

Aplicación y Creación del Derecho. El rol del Juez ante un nuevo Paradigma

Por

Marta Graciela Pérez

Introducción

En la *Teoría de la Argumentación* se distinguen los supuestos de *aplicación y creación del derecho*. Se parte del presupuesto de que el marco normativo se halla regulado legalmente, y que la función del Tribunal se reduce a verificar los extremos normativos y a *aplicar el derecho*.

Esta concepción considera que el proceso de aplicación es un proceso lógico-jurídico de *subsunción*, donde el juez o tribunal no son más que la boca a través de la cual habla la ley. Otra concepción considera que la aplicación del derecho no se limita ni se reduce a la simple subsunción, sino que en todo proceso de aplicación, se da un supuesto de *creación del derecho*. Ambas doctrinas intentan explicar el proceso de aplicación o adjudicación, partiendo cada una de ellas de un modelo determinado de juez.

Tema: Problema

Defenderé la tesis de que ambos modelos teóricos no explican ni resuelven el fenómeno que denominaré *Derecho en Gestión*, generado en los últimos años por la dinámica propia del Derecho Comunitario o Regional.

Datos del Problema:

Teoría de la Argumentación

En los últimos treinta años, la literatura jurídica admitió desarrollos doctrinarios de dos modelos descriptivos del proceso de adjudicación.

El primero de ellos tiene sus orígenes en el positivismo normativo y afirma –a grandes rasgos– que la función del juez se reduce a un proceso de constatación de los presupuestos normativos, la identificación de la norma válida a aplicar y la verificación de los hechos descriptos en la norma.

Este modelo es descrito por muchos autores bajo la figura del juez

Júpiter.¹ En este modelo el derecho adopta la forma de *ley*. El modelo se presenta como una pirámide en la cual *del foco supremo de juricidad de la ley* –en expresión utilizada por Ost– emana el resto del derecho en forma de decisiones particulares. Se representa bajo la figura de una pirámide que atrae irresistiblemente la mirada hacia arriba, hacia ese punto focal de donde irradia toda justicia.

El segundo de los modelos se origina principalmente a partir de la crítica que formula Ronald Dworkin² al positivismo normativo. La posición de Dworkin se basa en la afirmación de que el derecho que aplican los jueces no se reduce a normas, sino que aplica también *principios*. En la medida en que éstos principios no tienen origen legal, la tarea de adjudicación de los jueces adquiere un rol diferente y un protagonismo inexistente en la teoría normativista. Esta concepción es descrita por los autores bajo la figura del juez Hércules, precisamente la figura utilizada por Dworkin en su obra "*Los Derechos en Serio*".

Este segundo modelo, toma al juez como la fuente única del derecho válido. También en expresión de Ost, Hércules es caracterizado como ese juez semidiós que se somete

a los trabajos agotadores de juzgar y acaba por llevar el mundo sobre sus brazos extendidos, reproduciendo así fielmente la imagen del embudo. A partir de aquí no hay más derecho que el jurisprudencial; es la decisión y no la ley la que crea autoridad.

La crítica de Dworkin se centró básicamente en la distinción entre casos fáciles y casos difíciles. El modelo de la subsunción permite resolver cuestiones o casos fáciles, no así los casos difíciles donde la norma a utilizar contenga conceptos equívocos, o ambiguos, o en los casos en que por no existir un texto legal aplicable, el juez debe recurrir a una construcción normativa. En éstos casos, se ha sostenido que el proceso de adjudicación no se reduce al silogismo judicial, sino que se produce un proceso de creación normativa. En éste proceso, el juez Hércules se presenta como un operador racional, imparcial, ecuánime e infalible que debe buscar siempre la respuesta correcta del ordenamiento jurídico.

Como posiciones intermedias pueden citarse la de Arthur Kaufmann y Francois Ost.

Kaufmann afirma que el juez *presenta* su sentencia bajo la forma de

¹ Ost, F. (1993), "Júpiter, Hércules, Hermes: Tres Modelos de Juez", Doxa nro. 14, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, Centro de Estudios Constitucionales.

² Dworkin, R. (1984), "Los Derechos en Serio", Barcelona Ariel, Derecho, Barcelona.

un silogismo, pero en realidad, dicha *presentación* está precedida siempre de una actividad compleja de: (a) *Selección de normas*; y, (b) *Selección de hechos relevantes* para resolver el caso.

La *selección de normas*, constituye la premisa mayor del silogismo de subsunción. La *Selección de hechos relevantes* la premisa menor. Kaufmann afirma que –toda vez que ésta selección es valorativa y no simplemente lógica– el paso de las premisas a la conclusión es un supuesto de adjudicación como *construcción normativa*.

Corresponde analizar –en éste contexto– el *papel del juez*. Él es parte del *proceso de creación del derecho*. Solamente él –en expresión de Kaufmann– hace *hablar* a la ley, le extrae su sentido concreto relacionado con el caso, determina su fuerza innovadora, la saca de su abstracta inmovilidad y la conduce hacia su existencia histórica.³

Ost⁴, tomando las figuras del juez Júpiter y del juez Hércules, observa que la pragmática del proceso de

adjudicación permite detectar una tercera figura en este proceso de aplicación del derecho. Denomina a ésta tercera figura como la del juez Hermes. El juez mediador universal, el gran comunicador.⁵ Hermes en la mitología era el mensajero de los dioses. Su imagen ocupa resueltamente el vacío entre las cosas, asegura el tránsito de unas a otras y es el mediador universal. No conoce otra ley que la circulación de los discursos. Expresa Ost que si la pirámide convenía a la majestad de Júpiter, y el embudo al pragmatismo de Hércules, en cambio la trayectoria que dibuja Hermes adopta la forma de una red.

El derecho postmoderno o derecho de Hermes es una estructura en red que se traduce en finitas informaciones disponibles instantáneamente, y al mismo tiempo, difícilmente matizables tal como puede serlo un banco de datos.

La figura del juez como Hermes responde a tres indicios del derecho postmoderno.

El primer indicio es *la multiplicidad*

³ Kaufmann, A. (1999), "Filosofía del Derecho", Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 188.

⁴ Ost, F. Op.cit. p.171.

⁵ Ost, F. Op.cit. p.171 nota 3, donde expresa: "Varios rasgos diferencian nuestro Hermes de Dworkin: 1.- Para Dworkin, se trata exclusivamente de un juez, mientras que, para nosotros, Hermes representa todo actor jurídico, todo locutor que se expresa en el discurso político, aunque sea un simple particular, a condición de que adopte la actitud hermenéutica que representamos como la propia del modelo de Hermes".

de los actores jurídicos. La experiencia del comercio jurídico demuestra que la producción normativa no se halla monopolizada por el legislador.

El segundo indicio lo constituyen los cambios actualmente observables, la acción de agrupaciones, sindicatos, asociaciones que operan en el poder público y que participan de la elaboración de las normas generales. Finalmente el tercer indicio es el de la complejidad, el hecho observable de la multiplicación de los niveles de poder. La división tradicional del Estado y sociedad civil, ha sido sustituida por una estratificación muy densa de poderes. El Estado debe negociar con las instancias regionales y locales desde el momento mismo que concede importantes transferencias de soberanía a los ordenes jurídicos supranacionales.

Concluye Ost⁶ que éstos factores, bien pueden llevar a pensar en el derecho como circulación incesante de sentido o *razones*, más que como discurso de la verdad. Un sentido sobre el cual nadie, ni el juez, ni el legislador, tiene el privilegio.

La observación del proceso de adjudicación generado a partir del Derecho Comunitario, me induce a plantear como hipótesis de trabajo que existe un cuarto modelo de

aplicación del derecho que no se ajusta a las dos figuras paradigmáticas de Júpiter y Hércules, ni a los modelos de construcción normativa de Kaufmann, ni de Hermes de Ost.

El Derecho Comunitario ha nacido al influjo de profundos factores económicos, políticos, sociales y culturales, en los cuales el legislador nacional, comunitario o regional, construyó modelos legislativos siempre a la zaga de los factores constitutivos del derecho comunitario. Puede afirmarse que el legislador principalmente procedió a *regular* los efectos de los factores en cuestión.

El Derecho Comunitario necesariamente debió crear –y creó– órganos de adjudicación, y resolución de conflictos y controversias. Estos órganos judiciales o tribunales administrativos o comerciales, se hallan dotados de una fuerte jurisdicción y competencia, en la medida que desplazan jurisdicciones nacionales, con una estructura o marco normativo de extrema complejidad por la saturación en algunos casos, y carencia absoluta en otros, de marco normativo. A título de ejemplo, el Derecho Comunitario genera principios que le son propios y que requieren la necesaria compatibilización o armonización de las legislaciones nacionales.

⁶ Ost, F. Op.cit. p.181.

El paradigma del juez comunitario no se corresponde con el modelo de Júpiter, porque de hecho, no existe un sistema normativo sistemático del cual deducir la premisa mayor. Tampoco se corresponde con el modelo de Hércules, toda vez que, por la complejidad normativa y la diferencia marcada de principios, culturas, etnias y expectativas, de cada uno de los estados y/o regiones, inhibe la posibilidad de afirmar que el juez comunitario integra su decisión sobre la base de *principios del orden jurídico*. Y esto es así, porque la teoría de los principios remite a aquellos principios generados por la cultura jurídica de un sistema determinado, por ejemplo del sistema del Common Law, de los países anglosajones o, del sistema romanista de los países europeos y latinoamericanos. Pero la teoría de los principios no es aplicable cuando éstos deben identificarse dentro de *ordenamientos jurídicos distintos* y que responden a principios jurídicos distintos. Por lo tanto, sin descalificar el modelo, el supuesto juez del modelo comunitario debería ser un *súper Hércules*.

La figura del juez Hermes, a mi entender, tampoco cubre adecuadamente el supuesto del juez comunitario, por diferentes razones.

En primer lugar la caracterización de éste modelo no explora el problema de la compatibilización y armonización de las normas nacionales, internacionales, comunitarias y

su proyección en la tarea del juez.

En el modelo del Derecho Comunitario Europeo pueden distinguirse el *derecho originario*, el *derecho derivado*, y el *derecho complementario*. El primero dentro de éste subsistema, el *Derecho Originario o primario* estaría constituido por los Tratados constitutivos. El *Derecho Derivado*, el generado a partir de la concesión de competencia a determinados órganos e instituciones comunitarias en aplicación de dichos tratados. El tercero, *Derecho Complementario*, correspondería al universo de los principios generales del derecho, la jurisprudencia del tribunal, el derecho que se deriva de las relaciones exteriores de la comunidad y el derecho originado en los actos convencionales celebrados entre los estados miembros para la aplicación de los tratados.

En este contexto, el Tribunal de Justicia, como institución jurisdiccional e instancia de control de la Unión Europea ejerce una enorme influencia en el desarrollo de la legislación comunitaria y tiene una serie de tareas y una autoridad que sobrepasa las funciones judiciales habituales.

El modelo del Juez Comunitario desborda los presupuestos fácticos analizados a los fines de distinguir los modelos del juez Júpiter, del juez Hércules o del Juez Hermes. Estos tres modelos son insuficientes para brindar una respuesta desde

La teoría de la adjudicación al modelo del Juez Comunitario.

Las tareas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que sobrepasa las funciones judiciales habituales son, entre otras, las siguientes: (a) La existencia de cuestiones pre-judiciales. El instituto se aplica en casos de litigio pendiente, ante las jurisdicciones nacionales y sometidos por éstas al Tribunal de Justicia, hecho éste que determina una cooperación permanente entre el tribunal comunitario y las jurisdicciones nacionales en orden a *la interpretación uniforme del derecho comunitario*; (b) La existencia de criterios autónomos de interpretación judicial. Rige al respecto el principio de que los tratados comunitarios no deben interpretarse de manera rígida o literal, sino que deben considerarse a la luz del estado de integración y de los objetivos establecidos por los propios tratados. A este respecto, el Tratado de Ámsterdam ha incrementado las atribuciones del Tribunal.⁷

La tesis que sostengo parte del presupuesto de afirmar que de la observación del Derecho Comunitario evidencia la existencia de un *Derecho en Gestión*.

La experiencia del Derecho Comunitario ha otorgado al Juez un rol preponderante en el proceso de adjudicación. Este rol no debe confundirse con el espacio de *discrecionalidad* con que el normativismo resolvía los supuestos de lagunas normativas. En otros términos, el supuesto no se refiere a los casos de *lagunas lógicas* o *técnicas* del lenguaje kelseniano.⁸ Sí se corresponde en cambio con el desarrollo conceptual de uno de los *modos* de creación del derecho.⁹

El Tribunal Comunitario no solamente tiene una amplia discrecionalidad en la elección del método interpretativo, sino que además se pronuncia sobre la validez de textos y dicta sentencias acerca de la interpretación legal que ya no tiene carácter meramente consultivo sino

⁷ www.eurolex.com Boletín informativo nro. 13. El Tribunal de Justicia en el pronunciamiento "Van Gend & Loos" (1963) claramente estableció que "La comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional, a favor del cual, los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido y cuyos sujetos son, no solo los Estados miembros sino también sus nacionales". Un año más tarde en el pronunciamiento "Costa/ENEL", profundiza su análisis y establece que "A diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado CEE creó un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estado miembros... que instituye una comunidad de duración indefinida, dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional, y más en particular, de poderes reales derivados de una limitación de competencia a través de la cual los Estados de la Comunidad han limitado su soberanía y han creado así un derecho normativo aplicable a sus nacionales y así mismos".

⁸ Kelsen, H. (1960) Buenos Aires, "Teoría Pura del Derecho", trad. Nilve, M., Eudeba, p.172.

⁹ Kelsen, op.cit, p.180.

obligatorio. A su vez el juez interno o nacional, ya no reduce su tarea interpretativa en el análisis de la producción normativa del legislador estatal. Por el contrario el ordenamiento jurídico comunitario posee una fuerza de penetración en el orden jurídico interno de los Estados miembros, en un grado tal que las normas del Derecho Comunitario adquieren por sí mismas carácter de derecho positivo interno de los Estados miembros.

Las normas comunitarias reciben *ipso iure* estatuto de derecho positivo en el orden jurídico interno de los países miembros, al grado que la primacía produce el efecto de impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales incompatibles con el Derecho Comunitario.

Conclusiones

La experiencia del Derecho Comunitario o Regional ha generado un nuevo paradigma de *derecho en gestión*, desbordando los análisis relacionados con los modelos tradicionales de distribución de competencias entre el poder legislativo y el poder judicial. En el Derecho en Gestión los jueces asumen roles que no se corresponden con los modelos del juez Júpiter, del Juez Hércules o del Juez Hermes, según el análisis realizado precedentemente.

El presente trabajo sostiene la tesis de que los modelos teóricos convencionales no explican ni resuelven el

fenómeno del derecho en gestión. Este punto de apoyo requerirá un desarrollo y fundamentación ulterior a fin de explorar y consolidar esta propuesta de investigación. El primer camino será lograr una descripción del *Derecho en Gestión* que se corresponda fielmente a la dinámica de creación del derecho en la Unión Europea –paradigma del Derecho Comunitario–; y el segundo camino, será el de –sobre la base del conocimiento empírico de las instituciones– propender a sistematizar sus principios y normas y a elaborar un marco teórico plausible que permita conformar un modelo capaz de definir el rol de los jueces en su función de adjudicación del derecho en el proceso comunitario.

Bibliografía

- DWORKIN, R. (1984), "Los Derechos en Serio", Barcelona Ariel, Derecho, Barcelona.
- KAUFMANN, A. (1999), "Filosofía del Derecho", Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- KELSEN, H. (1960), Buenos Aires, "Teoría Pura del Derecho", trad. Nilve, M., Eudeba.
- OST. F. (1993), "Júpiter, Hércules, Hermes: Tres Modelos de Juez", Doxa nro. 14, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, Centro de Estudios Constitucionales.
- www.eurolex.com-Boletín informativo nro. 13.

Metodología de trabajo

La selección del tema surgió a la luz de los materiales relacionados con la argumentación jurídica y aplicación del derecho, y su investigación posterior en los textos publicados en lengua castellana. Constituye por lo tanto una investigación explorativa, siendo su foco de interés la adjudicación en el derecho comunitario o regional.

En la formulación del problema se consideró como aspecto relevante la inexistencia dentro de la literatura consultada de la identificación del fenómeno del derecho en gestión, y la consecuente descripción del rol del juez comunitario.

El marco teórico o referencial lo han constituido los materiales de consulta sugeridos por la Cátedra, y la bibliografía consignada, en pie de página, en el presente trabajo.

Las estructura del trabajo transita

por una introducción en la cual se expone el problema que motiva la investigación, y el desarrollo tanto de las posiciones sostenidas respecto de los modelos judiciales, como la realidad surgente del derecho comunitario que impone el replanteo de los modelos tradicionales.

El objetivo e hipótesis de trabajo intenta identificar un vacío dentro de la reflexión científica de un supuesto de adjudicación normativa.

Las conclusiones del trabajo han retomado la hipótesis inicial y sostienen la relevancia e importancia de explorar las cuestiones relativas al derecho en gestión y al perfil de los jueces comunitarios. Entre la hipótesis del trabajo –realidad de un derecho en gestión y necesidad de reformular los modelos de adjudicación– la conclusión se afirma en los argumentos desarrollados en el análisis de las cuestiones propuestas.