

# Poder judicial: ¿una justicia de poder?



*Alfredo Gustavo Di Pietro\**

La discusión acerca de la moral y el derecho ha generado interesantes discusiones en múltiples ámbitos académicos y judiciales. Desde los escritos de Hans Kelsen hasta las teorías de Rawls y Habermas, diversos autores han abordado el tema del derecho y la moral.

En su libro *Una cuestión de principios*, Ronald Dworkin plantea dos concepciones en torno a la administración de justicia. Por un lado, habla de una concepción “centrada en el cumplimiento del reglamento”, según la cual,

el poder del estado nunca debe ser ejercido en contra de los ciudadanos, salvo cuando en un reglamento público se indique lo contrario. Tanto el gobierno como los ciudadanos comunes deben ceñirse a esa normativa pública hasta tanto sea modificada, observando las disposiciones del código (Dworkin, 2012).

Por otra parte, hay una “concepción centrada en los derechos”, más compleja que la anterior. La define como una concepción más ambiciosa, pues supone que cada ciudadano tiene derechos y deberes morales para con los demás. Añade:

\* Universidad Nacional de José C. Paz.

según esta perspectiva, esos derechos morales y políticos deben estar reconocidos en el derecho positivo de modo tal que se los haga cumplir cuando así lo requieran los ciudadanos a través de los tribunales u otras instituciones judiciales similares en la medida de lo posible.

En otra obra, *La justicia con toga*, Dworkin (2007) analiza distintas teorías del derecho contemporáneas, y esboza la idea de un concepto interpretativo del derecho en oposición al denominado concepto criteriológico característico del positivismo jurídico. Para Dworkin, el derecho no es un mero sistema de reglas, sino una estructura compleja que integra principios y la moralidad política.

En ese modo de pensar, el derecho debe entenderse desde la actividad de los jueces en los tribunales, y no solo desde la academia. Allí sostiene que la vinculación entre el derecho y la moral resulta intrínseca e inseparable de la identificación y aplicación del derecho, especialmente en los casos complejos.

Nuestra principal pregunta es acerca del concepto doctrinal del derecho. Nos preguntamos sin las consideraciones morales integran las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas, y de ser así, como es que se presentan. Lo primero que tenemos que hacer es reparar en las diferentes maneras en que podrían hacerlo (Dworkin, 2007).

En esencia del pensamiento de Dworkin, contiene una crítica del positivismo, al que considera insuficiente para resolver los casos complejos que presenta la realidad. Cuestiona la separación tajante entre derecho y moral que propone Hart y formula la idea de un juez “Hércules” como un ideal que representa la coherencia, la integridad de un juez omnisciente.

Hart defiende la idea positivista, que describe de diferentes maneras, ya como un derecho escindido de la moral, ya como un sistema lógico y cerrado, ya como un derecho imperativo. Quizá la mejor forma de presentar su teoría podría ser la de repetir las preguntas que él mismo se formula:

¿En qué se diferencia el derecho de las órdenes respaldadas por amenazas, y qué relación tiene con ellas?  
¿En qué se diferencia la obligación jurídica de la obligación moral, y qué relación tiene con ella? y ¿Qué son las reglas, y en qué medida el derecho es una cuestión de reglas? (Hart, 1998)

En el planteo de Hart, la condición esencial para la existencia de un poder coactivo es la cooperación con el sistema y la aceptación de sus reglas, pero, al mismo tiempo, no es cierto que quienes aceptan voluntariamente incorporarse al sistema tengan que concebirse a sí mismos como moralmente obligados a hacerlo: “En verdad no hay razón por la cual quienes aceptan la autoridad del sistema deberían no examinar su conciencia y decidir que, moralmente, no deberían aceptarla; sin embargo, por una variedad de razones, continúan haciéndolo”.

Y en otro texto de su obra añade:

El concepto de órdenes generales respaldadas por amenazas dadas por alguien que generalmente es obedecido, que hemos construido mediante adiciones sucesivas a la situación simple del caso del asaltante, se aproxima obviamente más a una ley penal sancionada por la legislatura de un estado moderno, que a cualquier otra variedad de derecho. Porque hay tipos de normas jurídicas que parecen prima facie muy diferentes de tales leyes penales, y más adelante tendremos que ocuparnos de la pretensión de que también estas otras variedades de derecho, a pesar de las apariencias en contrario, sólo son en realidad versiones complicadas o encubiertas de aquella misma forma (Hart, 1998).

Dworkin critica este modo de ver las cosas, el lenguaje y los conceptos jurídicos. Sostiene que se equivoca Hart cuando pretende reducir todo a una suerte de fórmula matemática, pues en su opinión, hay una distinción fundamental entre dos formas de entender el lenguaje y los conceptos jurídicos. El derecho no se puede reducir a una mera fórmula matemática o una “regla de reconocimiento” que ignora los principios y, por lo tanto, no puede explicar los profundos desacuerdos sobre lo que es la justicia.

Para Dworkin, cada juez escribe un capítulo nuevo de una obra literaria en la que busca coherencia con los antecedentes, adaptándolo al presente. Dworkin sostiene que la propuesta de Hart es “muy pobre” para el campo semántico tan complejo del derecho actual, donde la Constitución exige una visión más amplia que la simple regla fría y calculadora.

Evidentemente, el derecho no puede reducirse a la mera norma, y tampoco puede escindirse de la labor judicial. La postura de Hart aparece como extremadamente abstracta frente a la postura más realista de Dworkin.

Llegados a este punto debemos preguntarnos si los jueces son filósofos o gobernantes que ejercen el poder y gobiernan el estado. Es allí en donde Dworkin presenta una dualidad entre el ideal y la realidad: aunque los jueces no tengan una formación filosófica propiamente dicha, ni la ciencia jurídica adopte un método exclusivamente filosófico, como dice Dworkin, el derecho está “penetrado hasta los huesos de teoría”. Es inevitable que se enfrenten cuestiones filosóficas; la alternativa no es evitar la teoría, sino usarla de forma subyacente o disimulada. Así, la interpretación constitucional debe buscar la integridad, la cual puede incluso requerir conclusiones que contradigan la interpretación literal del texto si la justicia o la democracia lo exigen. Y el juez, en la administración de justicia, puede pasar por encima de la fidelidad textual en circunstancias extremas. No se trata solo de ser fieles a la aplicación concreta de las palabras sino de entender más allá de lo que las palabras dicen (Agudelo, 2011).

## **Hacia un ideal de justicia democrática. El pensamiento de Habermas**

El pensamiento de Jürgen Habermas esclarece suficientemente la cuestión. Su teoría de la legitimidad es independiente de la moralidad. Para justificar esta afirmación recurre a argumentos inmanentes sustentados en el desarrollo histórico de la sociedad moderna. Sin embargo, la incorporación del principio de discurso puede leerse en el sentido de que la legitimidad no está liberada de la moralidad propia de la tradición kantiana.

En su teoría política, Jürgen Habermas intenta romper las relaciones con una reconstrucción moral de la legitimidad. Es por ello por lo que elabora argumentos histórico-inmanentes de los fundamentos de tal concepto. Este método de trabajo implica que los componentes que sostienen la noción de legitimidad surgen del análisis de instituciones y prácticas de las sociedades modernas y no de principios normativo-filosóficos.

Habermas indica que el vínculo de los principios de la democracia y la autonomía individual y colectiva se relacionan en la dimensión histórica como un proceso de autoaprendizaje. Esto hace que el acto fundacional de la comunidad política se convierta en un proceso de construcción democrática que cruza varias generaciones. En este contexto histórico de la democracia, tanto los fundadores de la constitución como las generaciones presentes comparten un proyecto de autodeterminación.

A su vez, Habermas distingue dos dimensiones de este proceso. La primera es el pasado, donde las generaciones del presente continúan el proyecto de interpretar el contenido normativo de la constitución en la cual se comprometieron las generaciones fundadoras. Así, todos los ciudadanos deben reconocer un componente en la constitución que es el mismo a lo largo de la historia. Esta idea está en el centro de las tradiciones comunitarias y republicanas. Sin embargo, en ellas no se incluye el componente normativo que Habermas incorpora, esto es, el principio de discurso. La segunda es el futuro, y supone un paso desde la tradición constitucional a la práctica democrática como una promesa de reconciliación. Ciertamente, los ciudadanos todavía se ven a sí mismos como herederos de los fundadores, y con la responsabilidad de continuar dicho proyecto político. Y a su vez conciben la democracia como un proyecto orientado al intercambio libre de argumentos.

Como señala Bjarne Melkevik,

Habermas se apoya en tres tesis fundamentales para la construcción moderna del derecho, que comparte con Kant. En primer lugar, la tesis de la afirmación de la auto legislación conjugado con el concepto de soberanía popular. Este proceso de auto legislación no se puede realizar sino de manera democrática. De esta forma, los individuos resultan autores y destinatarios del derecho, y el derecho reposa en el consenso popular (Melkevik, 2012).

Esta tesis supone que los individuos son autónomos, individual y políticamente. No es distinto de lo que dice Kant, en cuanto a “la libertad legal de no obedecer a ninguna otra ley que aquella a la cual el ciudadano ha dado su consentimiento” (Melkevik, 2012).

A partir de esa idea, puede construirse una autonomía política del derecho. Habermas remarca que la autonomía política del derecho se inscribe en la perspectiva de un destinatario, en detrimento de la perspectiva del autor.

Así, Habermas propone una teoría democrática del derecho, en donde la modernidad del derecho no puede hoy día ser explicada y defendida sino en la medida en que es una construcción democrática.

¿Cómo deben afrontarse entonces realidades como las situaciones de vulnerabilidad, y de exclusión que afectan a tantos individuos? Esta pregunta puede concretarse en tres planos: el de la progresión hacia la autonomía, el de la tentación de ponderar autonomía versus seguridad, y el de la debilidad de la voluntad. La progresión hacia la autonomía acompaña al individuo a cada paso (Melkevik, 2024). La vulnerabilidad se erige, así, en una de las causas más importantes para el desarrollo de políticas legislativas y para la actividad judicial, no tanto por cuestiones meramente teóricas, sino por la dimensión moral que implica la cuestión a la luz de los valores democráticos.

Y, aquí, se presenta probablemente el gran desafío en el desarrollo y desenvolvimiento del poder judicial del Estado. ¿Es la labor del juez una labor de poder? Y en tal caso, ¿constituye la labor del juez el ejercicio de un poder democrático?

Tales preguntas requerirían una respuesta extensa, pero el solo hecho de formularlas nos enfrenta a los dilemas que ya fueron analizados por Habermas y que constituyen el eje de toda su teoría. Evidentemente en nuestros países latinoamericanos, el poder judicial de los Estados se ha ido adaptando a la modalidad de ejercicio del poder, que en muchos casos no ha quedado exenta de interrupciones de los períodos democráticos, con las consiguientes consecuencias que ello conlleva.

Así es que surge la pregunta por la legitimidad de las decisiones judiciales. No podemos dejar de lado que la justicia es una virtud moral, y que el objeto de la justicia es el derecho, no ya entendido desde la postura reduccionista que pretende circunscribirlo a la ley positiva, como hemos visto en los textos de Hart, sino desde una perspectiva que comprenda la totalidad de lo humano.

Si bien Habermas desarrolla un método de análisis de instituciones y prácticas de la sociedad moderna, por otra parte, contempla un elemento normativo que resulta independiente, y que trasciende las prácticas históricas y las instituciones políticas. Tal elemento no es otro que el de la deliberación racional, contenida en el discurso. Así, el principio de autonomía adquiere una vocación universal, como resultado de procesos de racionalización y de modernización.

La ética discursiva es la que sirve de fundamento tanto al orden normativo como a su implementación e interpretación. El discurso judicial se presenta entonces no como una simple expresión de poder, sino como una manifestación democrática del deber ser, en donde reglas, principios y valores se traducen en decisiones equitativas, en donde la dimensión social de la libertad solo se puede

entender en una sociedad integrada por sujetos libres e iguales, y en donde todos los ciudadanos pueden entenderse a sí mismos como los realizadores de las leyes, de la realidad política, y, en última instancia, de la justicia.

Como afirma Melkevik,

el individuo es vulnerable, poéticamente, como una planta, para la cual las condiciones interiores y exteriores en sus diversas combinaciones deben servir para engrandecerla, nutrirla, hacerla madurar o permitirle asomar a una ventana para permitirle brillar ante el sol, para su provecho, y para el de los demás (Melkevik, 2024).

## Referencias bibliográficas

- Agudelo, Carlos Alberto (2011). La justicia con toga de Ronald Dworkin. ¿Los jueces son filósofos o son intérpretes moderados? *Revista de Investigaciones* n° 7.
- Dworkin, Ronald (1980). *La Filosofía del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Dworkin, Ronald (2007). *La justicia con toga*. Barcelona: Marcial Pons.
- Dworkin, Ronald (2012). *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Hart, Herbert (1998). *El concepto de derecho* (Genaro Carrió, trad.). Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- Melkevik, Bjarne (2012). *Habermas: Legalité et Legitimité*. Presses de l'université de Laval. Canadá.
- Melkevik, Bjarne (2024). *Vulnerabilité, Raison et Droit*. París: Buenos Book International.