

Reforma de justicia y Filosofía del Derecho

Eduardo Hernando Nieto^(*)

1. La Reforma de la administración de justicia en el contexto de la Filosofía del Derecho contemporánea

“(…) Es uno de los trabajos más completos sobre un sistema de justicia que he visto, y no solo en América Latina(…)”⁽¹⁾; “Son muchos los diagnósticos que se han hecho sobre los sistemas de justicia en nuestra región pero son pocos los que han logrado coherentemente las distintas variables y dimensiones del quehacer judicial (…)”⁽²⁾; “En la preparación del diagnóstico se ha recopilado una cantidad impresionante de información aprovechando informes y diagnósticos preparados anteriormente además de nueva información. Con este diagnóstico global y un enfoque integral y sistemático, la Secretaría Técnica de la CERIAJUS ha sentado una base muy sólida para emprender el desafío de proponer e implementar los cambios necesarios para contribuir a una justicia independiente e imparcial, accesible a toda la población, sin discriminación y eficiente”⁽³⁾; “El excelente trabajo de la Secretaría Técnica presenta de modo riguroso una amplia información de los grandes problemas del sistema de justicia en el Perú. Considero que este trabajo debe ser tomado como un punto de partida obligado para cualquier intento de reforma del sistema judicial peruano”⁽⁴⁾.

Estos son algunos de los elogiosos comentarios que aparecen en la contratapa de la publicación, *Los problemas de la Justicia en el Perú: hacia un enfoque*

sistémico, diagnóstico interinstitucional elaborado por la Secretaría Técnica de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS)⁽⁵⁾ y que se constituye hasta la fecha en el mayor diagnóstico sobre el funcionamiento del sistema de administración de justicia. Sin embargo, si bien puede tratarse de un documento valioso que brinda una enorme información respecto al estado del sistema de justicia y la manera de cómo podría ser reformado para su mayor eficacia y legitimidad adolece de un problema que desde mi punto de vista resulta fatal para la viabilidad de la reforma. En ninguna parte del extenso trabajo se encuentra alguna referencia sobre la concepción de Derecho o la Teoría de Justicia que debería orientar el sentido de la administración de justicia ni mucho menos alguna crítica a la herramienta jurídica.

Es decir, que para aquellos que se han abocado al trabajo de mejorar el funcionamiento del sistema de justicia parecería que la Teoría del Derecho o la Filosofía del Derecho no existiese o no tuviese ninguna relación con el tema, o quizá considerarían que no hay ningún problema respecto al instrumento que ellos emplean y todo es una cuestión de mejorar la infraestructura, mejorar las remuneraciones o mejorar el capital humano, con adecuadas políticas de capacitación⁽⁶⁾.

Empero, esta visión limitada se hace aun más grave hoy cuando constatamos la naturaleza de los tremendos y acelerados cambios que se están produciendo en el campo de la Teoría del Derecho y

(*) Profesor de Teoría Legal y Teoría Política en la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Academia de la Magistratura.

(1) PEREZ PERDOMO, Rogelio. Profesor de la Universidad de Standford (Venezuela).

(2) VARGAS VIANCOS, Juan Enrique. Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (Chile).

(3) POPKIN, Margaret. Directora Ejecutiva de la Fundación del Debido Proceso (EEUU).

(4) RAMONETTI CARBONELL, José Carlos. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona (España).

(5) Comisión Andina de Juristas. Lima, 2004.

(6) Sin embargo, sobre este particular merece ser destacado el papel de la Academia de la Magistratura que ha venido implementado desde hace muchos años una serie de cursos (argumentación jurídica, ética, realidad política y económica, etcétera) que apostarían no solamente por una mejora en el conocimiento del Derecho sino también en las capacidades y habilidades prácticas de los magistrados lo cual demostraría además la amplitud de la visión de los directores de la misma y su interés por superar las propuestas limitativas del Derecho formal. Lamentablemente, sus iniciativas no parecen haber tenido eco entre aquellos que han venido trabajando sobre la Reforma de la administración de justicia.

la manera como hoy se le percibe⁽⁷⁾. Vale decir, que ya en el medio académico se reconoce el agotamiento del proyecto del positivismo jurídico fundamentalmente en sus dimensiones teóricas e ideológicas⁽⁸⁾, y expresado a través del cambio del Estado de Derecho siendo reemplazado por un Derecho más de orden práctico y sustentado también en principios recogidos por la denominada democracia constitucional⁽⁹⁾.

Precisamente, autores como Viehweg o Perelman en los años cincuenta y Alexy en los años 1970 advertían ya en torno a las limitaciones del formalismo jurídico⁽¹⁰⁾. Así como el mismo Alexy señalaba al respecto las limitaciones del Derecho formal sosteniendo por ejemplo que:

“(…) la vaguedad del lenguaje legal, la posibilidad de conflicto entre normas, el hecho de que hay casos que requieren una calificación legal que no cae bajo una norma válida existente; y finalmente, la posibilidad en casos especiales de una decisión que es contraria a los términos de una ley harían difícil el esperar respuestas adecuadas en el Derecho si es que no reconocíamos tales contrariedades”⁽¹¹⁾.

Es evidente entonces que este predominio del positivismo jurídico contribuyó de manera directa a la exclusión de la Filosofía del Derecho y a las Teorías de Justicia dentro de los debates de la reforma de justicia puesto que en las perspectivas más generales del formalismo jurídico se consideraba que el Derecho era una cuestión de mera aplicación presumiéndose que el mejor juez sería aquel que conociese mejor la ley⁽¹²⁾.

Esta visión legalista tan cuestionada sería pues aquella que considera que el Derecho simplemente es un conjunto de normas que han sido validamente elaboradas, apareciendo entonces como un sistema unido, pleno y coherente⁽¹³⁾. Como se puede desprender de esto, para el Derecho formal lo importante sería la identificación de la norma jurídica y el reconocimiento de la validez de su fuente. No la racionalidad o legitimidad de la decisión.

Asimismo, como se destaca en recientes trabajos sobre la enseñanza del Derecho, este enfoque jurídico se caracterizó por formar profesionales duchos en lo que sería un razonamiento analítico (antes que dialéctico) y que supieran aplicar adecuadamente el modelo del silogismo lógico a través de la correcta subsunción⁽¹⁴⁾, pero lamentablemente no estaría en condiciones de resolver problemas que estuviesen más allá de la normatividad positiva.

Así pues, la tendencia de hoy como ya adelantamos nos aproxima cada vez al concepto de “Estado Constitucional de Derecho” que al viejo Estado de Derecho del formalismo jurídico tratándose de dos cosas bastante distintas dicho como lo atestigua en esta cita un reconocido profesor italiano muy ligado al estudio de esta nueva cultura jurídica: “La tesis que pretendo sostener es que estos dos significados corresponden a dos modelos normativos diferentes: el modelo paleo-iuspositivista del Estado Legislativo de Derecho (o Estado Legal), que surge del nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neo-

- (7) Como señalaba el profesor de la Universidad de Alicante y director de la conocida revista *Doxa*, Manuel Atienza, uno de los principales impulsores de la Teoría de la argumentación jurídica, destacando que los clásicos enfoques en el Derecho, vale decir, el estructural o normativo, el funcional o sociológico y el valorativo o axiológico deberían ser complementados hoy con un cuarto enfoque que sería justamente el de la argumentación jurídica considerándolo como un método capaz de integrar a los demás y basado en la idea de que el Derecho es una técnica para resolver problemas de orden práctico, se trata como diría Atienza “de una visión eminentemente instrumental, pragmática y dinámica del Derecho”. Cfr. ATIENZA, Manuel. *Derecho y Argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997. También véase sobre esta realidad del Derecho mi artículo: HERNANDO NIETO, Eduardo. *¿Ha muerto la teoría legal?* En, *ius et veritas*. Año XVI. Número 32. 2006.
- (8) Aunque no desde una perspectiva metodológica que fue la que tomó por ejemplo Norberto Bobbio, y sus seguidores o la que se desarrolló desde el contexto anglosajón como Filosofía Analítica. Sobre las variedades del positivismo véase BOBBIO, Norberto. *El Positivismo Jurídico*. Madrid: Debate, 1993.
- (9) De hecho, ahora podríamos hablar del retorno del paradigma de la Filosofía del Derecho que se expresa en las concepciones de la argumentación jurídica y del Estado Constitucional de Derecho, más adelante desarrollaremos mejor estos conceptos. Para una definición del término Estado Constitucional de Derecho véase ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 1995; o FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- (10) Para una revisión de estos autores se puede consultar el clásico texto de: ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho, Teorías de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- (11) Citado por SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Luis Manuel. *Argumentación Jurídica y Teoría del Derecho, la crítica actual al positivismo jurídico*. Arequipa: El Alva, 1999. p. 11.
- (12) Aunque es verdad que dentro del positivismo jurídico había quienes destacaban el carácter “abierto” del Derecho y como consecuencia de ello era necesario interpretar o aclarar estas zonas de penumbra dejando así al juez por ejemplo un amplio espacio para la discrecionalidad. Sin embargo, estos enfoques no han tenido demasiado impacto en nuestro medio reduciéndose el Derecho a una actividad muy mecánica y rígida. Sobre la discrecionalidad en el Derecho Positivo, véase: HART. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961.
- (13) Esto en los términos de BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*
- (14) MORALES LUNA, Felix. *Cambios en Derecho, cambios en su enseñanza*. En: *Derecho PUC*, Número 58. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006. p. 436. En nuestro caso, también se podría decir que nosotros heredamos tal forma de estudiar el Derecho a través de la influencia europea continental, más concretamente de la española. Para un conocimiento de la forma de enseñanza tradicional del Derecho en España, se puede revisar PÉREZ LLEDO, Juan. Antonio. *La Enseñanza del Derecho, dos modelos y una propuesta*. Lima-Bogotá: Palestra-Temis, 2006.

iuspositivista del Estado Constitucional de Derecho (o Estado Constitucional), producto a su vez de la difusión en Europa, tras la Segunda Guerra Mundial de las constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias⁽¹⁵⁾.

Probablemente, una de las grandes novedades que traería esta perspectiva del llamado Neoconstitucionalismo, sería el reconocimiento de que el Derecho no solo se constituiría por medio de reglas sino también por otras normas como serían los principios⁽¹⁶⁾ y las directrices por ejemplo, que a diferencia de la típica regla no sería fácil su aplicación o subsunción en la medida que estas normas tendrían a sus supuestos de hecho o sus consecuencias “abiertas” lo cual daría pie a que puedan generarse muchas opiniones respecto a su contenido. Esto justificaría entonces el concurso del “razonamiento dialéctico” antes que del “razonamiento práctico” en la actividad jurisdiccional y como consecuencia de ello se tendría que generar una nueva y distinta cultura jurídica en nuestro ordenamiento legal⁽¹⁷⁾.

Así pues, si para nuestros reformadores de la administración de justicia nuestro estado sigue siendo percibido como un simple Estado de Derecho por ello, bajo ningún punto de vista estarían en capacidad de entender la necesidad de plantear la discusión respecto a la manera como debemos entender hoy por hoy la práctica legal y como se debería incorporar estas nuevas perspectivas dentro del trabajo jurisdiccional y legislativo. En ese sentido, una mirada a lo que viene ocurriendo en el mundo académico de la Filosofía del Derecho y la Teoría Constitucional no les haría nada mal, al contrario podrían empezar a entender por donde debería comenzarse a trabajar una reforma más seria y real.

2. Entonces: ¿Qué es lo que puede aportar la Filosofía del Derecho en este debate?

En principio, la Filosofía del Derecho en este momento se encuentra abocada a replantear las perspectivas jurídicas a partir, como dijimos, del reconocimiento de que el Derecho no es sino una técnica que se emplea para la resolución de problemas de carácter práctico y así es como debería entenderse el sentido de la normatividad, esto daría pie como hemos indicado a un Derecho de carácter dialéctico antes que lógico formal así como también a un retorno de una jurisprudencia de valores en la Teoría del Derecho por acción de las Teorías de la Justicia presentes desde la década del setenta del siglo pasado⁽¹⁸⁾.

Asimismo, al ser considerado el Derecho como una técnica para resolver conflictos, es evidente que la actividad de la Filosofía del Derecho debería dirigirse a mejorar paulatinamente el desarrollo de dicha técnica para hacer más eficiente y legítimo su ejercicio. Claro, esto no significa que la Filosofía del Derecho abandone su estudio o análisis “científico” del Derecho⁽¹⁹⁾; sin embargo, hoy por hoy hay que reconocer que el conocimiento del Derecho se efectúa básicamente dentro de los parámetros dados por el razonamiento práctico.

Por otro lado, como dijimos el aporte de las distintas Teorías de Justicia que aun hoy se discuten y que constituyen en el fondo el sustento de los principios constitucionales serían también absolutamente necesarias en la articulación de un proyecto reformador del sistema de justicia. Más aun si a diferencia del modelo del Estado de Derecho hoy nos hallamos con un conjunto de valores inconmensurables⁽²⁰⁾ que hacen inevitable el debate

(15) FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*. En: *Neoconstitucionalismo (s)* Edición de CARBONELL, Miguel. Madrid: Trotta, 2005, p. 14.

Aún cuando la tesis de Ferrajoli en el citado artículo apunta a la superación de ambos modelos de estados por lo que sería una suerte de Constitucionalismo sin Estado que estaría aún en formación: “Se trataría, evidentemente, en el caso del Constitucionalismo Europeo y, todavía más, del Constitucionalismo Internacional, de un tercer cambio de paradigma: después del Derecho jurisprudencial, del Estado Legislativo de Derecho y el Estado Constitucional de Derecho, un cuarto modelo, el orden constitucional de Derecho ampliado al plano al plano supranacional, que ya no tiene nada del viejo estado y, sin embargo, conserva de él las formas y las garantías constitucionales”.

(16) Según Robert Alexy, un principio es un mandato de optimización. Cfr. ALEXY, Robert. *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

(17) Las distinciones entre reglas y principios corresponden al teórico norteamericano Ronald Dworkin. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 1999. A su vez Manuel Atienza, Alfonso Ruiz Manero han diferenciado estructural y funcionalmente a las normas en su trabajo: ATIENZA, Manuel y Alfonso RUIZ MANERO. *Las Piezas del Derecho, teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996.

(18) “El retorno de la jurisprudencia de valores en la teoría del Derecho, ha sido posible gracias al estímulo de las doctrinas sobre la justicia que se han desarrollado en las últimas décadas del siglo XX. Entre las concepciones más debatidas en la actualidad sobre este punto, hay que aludir a la utilitarista, ya que aunque se trata de una doctrina elaborada en el pasado siglo, ha gozado de una amplia difusión y constituye el punto de referencia de las teorías más influyentes de nuestros días en relación con la justicia distributiva: las debidas a Rawls, Dworkin, Nozick y Sen”. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. Lima: Palestra, 2005. pp. 107 y 108.

(19) Obviamente aún sigue siendo relevante el trabajo en el campo del llamado positivismo metodológico que se sustenta en la filosofía analítica.

(20) De allí la necesidad de emplear los juicios de ponderación. Es más como señala un conocido neoconstitucionalista, entre las principales novedades que trae este se encuentra el rol protagónico del juez, la presencia de la ponderación, el predominio de los principios sobre las reglas, y la “constitucionalización” del Derecho entre otros. Véase: PRIETO SANCHIS, Luis. *Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones*. En: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

caracterizando al Derecho contemporáneo como un Derecho muy dúctil y flexible.

Si bien hemos enfatizado el hecho de que en el reciente proyecto de reforma nunca se tomó en cuenta el aporte de la Filosofía del Derecho, sin embargo es bueno destacar que si se incorporó un tema que si tendría un vínculo muy directo con este campo. Me refiero al tema de la “predictibilidad de la jurisprudencia” que si fue considerado por el documento de la CERIAJUS⁽²¹⁾, con el propósito de evitar justamente que muchos casos semejantes puedan ser resueltos de manera diferente, contribuyendo a la inseguridad y sobre todo a la desconfianza respecto al funcionamiento del sistema. La idea de apelar a esta práctica que dicho sea de paso es más cercana al Derecho anglosajón⁽²²⁾, es evidente que conectaría este proceso de reforma con la Teoría del Derecho y más específicamente con el desarrollo del llamado Neoconstitucionalismo y la Teoría de la Argumentación Jurídica pues se esperaría que dichos precedentes no solo se generaran por la decisión de los más importantes tribunales (léase una Corte Suprema o un Tribunal Constitucional) sino también por la fuerza y solidez de su argumentación⁽²³⁾. Quizá, a través de esta pequeña abertura que se dejó en el citado documento se debería producir la “penetración” de la filosofía dentro del campo de la reforma.

Justamente respecto a la temática de justicia podría haberse dado también algún tipo de discusión respecto a que modelo o enfoque⁽²⁴⁾ podría ser el inspirador de nuestro sistema de justicia, a menos

que se reconozca también que el Estado Constitucional de Derecho ya representa en si o ha optado por una determinada Teoría de Justicia⁽²⁵⁾.

Así pues, si se trata de reconocer el aporte de la Filosofía del Derecho dentro de los debates contemporáneos deberíamos destacar su vitalidad y sus evidentes nexos con los enfoques de la argumentación jurídica y el Neoconstitucionalismo que son los que nos vienen proponiendo, como venimos repitiendo, nueva cultura jurídica que tendría ya un impacto en torno a nuestras propias instituciones como lo demuestra por ejemplo las recientes tensiones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional que parecería querer adaptarse rápidamente (no siempre de manera afortunada dicho sea de paso) a los postulados Neoconstitucionalistas mientras que el Poder Judicial aun parecería estar moviéndose al ritmo del paleo positivismo⁽²⁶⁾; o por otro lado, el interés que muestra la Academia de la Magistratura y muchos postgrados de Derecho en los temas del razonamiento jurídico y la argumentación jurídica.

Sobre esto último habría que enfatizar finalmente que estos temas que se incorporan ahora en la currícula no son simples tareas para las instancias formadoras como podrían ser las facultades de Derecho o la Academia de la Magistratura sino más bien que detrás de todo esto se encuentra la percepción de un Derecho muy distinto al que se tenía hace algún tiempo y que por esa misma razón haría falta replantear nuestro ordenamiento legal de acuerdo a lo que hoy por hoy significa la práctica del Derecho. *AB*

(21) Los problemas de la Justicia en el Perú: hacia un enfoque sistémico, diagnóstico interinstitucional. *Ibid.*; pp. 214-215.

(22) El famoso *stare decisis* o precedente vertical. En realidad el precedente no es sino un criterio interpretativo. Véase GASCON, Marina. *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid: Tecnos, 1993.

(23) Claro siempre se esperaría que a mayor nivel de la judicatura mayor solidez en la argumentación y allí radicaría la autoridad de estos precedentes, empero, habría que ver en que medida estas altas instancias son las que pueden generar estos desarrollos argumentativos. De esto último dependería el buen funcionamiento de los precedentes o de la jurisprudencia vinculante.

(24) Liberal, libertario, republicano, etcétera.

(25) Una teoría de justicia liberal que se afirma en la defensa de los derechos individuales (fundamentalmente los derechos civiles y políticos) constituyendo una suerte de coto vedado (en la terminología de Garzón Valdez) infranqueable para cualquier poder sea cual sea su naturaleza. Al mismo tiempo, también el control de la constitucionalidad por parte de los jueces que sería el otro rasgo típico del neoconstitucionalismo. Sin embargo, es también muy sabido que al interior del Estado Constitucional de Derecho se identifican una serie de tensiones, las mismas que están marcadas por la “rivalidad” entre el constitucionalismo (liberalismo) y la democracia (política); es decir, entre lo que señalan los derechos fundamentales y lo que determina la voluntad popular. Esto aún es un problema no resuelto desde mi punto de vista. Cfr. SALAZAR UGARTE, Pedro. *La Democracia Constitucional*. México: FCE, 2006.

(26) Aunque es bueno mencionar que muchos de los más jóvenes magistrados nombrados recientemente por el Consejo Nacional de la Magistratura muestran una gran permeabilidad al cambio y podrían lograr que se den algunas variantes significativas al interior del Poder Judicial y el Ministerio Público.