

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2006

PONENCIAS EN SANTIAGO I

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 24 / 2006



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

Editor:

Agustín Squella

Asistentes del Editor:

Aldo Valle, Joaquín García-Huidobro y Claudio Oliva

Comité Consultivo:

Albert Calsamiglia (†) (Barcelona), Elías Díaz (Madrid),
Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (†) (Sao Paulo),
y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

Consejo Editorial:

Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín
Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo,
Jorge Iván Hübner y Máximo Pacheco.

ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2006

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL N° 24
2006

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Concepción, de Los Andes, de Chile, Diego Portales, y del Mar.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval" se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I.S.S.N. — 0716 — 7881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2006

PONENCIAS EN
SANTIAGO I

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2005 - 2007)

Fernando Atria, Antonio Bascuñán Valdés, Rodrigo Coloma, Jesús Escandón Alomar, Joaquín García-Huidobro Correa, Fernando Quintana Bravo, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín Squella Narducci, y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325, Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico asquella@vtr.net

PRESENTACIÓN

En 2004, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, tuvo lugar la Primera Jornada Argentino Chilena de Filosofía Jurídica y Social, en la que participaron ponentes de ambos países. Dos años más tarde, en 2006, con el auspicio de la Vicerrectoría Académica de la Universidad Diego Portales y de la Facultad de Derecho de esa misma universidad, tuvo lugar la Segunda Jornada Chileno Argentina de Filosofía del Derecho y Filosofía Social. Este número 24 del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2006, reproduce la ponencia inaugural de la Jornada de 2006, a cargo de Ernesto Garzón Valdés, y las 12 ponencias hechas en sesiones plenarias. Incluye también las palabras que Miguel Orellana Benado, Pablo Ruiz-Tagle y Agustín Squella dijeron en la ceremonia de clausura de la Jornada, momento en que la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social materializó el reconocimiento como Socios Honorarios a Roberto Torretti, Carla Cordua y Ricardo Guibourg.

De las ponencias presentadas en las sesiones plenarias no se incluye aquí la de Fernando Atria, la cual, con una mayor extensión y en forma de libro, fue publicada en 2007 ("Mercado y ciudadanía en la educación", Flandes Indiano, Santiago).

Al final de este número 24 se incluyen las nuevas normas editoriales de nuestra publicación, las cuales regirán a partir del número 26, correspondiente a 2008.

En cuanto al número 25, correspondiente a 2007 y que aparecerá a comienzos de 2008, incluirá las 27 ponencias hechas en sesiones de comisiones de la mencionada Segunda Jornada Chileno Argentina de

"Un crimen tal lesiona en verdad a todos los Estados del mundo y a cada uno de sus ciudadanos. Pues afecta la norma inicial de todo derecho, la prohibición del uso de la fuerza. Esta no es una norma cualquiera del derecho internacional sino que es su fuente, la condición de su posibilidad como derecho. El razonamiento de algunos internacionalistas acerca de la actual 'emergencia' de una nueva norma que permite la guerra preventiva, es decir, la guerra de agresión, es una ceguera teórico-jurídica"³¹.

Según Robbins, cierta clase de juicios de valor, especialmente los de naturaleza ética, debían ser desterrados del campo de la economía. Las comparaciones interpersonales de utilidad, que habían sido consideradas como fundamentales por los teóricos de la economía de bienestar de orientación utilitarista, fueron calificadas por Robbins como "normativas" o "éticas" y, por lo tanto, como "no científicas".

Asumía así una actitud que se apartaba claramente de una tradición filosófica cuyos orígenes se remontan a la filosofía griega, concretamente a Aristóteles, y que, durante el siglo XIX, había tenido representantes tan ilustres como Jeremy Bentham, John Stuart Mill y Henry Sidgwick.

Por cierto, ambas son ciencias normativas en el sentido de que se ocupan de normas; pero, el sistema normativo de la moral es estático mientras que el del derecho es dinámico, es decir, requiere para la creación de sus normas actos volitivos dirigidos a la persecución de fines o a la realización de valores que escapan a todo intento de justificación universalmente válida.

Una visión diferenciada de los procesos de decisión que imponen los conocimientos neurobiológicos [...] sustituiría la conflictiva imputación de 'libertad' graduada y responsabilidad a través de procesos conscientes e inconscientes y abriría un ámbito desprejuiciado para el juicio y evaluación de comportamientos 'normales' y 'desviados'.

31. Reinhard Merkel, "Was Amerika aufs Spiel setzt" en *Die Zeit*, del 13 de marzo de 2003, pág. 41.

PONENCIAS EN PLENARIAS

LOS JUECES Y LA NUEVA ESTRUCTURA DEL SISTEMA JURÍDICO

RICARDO A. GUIBOURG *

1.- *Galileo y los elefantes*

Desde hace muchos siglos, los hombres están habituados a hablar y a discutir acerca del derecho. Suponen que existe un sistema jurídico, a cada momento modificado por los vaivenes de las fuentes del derecho, y que hay una ciencia del derecho, o al menos un saber de los juristas, que se aprende en las universidades, se actualiza con la vida profesional y se ejerce desde diversas funciones en las que la ley se proyecta, se crea, se describe, se comenta, se invoca, se interpreta o se aplica.

Diversas dificultades han puesto en tela de juicio aquellas convicciones. La primera, que las fuentes del derecho son dudosas y ejercen entre sí una competencia en la que cada una puede obtener una victoria controvertida según circunstancias históricas que no están codificadas¹. La segunda, consecuencia de la primera, es que el conocimiento del derecho jamás alcanzó una revolución copernicana como la que impulsó el desarrollo de tantas otras ciencias más afortunadas².

* Universidad de Buenos Aires.

1. Cfr. "Fuentes del derecho", en *Enciclopedia iberoamericana de filosofía*, tomo 11, *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, página 177.

2. Cfr. "Acerca de los objetivos de la ciencia del derecho", en *Pensar en las normas*, Buenos Aires, Eudeba, 1999, página 159.

En nuestro tiempo asistimos a un cambio que podría asimilarse a una revolución. Pero no se trata de una clarificación al estilo de Galileo o de Newton, sino más bien de lo contrario. Es como si en todo el mundo se arrojara a la hoguera los tratados de astronomía y se postulara, con beneplácito unánime, que la Tierra reposa plácidamente sobre cuatro elefantes. Me propongo en este trabajo explicar este fenómeno, advertir sobre sus características y peligros y proponer alguna línea de acción para sobrevivir como estado de derecho.

2.- Los jueces en la evolución de los dos últimos siglos

Cuando el vasto movimiento de la codificación se maravillaba identificando el derecho con la razón y —por lo tanto— la justicia con el derecho, se elaboró un esquema tan claro y atractivo que su influencia persistió mucho después que acabara por advertirse su carácter ficticio. Según ese esquema, la dirección principal del gobierno es ejercida por el legislador. Él hace las leyes en representación del pueblo y las hace saber al ejecutivo, también representante popular, para que las ponga en ejecución en cuanto dependa del aparato del estado. A los jueces, funcionarios técnicos, está reservado el papel de *boca de la ley*: frente a un conflicto concreto, ellos deben averiguar los hechos, encuadrarlos en las leyes vigentes y aplicar la solución que ellas dispongan. Les está vedado tomar en cuenta sus propias opiniones y hasta es delito para ellos juzgar contra el mandato legislativo³.

La primera grieta en aquella hermosa ficción fue el reconocimiento de la interpretación. Es claro que la interpretación judicial es la que prevalece, pero en cada proceso es fácil que ella deba imponerse a otra interpretación alternativa propuesta por un abogado al que sería demasiado duro descalificar por haber perdido. Se acordó, de alguna manera, que varias interpretaciones eran posibles de buena fe, pero que los jueces —acaso por ser más sabios, o por su experiencia, o por su ecuanimidad— estaban mejor capacitados que nadie para hallar

3. El artículo 269 del código penal argentino reprime como delito de prevaricato la acción del "juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por él mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas".

la interpretación correcta. Un resabio de esta idea es, tal vez, la costumbre de calificar alguna tesis como "la buena doctrina".

Ese esquema, también ficticio, no pudo mantenerse por mucho tiempo, ya que algunas de las interpretaciones judiciales prevalecientes no podían defenderse seriamente como el sentido llano de la ley o el contenido evidente de la intención del legislador. Apareció entonces el juez como una suerte de gerente de la ley: ella es (casi) el único instrumento del que dispone, pero está en sus manos moldearla con cierta libertad y adaptarla a las necesidades del momento, tales como el propio juez las estime y como las instancias superiores le permitan satisfacerlas. El cambio no sucedió en los hechos, que se mantenían: se operó en la conciencia de los juristas, que ya no veían con desaprobación las modificaciones de la ley dispuestas por vía jurisprudencial siempre que ellas fueran justificadas y mantuvieran el culto verbal de las ficciones. A este estado de la evolución puede atribuirse la aparición de la teoría de las "dos bibliotecas".

Con el tiempo y sus vicisitudes, también ese culto verbal empezó a resquebrajarse. El respeto a la ley fue volviéndose más y más formal: no era bien visto negarse expresamente a aplicarla (salvo con apoyo en la constitución, como ocurría cada vez más a menudo), pero ya estaba en claro que el juez consideraba que su primera obligación era la de obedecer a su propia conciencia.

Y así hemos llegado a la etapa de hoy, en la que los jueces rinden culto a la Justicia, de la que se consideran esforzados intérpretes, y reservan a las leyes un papel secundario y subordinado. En otra época, esta situación habría sido vista como la propuesta del iusnaturalismo; pero en nuestros días la vieja polémica entre la doctrina del derecho natural y el positivismo ha sido superada por los hechos. No es que se haya resuelto aquella controversia, epistemológica en su fundamento racional aunque ideológicamente enraizada en las conciencias. Todos los argumentos siguen en pie, pero las consecuencias prácticas de aquellas posiciones tienden rápidamente a esfumarse⁴.

4. Un agudo análisis de los efectos y características del *principialismo* puede hallarse en Botero Bernal, Andrés, "Ensayo sobre la crisis de la razón jurídica (formalismo versus principios y/o valores)" en *Opinión Jurídica* vol. 5, N° 9, Universidad de Medellín, página 33.

De hecho, el iusnaturalismo ha ganado la partida con la conquista del derecho positivo. Las leyes, pero muy especialmente las constituciones, consagran una multitud de derechos, muchos de los cuales se expresan en términos tan vagos y dependientes de interpretación valorativa como los tradicionales principios del bien y de la justicia. El jurista positivo se ve obligado a buscar la interpretación en su propia conciencia, cualquiera sea el talante metaético con el que su pensamiento se aproxime a la moral. Mientras tanto, su antiguo oponente no necesita ya apelar a un derecho natural supralegal: le basta aplicar principios que se hallan en el derecho positivo, interpretándolos de acuerdo con sus propias convicciones éticas. El resultado es que los dos juristas, llegados desde orillas opuestas de la epistemología del derecho, se encuentran codo a codo empeñados exactamente en la misma búsqueda. Desde luego, no es seguro que encuentren la misma respuesta; pero tal resultado no es esperable: si así fuese, la ciencia del derecho habría encontrado su piedra filosofal.

El hecho es que el cambio apuntado acontece sin que los juristas hayan elaborado un método universal y dotado de certeza para sus razonamientos. Las consecuencias de aquel suceso hacen conveniente echar un vistazo a la situación actual del derecho y a sus crecientes dificultades.

3.- *La crisis de la representatividad parlamentaria*

Ante todo, es preciso tomar nota de un hecho político que, luego de muchos años de incubación, negación, represión y transgresión, se muestra ahora con menor disimulo: la limitación del parlamento para ejercer plenamente la función que las constituciones le encomiendan.

Uno de los factores que inciden en este fenómeno —tal vez el menor entre ellos— es probablemente la creciente complejidad de las funciones gubernamentales. El número de variables que es preciso tener en cuenta y la interdependencia entre ellas exceden de hecho las posibilidades del gobernante más experimentado y seguramente exceden también las previsiones emergentes de un grupo numeroso que, cualquiera sea la idoneidad de sus individuos, se ve obligado a negociar y acordar trabajosamente sólo las acciones que por algún motivo acceden

a la superficie de su atención inmediata. A esto se agrega que muchas de las medidas más trascendentes requieren respuesta rápida y algunas de ellas, por añadidura, son menos eficaces si no se preparan en secreto.

Mayor gravedad puede atribuirse al paulatino desprestigio que la institución parlamentaria ha sufrido en muchos países, sobre todo en aquellos con mayor tradición caudillista. En efecto, el parlamento es el representante directo del pueblo, el órgano encargado de detectar las necesidades de la nación y proyectar su remedio según las orientaciones predominantes en el electorado. Pero es un hecho que los electores tienen escasa información acerca de la personalidad o de la orientación de las personas que eligen como legisladores: las orientaciones (ya sean reales o imaginarias) son representadas ante la opinión pública por los grandes referentes; y en muchos casos no se tienen en cuenta tanto las ideas políticas declaradas como el encanto personal del líder que representa una opción. Ese líder, es innecesario decirlo, ejerce el poder ejecutivo o se postula para ejercerlo: los cargos legislativos, numerosos y por lo tanto más oscuros, se reservan para las segundas o terceras líneas. El carisma del candidato principal se constituye en un polo de atracción para otras figuras, no siempre de historia personal afín con la posición representada por el líder, y estas figuras, de mayor o menor renombre (no necesariamente político) y a menudo completamente desconocidas por el gran público, son electas por elevación como miembros del parlamento: el ciudadano prefiere a un líder y en función de esa preferencia vota a los candidatos que el líder apoya o propone⁵.

El resultado es que, en la percepción política predominante, el gobierno se identifica con el ejecutivo. Y esa percepción, que no podría calificarse de ilusoria, es ampliamente compartida. Quien en cada momento ejerce el poder ejecutivo y quienes con él colaboran, sin que importe aquí con cuánta eficacia u honestidad lo hagan, sienten que el gobierno del país está en sus manos y que las consecuencias de cualquier naturaleza que de esa acción deriven caerán sobre sus cabezas como premios o castigos personales. Los ciudadanos comparten pacíficamente esta expectativa, que además es habitualmente confirmada por la

5. Cfr. Mendonca, Daniel, y Guibourg, R.A., *La odisea constitucional – constitución, teoría y método*, Madrid, Marcial Pons, 2004, página 199.

propaganda política: la construcción de un barrio, el desenfreno de la inflación o los costos de contenerla, el desempleo, las fallas de la educación pública, el auge de los secuestros y hasta la inundación o la sequía son proclamados, desde el poder o desde sus alternativas, como virtudes o responsabilidades de una administración dotada de nombre y apellido.

No sucede lo mismo con los diputados y los senadores. Aunque algunos son conocidos por la opinión pública y objeto de juicios aprobatorios o desaprobatorios desde distintos sectores de la población, la mayoría de los representantes son prácticamente anónimos. En una sociedad caudillista no suele haber más de un caudillo; en otra de mayor tradición cívica, dos o tres si se cuentan los principales líderes de oposición. El resto de los dirigentes no cuenta, en la práctica, sino en función de su adhesión a un referente, por lo que los ciudadanos —acaso equivocadamente— tienden a considerarlos más o menos fungibles.

En estas condiciones, los proyectos de ley presentados por los legisladores y los debates que sobre ellos se entablan quedan relativamente oscurecidos: el centro de la atención es reclamado por las políticas emprendidas por el ejecutivo y por la mayor o menor resistencia que a ellas se oponga en el legislativo. Cuando no se ofrece ninguna, la acción parlamentaria queda inadvertida como un mero trámite formal, que suele describirse como la aprobación de las "herramientas necesarias" para la acción del caudillo. En suma, el parlamento se constituye en cauce, dique o rémora para el flujo de las acciones del *verdadero* gobierno.

Pero el Poder Ejecutivo, a su vez, debe atenerse, aun en el mejor de los casos, a un modelo descriptivo de la sociedad que privilegie los temas más graves y postergue los demás, aun a riesgo de dejar sin satisfacción numerosos intereses parciales mejor o peor justificados. Y, para atender las necesidades de aquel modelo general, toma en consideración sus propias orientaciones políticas que, aunque sean mayoritarias, están lejos de ser unánimes.

Los ciudadanos insatisfechos siguen utilizando los medios tradicionales de reclamo: cartas a los diarios, cartas a los legisladores, marchas y manifestaciones. Los métodos epistolares caen la mayor parte

de las veces en el vacío y sirven como mero desahogo para quienes los usan. Los de protesta pública sólo alcanzan alguna eficacia si son multitudinarios o si, como viene sucediendo a menudo en la Argentina, incluyen el corte de vías de comunicación⁶. Otro medio, sin embargo, ha sido descubierto: el recurso a los jueces.

La administración judicial fue creada hace muchos siglos para resolver conflictos concretos entre ciudadanos o para castigar los delitos; no ha sido instituida ni se halla organizada para dar respuesta a inquietudes públicas como evitar la extinción de las ballenas, introducir el divorcio vincular o garantizar el saneamiento de los ríos. Pero, a diferencia de los integrantes de los poderes ejecutivo y legislativo, los jueces están legalmente obligados a dar alguna respuesta fundada a cualquier petición que se les presente⁷. Esta circunstancia, unida a la independencia del poder judicial respecto de los vaivenes de la política y al factor aleatorio representado por la pluralidad de los jueces y la relativa impredecibilidad de sus criterios futuros, convierte a los magistrados en destinatarios privilegiados de muchas inquietudes colectivas.

4.- *La ética y la política como argumentos jurídicos*

Una demanda judicial, sin embargo, tiene una forma muy diferente de la de una petición política. Por tradición institucional y formación profesional, los jueces son muy reacios a decir en voz alta que adoptan una decisión porque la creen adecuada u oportuna: cualquiera sea el contenido de tal decisión, prefieren presentarla como el resultado de una norma o, en el peor de los casos, de cierta interpretación más o menos elaborada de ella. Una petición o propuesta dirigida a los poderes "políticos" puede fundarse en intereses o conveniencias, pero una demanda judicial exige la invocación de un derecho subjetivo del que el reclamante pueda presentarse como titular.

6. Cfr. "Sistema social y dialéctica del piquete", en diario *La Ley* del 31/5/06, Buenos Aires.

7. El artículo 15 del código civil argentino dispone: "Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes".

Esta suerte de judicialización formal de la argumentación política, junto con otros factores⁸, ha conducido a incrementar la enunciación de derechos como método preferido para el debate jurídico. Cada vez menos se afirma que un homicida debe "pagar su crimen ante la sociedad" y cada vez más que la familia de la víctima "tiene derecho a exigir justicia para su ser querido". Menos que los administradores públicos o privados deben contratar a cierta proporción de mujeres o de miembros de grupos desfavorecidos y más que todas estas personas tienen derecho a no ser discriminadas. Menos que es conveniente prevenir, evitar y corregir la contaminación y más que los vecinos y las generaciones futuras tienen derecho a vivir en un medioambiente sano y equilibrado. Menos que es preciso destinar fondos a la construcción de viviendas o subvencionar a quienes no pueden pagarlas, y más que todos los seres humanos tienen derecho a una vivienda digna.

Se trata de dos maneras distintas de expresar una misma la voluntad política (ya sea en forma de pedido, propuesta o exigencia); pero no hay garantías de que su contenido sea al fin y al cabo idéntico. Legislar por deberes implica identificar al obligado antes que al beneficiario y especificar el contenido, el lugar y el tiempo de la obligación que se impone. Legislar por derechos (o invocar principios) es algo mucho más vago: es genérico en cuanto a los beneficiarios y al contenido, brumoso acerca del obligado e impreciso por demás acerca del modo y el tiempo en los que deben asegurarse los derechos o ponerse en ejecución los principios. Y, además, sujeta los derechos a la impredecible condición de su contraposición a otros derechos o principios que, por sí mismos o de acuerdo con las circunstancias del caso, puedan "derrotarlos"⁹.

8. Enunciar derechos no es tan efectivo como establecer las correspondientes obligaciones, pero es un método atractivo para la clase política, ya que provoca el apoyo de los beneficiarios y confina a un impreciso futuro la oposición de los eventuales obligados. Cfr. "Derechos en serio y cuentas claras", en diario La Ley del 8/2/06, Buenos Aires.

9. La utilidad del concepto de principios derrotables para la descripción del derecho ha sido objeto de sólidas críticas. Una de las más precisas puede hallarse en Rodríguez, Jorge L., y Súcar, Germán, "Las trampas de la derrotabilidad", en *Análisis e derecho 1998*, Génova, páginas 277 a 305. He dado apoyo a esas críticas en "El espejismo de los principios", *Provocaciones en torno del derecho*, página 61.

Legislar por derechos, desde luego, no es un método novedoso. Desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en adelante, las constituciones han incorporado, al lado de las reglas para el ejercicio de las funciones gubernamentales, normas de contenido sustantivo que se hallan destinadas a limitar los poderes constituidos para proporcionar a los ciudadanos lo que Dworkin ha llamado "cartas de triunfo" en el juego del derecho¹⁰. Estas se llamaron garantías constitucionales, porque indicaban negativamente los contenidos que las leyes no podrían incluir, so pena de inconstitucionalidad.

Desde la segunda mitad del siglo XX, sin embargo, se ha acelerado la incorporación de derechos positivos, cuyo cumplimiento no puede ser garantizado con la anulación o la inaplicabilidad de una norma inconstitucional: ellos requieren acciones políticas concretas y colectivas típicas del poder legislativo. Esta tendencia, que en los últimos años ha sido denominada *neoconstitucionalismo*, se ve claramente representada por la constitución argentina de 1994: ella, aparte de introducir varias cláusulas de esta naturaleza¹¹, incorpora al nivel constitucional interno diversas convenciones internacionales¹². La tendencia

10. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993.

11. El artículo 37 ordena garantizar mediante acciones positivas la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. El 41 declara el derecho a "un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras". El 42 dispone que los consumidores y usuarios tienen derecho "a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos" y "a condiciones de trato equitativo y digno". Además, prevé que la ley establezca "procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos... previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

12. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas

neoconstitucionalista, inspirada por el saludable deseo de garantizar, desde el máximo nivel jurídico, beneficios y tratos humanitarios y equitativos largamente negados por nefastas prácticas políticas, lanza sobre todo el sistema jurídico un manto de valores y principios e incrementa sensiblemente la dependencia de la interpretación jurídica respecto de las valoraciones morales. Podría decirse que el legislador constitucional ha abrazado el iusnaturalismo por la medida en la que da por sentado el contenido *objetivo* de los términos genéricos que emplea. Pero, a falta de un método preciso y dotado de consenso para dar a ese contenido una interpretación unívoca en caso de controversia¹³, lo que hace es abrir a la discreción judicial un campo incomparablemente más amplio que el que soñó, hace dos siglos, el racionalismo de los codificadores.

De esta manera, la práctica jurídica ha cambiado de ficción sin rozar por eso el avance metodológico. Si en una época se fingía que los jueces nada tenían que agregar al derecho, que con toda justicia emanaba del legislador, ahora se proclama que el derecho está compuesto ante todo de principios y valores objetivos e indiscutibles y que los jueces tienen acceso directo a esos elementos con relativa independencia de la voluntad legislativa y de las prioridades del poder administrador.

5.- La situación actual

La antigua ficción se fundaba en un gran respeto por la letra de la ley (lo que Ross llamaría en su momento la *conciencia jurídica formal*¹⁴). Este respeto se hallaba apoyado históricamente en que la ley se apegaba a la ideología políticamente dominante (la *conciencia jurídica material*). Luego de un largo período en el que la conciencia jurídica material se modificó —a veces paulatinamente y otras como consecuencia de

Crucles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 75, inciso 22).

13. Cfr. "Emotivismo ético y significado", en *Deber y saber*, México, Fontamara, 1997, página 110.

14. Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, página 54.

catástrofes humanitarias— mientras los textos legales se mantenían en su tradición conservadora y a menudo autoritaria, la conciencia jurídica formal acabó por debilitarse y la material tomó la voz cantante. Pero, para que esa voz alcance una unidad tonal que la haga práctica, sería preciso apoyar la nueva ficción en una ideología capaz de mantener su consenso más allá del culto de las palabras. Esto no sucede en los hechos. El ideal de los derechos humanos se muestra tan loable en el campo de lo abstracto como vago y poco práctico para regir los casos individuales, ya que los derechos y los principios suelen entrar en conflicto entre sí¹⁵.

La proliferación de los llamados "casos difíciles" no es sino una ilustración de esta dificultad. Una menor que no ha alcanzado la edad requerida por la ley es autorizada para donar un riñón a su hermano¹⁶; un individuo culpable de un delito grave con implicaciones políticas se ve afectado por una ley más severa dictada después de que se cometiera el hecho¹⁷; una joven violada a quien la ley acuerda el derecho de abortar se ve impedida de hacerlo con invocación del principio constitucional de protección de la vida¹⁸; los guardianes del nefasto Muro de Berlín son sancionados por delitos que en el momento y en el lugar donde se cometieron eran obligaciones legales¹⁹; una corte íntima al poder

15. Cfr. *La construcción del pensamiento*, Buenos Aires, Colihue, 2004, páginas 122, 142 y siguientes.

16. CSJN argentina, "Saguir y Dib, Claudia Graciela s/ autorización", 11/10/011, La Ley 2002-A, 70.

17. CSJN argentina, "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros", 24/8/04.

18. Una juez de menores prohibió el aborto de una joven discapacitada mental que había sido violada por consideración al derecho a la vida establecido en la constitución argentina. La decisión fue revocada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (Causa Ac. 98,830, R., I.M., "NN Persona por nacer. Protección. Denuncia"), pero la demora provocada por el trámite judicial impidió de todos modos que el aborto se llevase a cabo en un hospital público (cfr. www.misionesonline.net/pagina/noticiaPrint, edición 2573 del 2/8/06).

19. El Tribunal Constitucional alemán y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en 1996 y en 2001, respectivamente, rechazaron la defensa de

ejecutivo a ejecutar el saneamiento de un río contaminado²⁰ y a elevar colectivamente los haberes jubilatorios²¹. No pretendo con esta enumeración discutir el contenido de aquellas decisiones como incorrecto o inequitativo: sólo señalo que cada una de ellas está sujeta a controversia y es el fruto de un trabajoso esfuerzo generado por la inadecuación entre los principios, tales como los entiende el tribunal, y las leyes, las garantías y las competencias como parecen resultar de los textos escritos.

Cualquiera sea el juicio que abriguemos acerca de la corrección de las decisiones individuales, el resultado de este sistema es claramente insatisfactorio desde el punto de vista colectivo. Las sentencias judiciales amparan a quien las pide: sólo en contados casos tienen un alcance general. Y, por otra parte, no hay garantías de que todo ciudadano que acuda a la justicia obtenga el mismo amparo: la unificación de criterios queda, en este aspecto, librada a los métodos procesales tradicionales previstos para proporcionar una relativa inteligibilidad a los criterios interpretativos que se emplean en casos concretos y, en última instancia, depende de decisiones de un tribunal supremo que sólo se expide en casos excepcionales y a menudo tardíamente.

Si la tendencia apuntada continúa y se extiende, es posible prever su resultado: distintos grupos de opinión o de interés atribuirán diversos contenidos a los derechos y principios que presiden el sistema jurídico y los jueces darán la razón a unos o a otros según su propio criterio hasta que —en el mejor de los casos— una instancia suprema establezca alguna pauta más o menos obligatoria. Es claro que esto es precisamente

obediencia debida opuesta por los procesados para eximirse de responsabilidad por la muerte de quienes intentaban escapar de la hoy extinta República Democrática Alemana.

20. La CSJN argentina, por decisión del 20 de junio de 2006, intimó al ejecutivo nacional, a dos gobiernos locales y a 44 empresas a emprender el saneamiento del Riachuelo, curso de agua largamente contaminado que sirve de límite entre la ciudad de Buenos Aires y la provincia del mismo nombre.

21. La CSJN argentina, por decisión del 8 de agosto de 2006, intimó al poder legislativo a adoptar, en un plazo razonable, medidas que conduzcan a la movilidad de los haberes provisionales.

lo que viene ocurriendo en el derecho desde hace siglos; pero si se imagina ese panorama extendido a la mayoría de las situaciones, y en especial a las que generan mayor controversia social, es fácil advertir el peligro en el que quedarían la igualdad ante la ley y la sujeción a normas generales, habitualmente consideradas como columnas del estado de derecho.

6.- *Hacia el gobierno de los jueces*²², o todo lo contrario

Pese al peligro enunciado, no tengo intenciones de propugnar un regreso a las ficciones pasadas. De hecho, la ideología de la codificación se ha vuelto impracticable, porque se fundaba en fingir un acuerdo entre la "voluntad general" y la estructura escasamente igualitaria de la sociedad. Al disiparse la utopía del progreso social que sirvió de dique ideológico durante la Guerra Fría, sólo las sociedades más ricas pudieron mantener al mismo tiempo cierta paz interna²³ y cierto funcionamiento leal de la democracia²⁴. En otros lugares, la paz se ha mantenido mediante dictaduras represivas (como en el Cono Sur), magias electorales (Menem en la Argentina, Fujimori en Perú), clientelismo (fenómeno presente en gran parte del interior argentino) u otras formas de engaño, fraude o sustitución de voluntades.

Mantener el manejo del derecho laxamente dependiente de la aplicación de principios generales tampoco es viable. Aun a despecho de posiciones autoritarias cuyo largo abuso dio lugar a la reacción actual, gran parte de la humanidad tiene hoy gran respeto por ciertas

22. Esta expresión fue acuñada para criticar el sistema de control constitucional difuso con motivo de la oposición generada en la Corte Suprema de los Estados Unidos hacia el *New Deal* que impulsaba el presidente Franklin D. Roosevelt (Lambert, Édouard, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, París, Giard, 1921). La situación que hoy se avizora es mucho más amplia y profunda.

23. Esta paz interna está lejos de ser absoluta: piénsese en los conflictos sociales ocurridos en Francia en 1986 y 2005 y en los problemas migratorios que aquejan a los Estados Unidos y a la Unión Europea.

24. Especialmente en aquellos países donde la mayoría electoral favorece a los conservadores o a coaliciones que aceptan las pautas conservadoras.

formulaciones de derechos y principios, en especial por aquellas que han sido consagradas en declaraciones y convenciones internacionales. Pero, en muchos casos, esas formulaciones son susceptibles de interpretación con un grado de vaguedad aún mayor que el que se observa en la mayoría de las leyes. Especialmente cuando el significado de las palabras incluye una variable valorativa, lo que es extremadamente frecuente, aquellas formulaciones equivalen a una delegación al intérprete para determinar su contenido, con lo que adquieren cierta función pronominal (sutilmente referida a la primera persona gramatical). Esa función permite explicar la amplia aceptación de ciertos textos y, a la vez, no sorprenderse cuando se observa que la aplicación de un mismo texto suscita tan graves controversias²⁵. Hay consenso acerca de las palabras, pero el contenido que cada uno les atribuye frente a un caso concreto se halla sujeto a las más intrincadas discusiones y, a menudo, conduce a conclusiones incompatibles. Este último fenómeno no sucede sistemáticamente, pues una misma cultura tiende a armonizar las valoraciones de sus individuos; pero esa armonía está lejos de ser segura ni completa y, por cierto, rara vez es tan minuciosa como para garantizar razonablemente la solución de un caso.

Si la ficción actual es insostenible a largo plazo, y si la vuelta a la ficción anterior es impracticable, ¿qué puede hacerse para que el estado de derecho sobreviva de manera inteligible?

Creo que lo primero que ha de lograrse es un modelo descriptivo más sincero de la situación en la que vivimos. De hecho, por fortuna o por desgracia, momentáneamente o por tiempo indeterminado, una parte notable del poder político está pasando a manos de los jueces. Este cambio es peligroso, no tanto ni tan sólo porque hace variar el equilibrio de poderes tradicionalmente propuesto, sino porque introduce una modificación en las bases mismas del sistema democrático. Los jueces no son electivos, salvo en lugares determinados, y si lo fueran difícilmente se les exigiría una plataforma política o ideológica. En

25. Un ejemplo paradigmático de este fenómeno es el concepto de justicia propuesto por Ulpiano y largamente repetido: vivir honestamente (según lo que se entienda por honestidad), no dañar a otro (o, mejor dicho, no hacerlo injustamente, lo que da a la cláusula un contenido autorreferente) y dar a cada uno lo suyo (a condición de que se determine qué es lo suyo de cada uno).

algunas comunidades es habitual que los representantes del pueblo interroguen libremente a los candidatos a magistrados acerca de algunas de sus ideas, pero esas preguntas son mucho menos precisas que las que los electores deberían dirigir a los candidatos a legislador en una democracia destinada a funcionar.

Todo esto, sin embargo, no es tan importante. Después de todo, puede haber buenos jueces como puede haber buenos legisladores, ya sea por el cuidado que se adopte en su selección o elección, ya sea por mera casualidad. El problema más grave es que los jueces no están preparados para resolver prioridades colectivas, sino para decidir controversias individuales en las que las prioridades a debatir han sido fijadas por las partes. Y que consideran adecuadamente cumplida su función cuando, en *ese* caso individual, han llegado a una decisión que satisface las normas vigentes y su propia conciencia, elementos éstos observados desde dentro de los límites de la controversia. Una vez hecho esto, cada juez queda listo para resolver otro conflicto, parecido o diferente, en el que otra vez ha de enfrentar los hechos y los derechos como son invocados por las partes. Las leyes y su conciencia permanecen; de lo demás, *lo que no está en autos no está en el mundo*.

Resulta de aquí una enorme diferencia entre el punto de vista del juez y el del legislador, diferencia enteramente justificada por la teoría de la división de poderes pero insostenible a medida que avanza la actual tendencia evolutiva. El legislador debe tener una información general acerca del estado de la sociedad, conocer los recursos disponibles, tener noticia de los problemas y fijar las prioridades con las que los recursos se aplicarán a las acciones que, según él crea, conducirán a las soluciones. El juez tiene acceso a un panorama informativo más reducido (aunque sólo sea por tradición profesional), ahonda críticamente en la información que las partes le ofrecen y rara vez toma en cuenta prioridades que las propias partes no hayan invocado. De este modo, cuando el juez asegura cierto derecho a quien lo pide, deja sin esa protección a quien no lo haya pedido, o a quien lo haya pedido ante otro magistrado menos comprensivo. Y aun si su decisión tiene efectos colectivos, como los que se esperan de la legislación, de todos modos tiene por límite la definición del problema propuesta por las partes y dedica a resolver ese problema recursos públicos o privados

que pueden hacer falta para atender problemas completamente distintos, no planteados en esa controversia en particular.

El gobierno de los jueces, pues, amenaza convertirse en un mosaico de situaciones en las que cada ciudadano goza de algunos de los derechos que ha reclamado, seleccionados en su caso individual, por comparación con los demás casos, por un procedimiento estadísticamente parecido al azar. El resultado final, dada la insatisfacción general que esto ha de producir, será probablemente una modificación de la estructura. O bien los poderes políticos (más verosímelmente el ejecutivo) terminan con la independencia de los jueces para restablecer su propia preeminencia, o bien los propios jueces se ponen en el lugar epistémico propio del legislador y resuelven los casos a partir de criterios políticos previamente acordados y de una valoración global de los recursos disponibles y de las prioridades para su uso.

7.- El análisis público de los criterios judiciales

Las dos alternativas que acabo de enunciar implican alguna clase de hibernación de la democracia y es difícil predecir cuál de ellas ha de prevalecer. En todo caso, las fuerzas que puedan conducirnos en esa dirección están hoy fuera de control y son capaces de destruir a quien pretenda interponerse en su camino. En medio de esta crisis que la humanidad no parece advertir, los hombres de derecho tenemos la responsabilidad de poner nuestro pensamiento al servicio de alguna acción que sirva mientras tanto para lograr una convivencia más confortable y, en el mejor de los casos, para minimizar los daños.

Los jueces deben hacer frente a una multitud de casos, referidos a una multitud de controversias-tipo. El sistema procesal, tal como ha sido concebido, está preparado para tratar cada caso como una unidad o, para decirlo gráficamente, como un pequeño mundo aislado. Hay medios procesales para unificar jurisprudencia respecto de ciertas controversias-tipo, pero esos medios son limitados en lo material (la elección del tema a considerar), en lo espacial (el conjunto de los tribunales sujetos a cada unificación) y en lo temporal (el medio es empleado cuando muchos casos semejantes ya fueron planteados y acaso resueltos con diversos criterios). Las controversias-tipo son teóricamente

infinitas, pero en la práctica (las que de hecho se plantean) son conjuntos finitos con un número muy variable de miembros. Algunas controversias-tipo contienen muchos casos, en tanto los ejemplos de otras son esporádicos o raros. Sin embargo, todos los tipos de controversia se sujetan al mismo procedimiento artesanal, en el que el juez-artista procura hacer justicia en el caso individual según sus propios principios y, de ser posible, de acuerdo con la ley "debidamente interpretada"²⁶. Cuanto mayor es el número de casos de una controversia-tipo, tanto más graves son los efectos de las dificultades que he tratado de mostrar. Esta dificultad no es nueva, pero se ve potenciada, a su vez, en la medida en la que la ley escrita pierde preponderancia o precisión como factor predecible de la decisión individual final.

Supóngase que los jueces llamados a intervenir en los casos de cierta controversia-tipo muy poblada de casos (y por lo tanto con mayor incidencia en la vida social) se reúnen, fuera de todo proceso concreto, para investigar y, eventualmente, convenir los criterios a los que se ajustan para resolver aquellos casos. Tomarán en cuenta para esto los litigios en los que hayan intervenido y las variables que consideren esperables en controversias futuras de la misma clase. Estas circunstancias —contra lo que suele repetirse— están lejos de ser infinitas: el universo de condiciones relevantes de una clase de casos es siempre finito. Lo difícil es atreverse a enumerarlo y asumir la responsabilidad de cambiarlo explícitamente cuando una nueva reflexión (tal vez suscitada por un nuevo caso) así lo aconseje.

En el supuesto que acabo de sugerir, ya no será tan grave la circunstancia de que los jueces se apeguen a la letra de la ley o a los principios vagamente contenidos en el nivel jurídico constitucional o aun extraños a él, punto que sólo competirá a la responsabilidad política y profesional de los magistrados. El conjunto de los criterios de decisión, hecho público por quienes lo sostengan y sometido a la crítica general, hará para los ciudadanos las veces de lo que en el derecho romano fueron la Ley de las Doce Tablas o los edictos del pretor. Implicará una relativa liberación de la incertidumbre (y de su correspondiente

26. Cfr. El fenómeno normativo, Buenos Aires, Astrea, 1987, páginas 145 a 149 y 159 a 162.

opresión), puesto que reducirá (no eliminará) el riesgo de que cada uno vea juzgada su conducta por pautas que no está en condiciones de imaginar. No quiere decir esto que los criterios hayan de cristalizarse: tal como sucede con la ley, con la jurisprudencia, con la costumbre y con la doctrina, ellos estarán sujetos a cambios por la misma vía que haya servido para trazarlos. Pero al menos han de restringirse los perjuicios innecesarios y evitables, aquéllos semejantes a los que los profesionales de la guerra denominan *daños colaterales*. Ya que los jueces han de gobernar, al menos hasta cierto punto, vale la pena que les exijamos comunicar sus criterios judiciales como es tradicional hacerlo frente a los candidatos políticos con sus criterios legislativos.

Respecto de este procedimiento, estoy en condiciones de afirmar dos cosas. Una, que es difícil. Otra, que es posible llevarlo a cabo. Ese es el resultado de una investigación en la que participé recientemente en la Universidad de Buenos Aires. Un grupo de jueces se reunió para analizar los criterios que usaban al aplicar una disposición legal de uso cotidiano. La investigación tardó tres años, durante los cuales los jueces advirtieron la insuficiencia de sus propios criterios, ensayaron y desecharon diversas formulaciones, aprendieron a considerar ciertos temas que no solían plantearse explícitamente en las controversias y finalmente se pusieron de acuerdo, si bien éste no era uno de los objetivos del estudio²⁷. Si se pudo hacer una vez respecto de una norma, es probable que pueda hacerse muchas veces en relación, al menos, con las controversias-tipo que por su número o por su trascendencia social requieran una respuesta más inteligible.

Esta es sólo una sugerencia. Tal vez puedan formularse otras más inteligentes o más eficaces. Lo que importa es resaltar que la humanidad, espantada por la injusticia, parece haber resuelto exigir a los jueces la restitución del derecho de cada uno. Y que, si no acordamos de alguna manera qué significado hemos de atribuir a esta expresión, nos arriesgamos a perder todas las ventajas de la ley sin alcanzar por eso las glorias de la justicia.

27. Ver Cerdio Herrán, Jorge, Guibourg, Ricardo A. (director), Mazza, Miguel Ángel, Rodríguez Fernández, Liliana, Silva, Sara N., Solvés, María C. y Zoppi, María T., *Análisis de criterios de decisión judicial – el artículo 30 de la LCT*, Buenos Aires, Grupo de Análisis de Criterios, 2004.

SOBRE EL OBJETIVISMO EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA. COLEMAN, LEITER Y LA OBJETIVIDAD JURÍDICA *MODESTA*

CARLOS I. MASSINI CORREAS *

1. *Introducción*

La interpretación (*i.*) jurídica plantea, en sede filosófica, una gran cantidad de problemas de difícil y controvertida solución¹, pero pareciera que el más complejo, intrincado y con mayores consecuencias para la vida práctica del derecho, es el que radica en establecer y precisar el carácter de la objetividad —o no objetividad— de ese tipo de *i.* Dicho de otro modo, se trata de dar una solución racionalmente satisfactoria a la cuestión de saber si las proposiciones interpretativas, es decir, las que establecen el significado normativo de un texto jurídico, tienen un referente objetivo, o bien se reducen a meras expresiones de la subjetividad del intérprete y, en la primera alternativa, cuál es el carácter o índole del objeto al que remiten las mencionadas proposiciones interpretativas. En el pensamiento jurídico contemporáneo estas cuestiones han sido objeto de un intenso debate, en el que han tomado

* carlos.massini@um.edu.ar

1. *Vide.* Guastini, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. M. Gascón y M. Carbonell, México, Porrúa, 2003, pp. 57-70.