



La evolución del juez: del autómata al intérprete

MTRO. FERNANDO
OJESTO MARTÍNEZ
MANZUR

Contenido

- 1. El acceso a la justicia como derecho fundamental.**
- 2. El Modelo Positivista Dogmático.**
- 3. Interpretación jurídica contemporánea.**
- 4. El estado democrático constitucional de derecho y los jueces.**
- 5. El juez constitucional**
- 6. Una visión personal**

Acceso a la justicia

El acceso a la justicia como uno de los derechos fundamentales en cualquier estado democrático y de derecho, radica en la posibilidad permanente de toda persona de solicitar ante órganos estatales competentes, la satisfacción de una pretensión de carácter jurídico.

Piedra angular del estado de derecho y garantía de derechos humanos.

El principal actor en la operación del sistema de justicia son las y los juzgadores.

Montesquieu: veía al juez como *“un ser inanimado que repite las palabras de la ley”* (legislador omnipotente-estado moderno)

El modelo positivista dogmático

- NO había mas derecho que el positivo; es decir, *“el creado por el legislador con la forma de normas legales, y el derecho se explicaba y comprendía sólo desde el derecho, desechando el jurista las impurezas irracionales y anticientíficas de naturaleza política, ética o axiológica.”*
- Preponderancia del poder legislativo y su legitimidad democrática.
- El único intérprete auténtico del derecho era el legislador, y el juez ante el silencio del legislador debía de abstenerse de integrar la norma.

El Modelo Positivista Dogmático.

- Escuela de la Exégesis.
- Escuela Histórica-Alemana.
- Jurisprudencia Dogmática.
- Jurisprudencia de Conceptos.

- Surgida en Francia a finales del siglo XIX.
- **Culto irrestricto a la ley**, sosteniendo *“la premisa de la ley como la única fuente posible del derecho...el legislador tiene un papel esencial, dado que el juez limita su actuación al de hacer cumplir y descubrir la voluntad del creador de la norma.”*
- Las decisiones judiciales deberán fundarse exclusivamente en la ley y toda interpretación deberá hacerse mediante la exégesis de los textos emitidos por el legislador. (teleología del legislador)
- El legislador es omnipresente, omnisapiente y completamente racional y por ello, la función de crear leyes era exclusiva del mismo.

Escuela Histórica Alemana

- Siglo XIX donde su principal expositor, Friedrich Karl Von Savigny.(1779-1861)
- “El derecho no es producto de una razón humana abstracta, sino el resultado del espíritu del pueblo.”
- Esta escuela sostiene que el derecho es una creación social histórica que tendrá que ir cambiando ante las distintas circunstancias, necesidades y situaciones de la realidad histórica social. El derecho no es sólo resultado de legislador
- La principal fuente del derecho es la ley y como fuente secundaria podría entrar el derecho consuetudinario, de la cual el juez podría echar mano para la interpretación. (ley + factores históricos)

- Principal expositor: Rudolf Von Ihering. (1818-1892)
- El derecho tiene que pasar a ser una ciencia, a través de un derecho positivo que forme un sistema unitario y coherente, utilizando como principal

- Sistema jurídico como un “conjunto de normas, reglas y principios jurídicos, que permite regular cualquier caso de la vida social.
- Todas las ambigüedades de la ley podrán ser resueltas a partir de los principios del sistema y las normas aplicables al caso concreto.

Jurisprudencia de conceptos

- George Frederich Puchta, como principal representante. (1798-1846)
- Toda interpretación jurídica parte de un profundo análisis lógico y sistemática de todos y cada uno de los elementos y partes integrantes del mismo.
- A partir del método científico se extraen conceptos jurídico inmodificables e incuestionables que el juzgador tiene que aplicar.
- El Juez se encontraba limitado por los conceptos jurídicos, teniendo que basarse en ellos para su función.

- La tarea interpretativa se limitaba a que el juez declarara el sentido otorgado por el legislador a la ley. El juez interpretaba más no creaba, su fidelidad al legislador le daban la función de identificar su pensamiento y solamente interpretar a partir de ello.
- Función del Derecho durante esta época, siglo XIX comenzó un movimiento de codificación del derecho. (Código Napoleónico 1804, codificación alemana). Preponderancia del derecho civil sobre el público.
- El debilitamiento de este modelo sobretodo por los acontecimientos históricos durante el siglo XX (el nazismo y el fascismo), así como la necesidad de limitar al poder, y de normar la relación entre el gobernado y el gobernante (Derecho Público) es que comenzaron a surgir otras escuelas de interpretación, que se separaban del culto irrestricto a la ley y del pensamiento de un legislador racional y omnisapiente.

Interpretación jurídica contemporánea.

- Jurisprudencia de intereses
- Escuela científica francesa
- Escuela libre de Derecho
- Escuela Analítica

Intérprete deberá tomar en cuenta:

- Los hechos que rodean a la norma y a los casos en concreto;
- los valores o el compromiso axiológico del sistema y de una sociedad;
- la estructura lingüística del ordenamiento jurídico y el uso del lenguaje y;
- la lógica como base para la interpretación jurídica.

Juez como un “activo director del litigio e intenta la solución justa del mismo... encomendado por la sociedad para que procure llevar a la paz jurídica ahí donde se desatado un conflicto de intereses”.

Dota al juez una función jurídica creativa equiparable a un legislador.

Philipp Heck . (1858-1943)

No hay disposición jurídica que carezca de un fin producto de un interés y el juez tiene que determinar cuál interés debe de prevalecer.

- Funda en la experiencia toda decisión; misma que no sería deducida directamente de la ley.
- La importancia que concede el concepto de interés, al establecer que la vida trae a distintos intereses en pugna, conflictos que deberán de ser resueltos por la norma.
- Intereses que el legislador trató de proteger mediante el precepto legal.
- El juez tendrá que conocer y extraer todos los intereses protegidos por la norma y aplicarla al caso en concreto.

XIX-XX

Francois Geny (1861-1959)

El legislador no puede prever todos los casos posibles, los jueces tienen una esfera libre de dirección, ejerciendo una actividad mental creadora.

Interpretación: *Ratio legis* (finalidad perseguida por el legislador) y la *Occasio legis* (medio social de origen).

Integración: La libre investigación que consiste en la elaboración de las reglas jurídicas con independencia de la ley escrita (no es la única fuente)

Escuela Libre de Derecho.

Hermann Kantorowicz (1877-1940)

Alemania

- Amplia libertad de la decisión y acción de los jueces:
“la ausencia de un precepto aplicable autoriza al juez para ocupar el lugar del legislador.”
- En ejercicio de su capacidad creadora, el juez echa mano del Derecho libre, de manera que la solución del caso responda no solo al ordenamiento jurídico, sino sobre todo a la realidad social en que se encuentra.
- Del autómata al intérprete.

John Austin (1790-1859)

- Derecho como un imperativo de poder gubernamental, como un mandato del soberano, del cual deriva su obligatoriedad mediante la amenaza de un castigo. (derecho como es y no como debe ser)
- La legislación judicial se considera como las “órdenes tácitas” del soberano, por lo que sus actuaciones forman parte del sistema jurídico y gozan de positividad.
- El “derecho creado por el juez” es creación del soberano y por lo tanto un imperativo o mandato que deberá de ser cumplido por los miembros de una sociedad política independiente.

El estado democrático constitucional de derecho

- Iusformalismo: validez extrínseca de la normas.
- Ciencia del derecho.
- Derecho separado de los valores

- Resurgimiento Iusnaturalismo racional (ilustración y enciclopedismo)
- Validez intrínseca: Contenido de las normas

- Segunda Guerra Mundial: Positismo justificación legal a regímenes totalitarios
- Necesidad de regresar a garantizar el valor justo de las normas jurídicas: corriente de los derechos humanos.

**Democracia constitucional como fundamento de la organización del Estado.
El poder de las mayorías tenía que ser controlado por el derecho y por la
Constitución a través de la función jurisdiccional.**

Kelsen Vs Schmitt

¿Quién debe ser el guardián de la Constitución?

Kelsen

Constitución norma fundamental y suprema = fuente de validez de todas las demás normas

Control de constitucionalidad por Tribunal especializado
“nadie puede ser juez de su propia causa”

Limitar al poder a través del Derecho y por lo tanto, de la jurisdicción constitucional.

Schmitt

Parlamento quien fuera el guardián del Constitución = representante de la unidad de la nación

Derivado al “nocivo” pluralismo político, de los años 30 en Alemania, el Presidente del Reich como representante del pueblo

La justicia no decide por ella sola, sino a través de las normas que dicta el Parlamento, a los cuales está subordinada.

VISIÓN GARANTISTA

La democracia para Kelsen, implicaba un límite del poder entre los diversos órganos del Estado, con el objetivo de evitar abusos de la mayoría y la garantía de los derechos de las minorías.

Poderes públicos se encuentran limitados por la Constitución como norma suprema

+

Control de constitucionalidad de los actos y resoluciones de los poderes, e incluso de las normas generales emanadas del Poder Legislativo.

- Jueces toman un rol fundamental en la defensa de la Constitución, siendo los guardianes de la misma y por lo tanto, un contrapeso natural de las decisiones de las mayorías.
- Dentro de los límites sustanciales del poder están los derechos fundamentales establecidos en una Constitución, entendidos estos como los derechos humanos positivizados.
- Ferrajoli: la democracia necesitará garantizar cuatro vertientes correspondientes a los cuatro tipos de derechos fundamentales: derechos políticos (democracia política), derechos civiles (democracia civil), derechos de libertad (democracia liberal) y derechos sociales (democracia social).
- Robustecimiento y expansión de la jurisdicción, así como una mayor legitimación de la rama judicial y de su independencia frente a los órganos del poder público

Realismo jurídico norteamericano

Fundamentos

- Creación judicial del derecho.
- Comprensión del Derecho no como fin sino como medio para el logro de determinados fines sociales;
- Estudio de la influencia emanada de los cambios sociales que son más rápidos que la evolución jurídica.

El derecho no es otra cosa que una experiencia de realidades relativa a la conducta humana y al cumplimiento efectivo de las normas jurídicas en los fenómenos sociales.

El Iusrealismo fundamenta la validez del derecho de la expectativa de cumplimiento de una norma y se materializa a través de la eficacia del derecho, es decir cuando realmente se cumplen dichas normas con cierto grado de efectividad.

- Oliver Wendell Holmes, ministro de la SCOTUS, identifica al derecho con la experiencia: “La vida del derecho no ha sido la lógica; ésta ha sido la experiencia”
- Benjamin Cardozo, el juez tomar decisiones no basadas en principios morales que pueden ser cambiantes en cada grupo de la sociedad, sino a partir de las realidades sociales.

- Roscoe Pound, Harvard, la labor del juez debe de ser libre para encontrar la solución más justa, sin estar atado a la voluntad del legislador que obstaculizan el cambio social, viendo la función del derecho como una de ingeniería social, que tiene que adaptarse a la realidad social en un lugar y tiempo determinado.
- El juez es el que define el derecho a través de sus decisiones, estableciendo precedentes que guíen a los jueces en casos futuros y que generen el cambio social.

Poder Judicial va en VS de la voluntad mayoritaria

Los principales argumentos contramayoritarios que ponen en tela de juicio el control constitucional por medios de los jueces son los siguientes:

- 1) El nombramiento de los jueces en la mayoría de los ordenamientos está reservado a la discrecionalidad de los otros poderes.
- 2) La duración en los cargos judiciales no parece avenirse con los ideales democráticos.
- 3) Como controlador de los actos de los restantes poderes a la luz de la Constitución, parece convertirse en un contrapeso excesivo y a la vez no controlable por los otros poderes que sí encarnan la voluntad popular.
- 4) La función de los jueces no garantizaría el proceso democrático que instaura la Constitución pues, no representando al pueblo y siendo, en principio, inamovibles en sus cargos, no podrían decidir en favor de los intereses de aquél.

Alexander Bickel (1924-1974)

- El juez está autorizado a actuar cuando el legislador crea normas que rompen con la coherencia del sistema y van en contra de principios democráticos, que ponen en riesgo el bien común y la democracia participativa.
- Sus decisiones deberán tener como base el descubrimiento de los principios constitucionales que la misma sociedad va reclamando a través de las demandas sociales.
- Los representantes electos podían delegar ciertas tareas a otros funcionarios que no hayan sido electos, de ahí se deriva la función de control de los jueces. (argumento vs la legitimidad democrática del juez).
- El juez necesita de la prudencia y de las “virtudes pasivas” para determinar en qué momento debe actuar de acuerdo a si es el momento o oportuno o no para tomar un decisión.

Ronald Dworkin (1931-2013)

Visión antipositivista del derecho, al no reducirlo como un sistema de normas sino como un sistema de “principios, directrices políticas y otros tipos de pauta”, comprendiendo a dichos principios como la “exigencia de justicia, equidad u otra dimensión de moralidad”

- Los jueces constitucionales son más aptos para proteger derechos fundamentales que el parlamento compuesto por mayorías.
- El “constitucionalismo sustantivo” da un rol preponderante al juez en una democracia constitucional: Juez Hércules, considerado como un juez dotado de una habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumana, el cual siempre encontrará la respuesta correcta (the one right answer).
- Derechos morales preexistentes (the background moral Rights) derechos anteriores a cualquier forma de legislación, los cuales representan los triunfos políticos en manos de los individuos que no pueden ser negados ni por el gobierno, ni por la mayoría.

El juez constitucional

Aharon Barak (Israel)

La principal función será ejercer una acción correctiva de todo el sistema que consiste en “cerrar la brecha entre el derecho y la sociedad y proteger la democracia.”

Al ser la sociedad y sus necesidades cambiantes, el derecho será un organismo vivo que tenga que adaptarse, el juez tiene que adaptar estos cambios al derecho sin dañar la estabilidad del propio sistema que podría acabar en una anarquía.

Juez como un socio del legislador

¿Quién es juez constitucional?

- El que expulsa una norma contraria a la Constitución. (control abstracto)
- El que inaplica una norma contraria a la Constitución. (control difuso)
- El que realiza un control de convencionalidad con tratados internacionales.
- El que realiza una interpretación conforme en donde el juez se encarga de verificar que ninguna disposición u acto de autoridad limite el goce

- **La independencia judicial** tanto personal (juez) como institucional (Poder judicial) que significa que, “al juzgar, el Juez no esté sujeto a nada más que el derecho.
- **La objetividad e imparcialidad judicial.** La imparcialidad implica que el juez trate a todas las partes de manera igualitaria y que de las mismas oportunidades para plantear sus casos. La objetividad contempla que las visiones y preferencias personales del juez no influyan la decisión que tome en un caso, sino en principios fundamentales que se den en una sociedad en un lugar y tiempo determinado.
- **La Confianza Pública** de la que habla el juez Barak, significa que la ciudadanía confía en que los jueces están tomando sus decisiones sin ningún interés personal, sino que están luchando por proteger la Constitución y la democracia.

Los jueces como agentes de cambio social

- Guardianes de la Constitución y de los Derechos humanos. Protectores de las minorías.
- un juez no tiene facultades ilimitadas para crear derecho de acuerdo a su conveniencia o sus preferencia, un juez no debe de ocupar el papel del legislador sino que debe de ser un socio del mismo, complementando dicha labor y limitándolo cuando vaya en contra de la Constitución y los derechos humanos.
- Una visión integral del derecho (Positivismo, Iusrealismo y Iusnaturalismo.)

“Los jueces son los artistas de nuestro campo , así como los profesores de Derecho sus críticos, y nosotros esperamos que el juez creativo, empleé todas las herramientas que son apropiadas, para alcanzar un resultado satisfactorio.”

Philipp Bobbit

Gracias.

fojestomm@derecho.unam.mx

Twitter: @FOjesto