecho de libertades básicas; y el segundo,

9 KELSEN, Hans (1998). *¿Qué es la Justicia?* Biblioteca de Etica , Filosofía del Derecho y Política.

10 “La justicia es aquello bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia”. KELSEN, Hans, op. cit., p. 83

las condiciones de “plena equidad” e igualdad de oportunidades”.<sup>11</sup>

(p. 271.) Aquellas libertades “están proyectadas para formar un sistema y este sistema ha de ser el mismo para todos” (p. 85). Se debería tratar a las personas como iguales pero no removiendo todas las desigualdades, sino sólo las que generan desventajas para alguien. “Si ciertas desigualdades benefician a todos, favoreciendo talentos y energías socialmente útiles, entonces serán aceptables para todos.”<sup>12</sup> (KYMICKA, 1990, p. 53). Si existen desigualdades, éstas deben obrar en provecho de todos los miembros de la sociedad: “todas las partes tienen que salir ganando con la desigualdad”. (RAWLS, 1999, p. 81)<sup>13</sup> Estas “partes” son las personas, los ciudadanos como integrantes y cooperadores de la sociedad.<sup>14</sup>

Bordas de Rojas Paz, analizando a Aristóteles, da la definición de lo justo como lo que es de índole para producir y preservar la felicidad. Se refiere a la justicia como virtud en sí misma y como medio para alcanzar la felicidad.<sup>15</sup> Aristóteles define a la felicidad como “la actividad del alma según la virtud perfecta”. Lograr la felicidad es alcanzar el fin para el que se está destinado, o sea, el bien propio.<sup>16</sup>

El significado de lo bueno, la virtud y la felicidad no parece ser el mismo para todas las personas en todas las sociedades y en todos los tiempos. Y vemos

11 RAWLS, John.(1995). *Liberalismo Político*. Fondo de Cultura Económica.

12 KYMLICKA, Will (1990). *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*. Clarendon Press.

13 RAWLS, John. (1999) *Justicia como equidad*. Tecnos.

14 RAWLS, John. *Liberalismo Político*, op. cit., p. 42.

15 BORDAS DE ROJAS PAZ, Nerva. *Comunidad como Derecho y Justicia*, Editorial Docencia, Buenos Aires, 1992, p. 46.

16 BORDAS DE ROJAS PAZ, op. cit., p. 42.

que el significado de “justicia” también resulta ambiguo.

Así como el significado de justicia no se limita al encuadre de una regla jurídica al caso concreto, para la creación de las leyes el legislador no puede sino tomar de la sociedad sus necesidades (encuadradas en principios morales) para dar contenido a las normas, para que éstas adquieran eficacia, y, por su parte, el juez debe ampararse en ellas para fundar sus sentencias.

Así las cosas, si las normas jurídicas están bañadas en principios de índole moral, el juzgador irremediamente va a confrontar los mismos con sus propios principios.

La teoría discursiva del derecho, que parte de una ética discursiva, explica la diferencia entre pretensión de validez normativa de las reglas morales y pretensión de legitimidad de las normas jurídicas, apelando a que en una formación de la voluntad política del legislador, que presuntivamente quepa considerar racional, de ningún modo entran solamente razones morales (y éticas), sino sobre todo programas y objetivos, que resultan de compromisos más o menos equitativos, así como informaciones y previsiones que resultan de discusiones especializadas más o menos controvertibles. Una formación de la voluntad colectiva de este tipo tendría a su favor la presunción de racionalidad en el grado en que, en general, pudiese efectuarse en formas discursivas.

La separación entre procedimiento formal y contenido sustantivo no es nunca absoluta: no podemos ponernos de acuerdo en lo que es justo sin alcanzar algún grado de acuerdo acerca de lo que es bueno.

Pero la prioridad de lo justo sobre lo bueno queda puesta en cuestión desde aspectos epistemológicos. Por este lado, la ética del discurso se expone a objeciones que apelan a cómo todas las versiones de la justicia dependen

del contexto y están enraizadas en una determinada tradición.

Detrás de las explicaciones supuestamente universales y neutrales del punto de vista moral y de la perspectiva de justicia, se ocultan siempre interpretaciones particulares del mundo, impregnadas de determinados lenguajes evaluativos y de determinadas tradiciones. Esta dependencia respecto del contexto desmentiría la independencia de lo universal respecto de lo particular y, por tanto, la prioridad de lo justo sobre lo bueno.

No obstante las dificultades que conlleva poder separar a las normas de sus fundamentos, aquellas deberían tener una relativa independencia, es decir, no siempre es necesario conocer las razones que las justifican, para aplicarlas.<sup>17</sup> Y aunque sean separables, esos fundamentos pueden ser material para la interpretación de la ley.

Recordemos que no sólo los jueces son pasibles de interpretar la ley. En primer lugar la interpreta todo habitante que está obligado a cumplirla, y luego, antes una controversia que se judicializa, los abogados de ambas partes realizan sus interpretaciones. Pero el juez, como último intérprete, debe ceñirse a un control más estricto, y limitarse a interpretar sólo cuando la norma sugiere la interpretación.

La autoridad de la ley proviene de una autoría institucional, que sanciona reglas, que son finalmente aplicadas por los jueces. Si los jueces, al aplicar la ley, no reconocen esta autoridad, la supremacía de la ley cae.

¿A qué nos referimos cuando hablamos de interpretación? Cuando deseamos conocer el significado de algo, deseamos “comprender”. Sin embargo es frecuente utilizar la palabra interpretación para referirse a la aplicación del derecho en general, esto es, para describir lo que sucede cada vez que deseamos identificar el derecho vigente,

entendamos o no el significado de las normas en discusión. Por ejemplo, utilizamos este término al referirnos a que queremos determinar cuál es la normativa aplicable a un hecho concreto. En este caso entendemos el significado de las normas pero no estamos de acuerdo en cuál aplicar.<sup>18</sup>

El Código Civil y Comercial argentino –aprobado por la ley 26.994– dedica el primer capítulo del título preliminar, a los jueces.

Así, en el art. 1 establece que “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables...”; en el art. 2 ordena que “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”; y finaliza con el art. 3, que obliga al juez a resolver los asuntos que le sean sometidos, “mediante una decisión razonablemente fundada”.

Entendemos que estos fundamentos serán “razonables” si cumplen con el art. 1: los casos deben ser resueltos según la ley.

Las leyes pretenden tener autoridad y su letra debe ser clara para así poder ser comprendida por toda la sociedad y, sobre todo, por los operadores del derecho. Si su significado no es inteligible, el texto de la ley no fue bien confeccionado. Es decir, la interpretación en sentido estricto surge ante la oscuridad, confusión, contradicción, laguna o inconsistencia de las normas, es decir, no debería ser la regla. En el ámbito de creación de las leyes –el poder legislativo– se debe tener especial cuidado y experticia en la redacción de las leyes. Y, por su parte, el juez debería tener cuidado de que su interpretación se cña a la valoración de las pruebas para reconstruir los hechos y así aplicar

17 ROSLER, Andrés, *op. cit.*, p. 93.

18 ROSLER, Andrés, *op. cit.*, p. 136.

la normativa correcta, y no a “transformar” –más bien a desobedecer– la ley en pos de obtener un resultado más “justo” –subjektivamente hablando–.

## 1. Bibliografía

- BORDAS DE ROJAS PAZ, Nerva. *Comunidad como Derecho y Justicia*, Editorial Docencia, Buenos Aires, 1992.
- DE TOCQUEVILLE, Alexis “La democracia en América, I” original de 1835, Alianza Editorial, Madrid, 2002
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución francesa y administración contemporánea*. 4 ed. Editorial Civitas, Madrid, 2011.
- HABERMAS, Jürgen. *Justification and Application. Remarks on Discourse Ethics*. Massachusetts Institute of Technology, USA, 1993.
- KELSEN, Hans. *¿Qué es la Justicia?* Biblioteca de Etica , Filosofía del Derecho y Política, México D.F., 1998.
- KYMLICKA, Will. *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*. Clarendon Press, Oxford, UK, 1990, reprinted in 1995.
- NINO, Carlos. *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989.
- RAWLS, John. *Justicia como equidad*. Ed. Tecnos, Madrid, 1999.
- RAWLS, John. *Liberalismo Político*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1995.
- RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1993.
- ROSLER, Andrés. *La ley es la ley. Autoridad e interpretación en la Filosofía del Derecho*. Segunda Edición, Ed. Katz, Buenos Aires, 2020.
- SUÁREZ LLANOS, María Leonor. “El concepto dinámico de validez jurídica neoconstitucionalista”. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2220978>