

# LA FUNCIÓN DEL JUEZ EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

**Dr. Juan Morales Godo**

Profesor Principal de la Facultad de Derecho y de la Unidad de Posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; Profesor de la Facultad de Derecho y Coordinador de la Maestría en Derecho Procesal en la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Profesor de la Academia de la magistratura; Magíster en Derecho Civil y candidato a Doctor por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

## **RESUMEN:**

La función del Juez en una sociedad democrática ha evolucionado a la par que el sistema político democrático, generando nuevos contenidos. En el modelo clásico, ideado por Locke y Montesquieu, el juez no era más que la “boca de la ley”. En este modelo el legislador tenía un papel relevante y preponderante, porque encarnaba la racionalidad del sistema y, de esta forma, concentraba el poder. Se configura el Estado de Derecho, que fue adquiriendo un mero aspecto formal, ya que los legisladores atendían los intereses socio-económicos coyunturales sin que ello responda necesariamente a los valores y principios de la Constitución Política del Estado. El Estado de Derecho moderno es el Estado Constitucional, donde el juzgador cobra un papel relevante, porque interviene en el proceso de producción de la norma al resolver el caso concreto, interpretándola con discrecionalidad e independencia, validándola constitucionalmente, para brindar soluciones razonables y justas.

## **PALABRAS CLAVES:**

Democracia, Estado de Derecho, Estado Constitucional, Neoconstitucionalismo, jurisdicción, legislación, ley, constitución, juez, discrecionalidad, positivismo, interpretación, argumentación, independencia.

## **1. INTRODUCCION**

¿Cuál es la función que le corresponde a los jueces en una sociedad democrática?, es una interrogante que nos motiva a indagar sobre las bases del sistema democrático y el papel que le corresponde a cada una de las funciones en las que se divide el poder, especialmente, en lo relativo a la función de los jueces y los legisladores. Encontraremos que la división de funciones que bosquejaron, tanto Locke como Montesquieu, para garantizar el ejercicio democrático del poder, se han convertido en la estructura básica de todo sistema democrático hasta la actualidad.

Sin embargo, la preponderancia de alguna de las funciones ha variado con el transcurrir de los tiempos. En efecto, se le asignó un papel preponderante a la función legislativa, porque era la encargada de dictar las leyes, y en ella descansaba la racionalidad del sistema. Tanto la administración como la función jurisdiccional debían aplicar las leyes, sin tener mayores posibilidades de interpretación, a no ser el tenor literal de la norma. El juez en el Estado Democrático liberal primigenio se convirtió en la boca de la ley. Ello dio pie, por un buen tiempo, al gran desarrollo de la corriente positivista en el campo del Derecho y al método de interpretación exegético.

Se genera el denominado Estado de Derecho, que no viene a ser sino el sometimiento de los hombres al Derecho, y el derecho eran las leyes. Sin embargo, el Estado de Derecho tradicional se convirtió en una formalidad, de tal manera que los legisladores le otorgaban los contenidos más diversos y, en algunos casos, arbitrarios, sin respeto alguno por la norma suprema, como es la Constitución Política.

En Europa continental se está produciendo una transformación en la comprensión del Derecho, acercándose el sistema basado en las normas, al sistema del Common law, que tiene una concepción del Derecho más abierta a la cultura y gira alrededor de la Constitución. El poder discrecional del Juzgador que caracteriza al sistema del common law, está penetrando en el sistema europeo continental, a través de la argumentación jurídica, y sustentada en la interpretación de las normas constitucionales, lo que ha determinado que a esta corriente se le denomine el Neoconstitucionalismo.

La corriente del Neoconstitucionalismo le otorga al juez una posición singular dentro de la estructura del poder en un sistema democrático. Ya no es el legislador el elemento preponderante, al cual se sometía la función jurisdiccional. Las normas que promulga la función legislativa, ahora, vienen sometidas a un ejercicio de validación constitucional por parte de los jueces. Las normas, se entiende, no son algo acabado que el operador aprehende para luego aplicarlo a la realidad mecánicamente, sino el operador se convierte en el último momento, a través de la interpretación y, por lo tanto, le otorga el contenido definitivo cuando lo aplica a un caso concreto de la realidad.

El juez, así, se convierte en un elemento tan preponderante como el legislador en la estructura del poder en un sistema democrático. Ya no es la boca de la ley, como lo ideó Montesquieu, sino que es el que ejerce un contrapeso en el ejercicio del poder de las otras funciones del Estado, a través del control de la constitucionalidad de las leyes, por medio del control difuso, y en el defensor y garante de la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

## **2. CONCEPCIONES DEL JUEZ Y DE LA JUDICATURA EN LOS MODELOS CLASICOS.**

### **2.1 El Juez en las concepciones del Estado Liberal revolucionario.**

Recurrimos a los textos de dos de los clásicos más renombrados, donde podemos encontrar los lineamientos básicos y estructurales de la clásica división de funciones que implica una sociedad democrática. Nos referimos a John Locke y a Montesquieu. Como señala Haberle, “los textos de los clásicos son un modo y una figura especialmente cercanos al ciudadano, por la cual éste puede conocer su Constitución. Una frase de Montesquieu o de J. Locke, o bien de Friedrich Schiller, sobre la división de poderes o la libertad, o de G.E. Lessing, sobre la tolerancia, comunican mejor al ciudadano su Constitución y le dan un fundamento más profundo que el que pueda proporcionarle un manual especializado, por importante que sea”<sup>1</sup>.

### **2.1.1 El pensamiento de John Locke.**

El pensamiento de Locke, parte por considerar que el ser humano en estado de naturaleza es libre. Puede adoptar las determinaciones que considere pertinentes sin estar sometido o subordinado a otro poder que no sea él mismo. Sin embargo, como este estado de naturaleza es común a todos los hombres, tanto su libertad, como sus posesiones, se ven en peligro por la falta de seguridad, ya que no existe un poder superior a ellos, al cual se someten para regular el ejercicio de la libertad individual.

El ser humano renuncia a ese estado de naturaleza, por las siguientes razones: A) Falta de una ley, conocida por todos, al cual se someten en aras de una convivencia pacífica. No es suficiente la ley natural, la cual puede ser dejada de lado cuando se trata de intereses particulares. B) Falta de un juez público e imparcial, que resuelva los conflictos derivados del incumplimiento de las leyes establecidas. C) Falta de un poder que de fuerza a las sentencias dictadas por los jueces, a efectos de que se ejecuten debidamente.

---

<sup>1</sup> HABERLE, Peter. “*El Estado Constitucional*”. Fondo Editorial de la PUCP y Universidad Autónoma de México. Lima-México. 2003. Pág. 48.

Por eso es que, los hombres renuncian a ese imperio individual y prefieren entrar en sociedad, sometiéndose a un Estado, donde existirán reglas que regulen la conducta de los seres humanos, que permitirá brindar seguridad a sus integrantes, protegiendo sus vidas, libertades y posesiones, lo que Locke denomina, propiedad.

Cuando entra en sociedad el ser humano, abandona el estado de naturaleza que le brindaba dos poderes: A) La absoluta libertad para desenvolverse, para ser reemplazado por las leyes que limitan su libertad, en aras de brindarle seguridad a él mismo, como al grupo humano. Esta regulación le compete a la función legislativa. B) Renuncia por completo al poder de castigar, y sus fuerzas son destinadas a la función ejecutiva, a efectos de lograr los objetivos comunes de los miembros, como la seguridad y la prosperidad, lo cual no sólo es necesario, sino justo, ya que todos los miembros hacen lo mismo.

#### **a) Del alcance del poder legislativo.**

El Poder legislativo se convierte en el primer poder del Estado, porque es el que está facultado para dictar las leyes que son necesarias para garantizar, a los hombres, el disfrute de sus propiedades en paz. Es el poder que debe preservar a la sociedad, por ello se convierte en el poder supremo del Estado. La ley se legitima en base al poder concedido, por la mayoría, a los elegidos como integrantes del poder legislativo.

Sin embargo, el poder que se concede al legislativo, no puede generar el uso arbitrario que perjudique los intereses y derechos de los ciudadanos. Este inmenso poder está limitado a procurar el bien público de la sociedad.

De otro lado, la autoridad legislativa no puede gobernar mediante decretos extemporáneos y arbitrarios, sino que debe administrar justicia, decidiendo sobre los derechos de los súbditos, guiándose por las leyes preestablecidas y

sirviéndose de jueces autorizados. No se puede gobernar sin leyes establecidas, porque ello puede propiciar un poder arbitrario y absoluto, colocando al hombre en una situación peor a la del estado de naturaleza.

Tampoco puede este poder supremo apoderarse de las propiedades de los hombres, sin su consentimiento, toda vez que la razón de los gobiernos es la preservación de la propiedad de los hombres. Es un error pensar que el poder legislativo pueda hacer lo que quiera, perjudicando los derechos de los miembros de la sociedad. El Estado, más bien, debe garantizar la propiedad de los ciudadanos.

El poder que se confiere al legislativo es intransferible. No se puede delegar esta facultad de dictar las leyes a otros hombres que no sean los elegidos por los ciudadanos.

#### **b) De la división y subordinación de los poderes del Estado.**

Se ha indicado que el Poder Legislativo concentra el gran poder de hacer las leyes que deben cumplir todos los ciudadanos. Este poder de dictar las leyes es incompatible con el poder de ejecutar las mismas, por ello se torna necesario que sean otros hombres los encargados de ejecutarlas. De esta manera, se evitan los conflictos de intereses que podrían producirse si es que los que dictan las leyes son, a su vez, los encargados de ejecutarlas. Surge, en consecuencia, el poder ejecutivo, como entidad separada del poder legislativo.

De la misma forma, señala Locke, existe otro poder que se encarga de la seguridad y de los asuntos exteriores, con respecto a los beneficios o daños que la comunidad pueda recibir desde fuera. Sin embargo, este poder es difícil concederlos a otras personas distintas del ejecutivo, porque para ambos se

requiere de la fuerza de la sociedad. Esta fuerza de la sociedad (fuerza pública) es una y no puede estar en distintas manos, porque ello ocasionaría el desorden<sup>2</sup>.

### **2.1.2 Montesquieu. “Del Espíritu de las Leyes”<sup>3</sup>.**

a) Montesquieu, considera que cada pueblo tiene las formas de gobierno y las leyes que son propias a su idiosincrasia y trayectoria histórica, y no existe un único parámetro desde el cual juzgar la bondad o maldad de sus cuerpos legislativos. A cada forma de gobierno le corresponden determinadas leyes, pero tanto, éstas como aquéllas, están determinadas por factores objetivos tales como el clima y las peculiaridades geográficas que, según él, intervienen tanto como los condicionantes históricos en la formación de las leyes. No obstante, teniendo en cuenta dichos factores, se puede tomar el conjunto del corpus legislativo y las formas de gobierno como indicadores de los grados de libertad a los que ha llegado un determinado pueblo.

El ideal político que defiende es el de la consecución de la máxima libertad aunada a la necesaria autoridad política. Rechaza abiertamente las formas de gobierno despóticas. Pero, para garantizarla al máximo, Montesquieu, considera que es imprescindible la separación de poderes. Muy influenciado por Locke, desarrolla la concepción liberal de éste, y además de considerar la necesidad de separar el poder ejecutivo del poder legislativo, piensa que también es preciso separar el poder judicial. Esta separación de los tres poderes ha sido asumida y aplicada por todos los gobiernos democráticos posteriores<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Nótese que en el pensamiento de Locke no se describe la existencia de la función de decidir las controversias como un poder del Estado, ni como una función independiente del Ejecutivo. Como veremos posteriormente, cuando revisemos el pensamiento de Montesquieu, le corresponde a él, el considerar la función jurisdiccional como independiente, autónoma, de las otras funciones del Estado.

<sup>3</sup> MONTESQUIEU. *“Del Espíritu de las Leyes”*. Editorial Tecnos. Madrid-España. 1987. Caps. II,VI y XI.

<sup>4</sup> MONTESQUIEU. *“Del Espíritu de las Leyes”*. Editorial Tecnos. Madrid-España. 1987. Pág. 14.

b) Concibe la existencia de tres gobiernos distintos, el republicano, el monárquico y el despótico. Cuando el pueblo entero es en la República dueño del poder soberano estamos ante una democracia, cuando está en manos de una parte se trata de una aristocracia. En un Estado despótico el poder se concentra en una sola persona; él es todo y los demás no son nada.

## **2.2 La función del juez en el common law.**

### **2.2.1. El Poder Judicial en los Estados Unidos y su acción sobre la sociedad política.**

La importancia de la función judicial en el sistema norteamericano es enorme y, el ejercicio de la misma, constituye un verdadero poder político. El poder del juez no tiene parangón en otro sistema. Los problemas sociales más trascendentes pasan por las decisiones de los jueces. Por ello se afirma con acierto, que el juez es uno de los primeros poderes políticos de dicho país<sup>5</sup>.

Entre las características destacadas a la función judicial, se señala las siguientes: (i) servir de árbitro, porque tiene lugar -y es condición indispensable- cuando existe un litigio; (ii) pronunciarse sobre casos particulares y no sobre principios generales, porque cuando un juez decide una cuestión particular destruye un principio general; (iii) no poder actuar más que cuando se acude a él, esto es, cuando se le somete una causa; porque la función judicial carece de acción, es decir, es necesario ponerla en movimiento para que actúe<sup>6</sup>.

Las características antes mencionadas han sido conservadas como notas distintivas de la función judicial. Sin embargo, la importancia de su relevancia radica en que los norteamericanos han reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones sobre la Constitución, antes que sobre las leyes. Es

---

<sup>5</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. *“La Democracia en América”*. Fondo de Cultura Económica. México. 1996. Pág. 106.

<sup>6</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. *“La Democracia en América”*. Fondo de Cultura Económica. México. 1996. Págs. 106-107.

decir, se faculta la posibilidad de inaplicar leyes que son inconstitucionales. Dicho reconocimiento descansa en el principio mismo de las constituciones norteamericanas.

Dicha potestad ha permitido que la función judicial tenga un inmenso poder político. Sin embargo, entendido en sus correctos términos, dicha potestad no permite “atacar” las leyes, sino a través de los medios judiciales y no en forma abstracta. De ocurrir esto último, se hubiera generado una continua censura al legislador, situación que podría degenerarse en un contexto de escena política. Por ello, cuando el juez “ataca” una ley, sólo tiene por objeto lesionar un interés individual y la ley es “herida” de manera referencial.

Tocqueville, cuando se refiere a la Constitución Federal de los Estados Unidos de Norteamérica, hace mención a ciertos aspectos concretos, así como hace una breve referencia a la historia de dicha Constitución y las atribuciones del gobierno federal.

Al tratar el tema de los Poderes Federales, menciona al Poder Legislativo, haciendo referencia a la división del cuerpo legislativo en dos ramas; las diferencias en la manera de conformar las dos cámaras; la manifestación del principio de la independencia de los Estados en la formación del Senado; el dogma de la soberanía nacional en la composición de la Cámara de Representantes; los efectos de dichos aspectos en la formación de la Constitución americana; y, algunas diferencias entre el Senado y la Cámara de Representantes.

Respecto de los Tribunales Federales, el autor pone de relieve la importancia política de la función judicial en los Estados Unidos; la organización de la función judicial estatal; la diferencia que existe entre las cortes de justicia americanas y otras que podemos conocer; la manera de fijar la competencia de

dichos tribunales; los diferentes casos de jurisdicción y las consecuencias de ello; la manera de proceder de los tribunales federales; el papel e importancia que juega la Suprema Corte entre los grandes poderes del Estado.

### **2.2.2 La judicial review en los Estados Unidos de Norteamérica.**

En este punto es pertinente destacar que la posición del juez en relación con el derecho aparece originariamente configurada, más que conforme a los resultados de una profunda investigación de teoría de la interpretación, en función de la evolución de la doctrina constitucional y de la distribución de poderes.

Con el célebre caso *Marbury v. Madison*, en 1803, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos inaugura la judicial review de la constitucionalidad. Cada juez, y ello incluye al Tribunal Supremo, juzga sobre la conformidad de las leyes, los precedentes y el derecho en general con la Constitución. Es la función máxima de la función jurisdiccional, lo que le otorga un poder inusitado, por encima de las otras funciones. El papel del juez y su relación con la ley hacen que, inevitablemente, aquél intervenga permanentemente en las cuestiones políticas, porque todo problema político se convierte en una controversia judicial. Sin embargo, todos los casos, sean constitucionales u ordinarios, obligan a que el juez haga un ejercicio de interpretación teniendo como referente la Constitución. Siendo así, el juez se coloca como un verdadero intérprete de los valores que la sociedad quiere privilegiar y que trasuntan la Constitución. La interpretación hace que las normas se flexibilicen en función a las realidades y a los valores, lo que abre camino a un papel creativo e integrador<sup>7</sup>.

## **3. EL JUEZ Y LA LEY EN EL CONSTITUCIONALISMO PRESENTE.**

### **3.1 Los nuevos roles que plantea el neoconstitucionalismo.**

---

<sup>7</sup> TARUFFO, Michele. "La Ley y el Juez en el Rule of law y en el Constitucionalismo Americano", en *"La Experiencia Jurisdiccional"*. Madrid-España. 1998. Págs. 91-92.

En el mundo jurídico europeo se está produciendo una gran transformación en el enfoque general del Derecho y la función social que éste debe cumplir. El cambio fundamental gira alrededor del cuestionamiento a lo que tradicionalmente se ha denominado Estado de Derecho. Esta es una noción que ha causado arraigo, que se prolonga hasta nuestros días, exitosa, porque implica el sometimiento del Estado al Derecho. Sin embargo, esta noción es muy amplia, se le puede dar - y de hecho así ha ocurrido - diversos contenidos. La realidad, que está circunscrita por intereses, se ha encargado de otorgar los más diversos contenidos, porque traduce finalmente la relación entre el poder y el Derecho.

Desde los contenidos más apreciables, donde rescatamos la lucha contra la arbitrariedad en busca de la seguridad jurídica, hasta aquellos que consideraron que se trataba de una mera concepción formal, al cual le podríamos otorgar contenidos deleznable. Algunos Estados totalitarios han reclamado para sí la noción de Estado de Derecho, porque formalmente, cada una de las funciones de Estado, cumplían con su deber, no importando los contenidos. No importaba tener un poder legislativo y judicial sometido a los dictados del poder<sup>8</sup>.

En la búsqueda de nuevas fórmulas, apreciamos un acercamiento del sistema jurídico europeo continental al sistema jurídico del common law. Quizás, la diferencia esencial entre ambos sistemas es el papel que corresponde tanto al legislador como al juez. La ley, que la dicta el legislador, ha sido considerada por el juez como algo acabado, que debe aplicarse a los casos de la realidad sin mayores interpretaciones. Esto generó una corriente en el campo jurídico de mucha fuerza, vigente aún en nuestro medio, como es el positivismo jurídico. Considerar la ley como un fin y no como una herramienta que el sistema pone en manos del operador para que le pueda dar el contenido adecuado para resolver el caso concreto. El argumento fundamental es que ello brinda seguridad jurídica, que elimina la posibilidad de la arbitrariedad del juzgador. La corriente exegética

---

<sup>8</sup> ZAGREBELSKI, Gustavo. "El Derecho dúctil". Ed. Trotta. Madrid-España. 1995. pág. 24.

de interpretación de las leyes se pone al servicio del positivismo. En este sentido, el papel del legislador cobra un papel preponderante. El hace la ley y el operador se limita a aplicarla, sin que exista posibilidad de ir en contra “del texto expreso”, porque incurriría en prevaricato, ilícito penal previsto en nuestra legislación, que limita severamente las posibilidades de Interpretación del juzgador.

Esta forma de entender el Derecho, el papel que juega el legislador y el juez, ha sido cuestionada por los europeos, generándose la nueva teoría denominada Constitucionalismo moderno o neoconstitucionalismo, que descubre nuevos roles en los actores del Derecho, cuestionando el tradicional Estado de Derecho, perfilando y prefiriendo el Estado Constitucional. En esta perspectiva, el poder se somete a la Constitución, no sólo a la ley, donde existen mayores dificultades de manipulación para los gobernantes de turno<sup>9</sup>.

La Constitución, como norma suprema de un Estado democrático, fija los contenidos a través de prescripciones de conducta, recogiendo los valores que la sociedad quiere privilegiar. El pacto social se traduce en opciones que las mayorías han determinado a través de la designación de una Asamblea Constituyente. Gobernantes, gobernados, legisladores, jueces y todos los que están relacionados con el quehacer jurídico deben responder a la Carta Suprema. Los legisladores, al dictar las leyes, no pueden contrariar caprichosamente los mandatos constitucionales, plasmados en derechos, principios y valores. Los jueces, cumplen la función excelsa de controlar la constitucionalidad de las leyes, en nuestro medio, a través del órgano concentrado del Tribunal Constitucional, y a través del control difuso, en el caso del Poder Judicial.

En el Estado Constitucional no sólo se cuestiona el positivismo decimonónico y la noción del llamado Estado de Derecho, sino también el principio de legalidad. Existen razones históricas de carácter universal, que tiene que ver

---

<sup>9</sup> GASCON ABELLAN, Marina. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *“La argumentación en el Derecho”*. Ed. Palestra. Lima-Perú. 2003. Pag. 21

con el papel de la ley en los sistemas legislativos. En efecto, con el advenimiento de la Revolución Francesa, opera un cambio importante en lo que se refiere a la administración del Estado. Recordemos que desde aquella época surge la concepción de los tres poderes del Estado, cobrando especial preeminencia el Poder Legislativo, esto es, el generador de las leyes.

El Estado Legislativo, hace que cobre especial relevancia el legislador, relegando a los operadores, quienes debían cumplir estrictamente lo señalado en las leyes. Así, el Juez se convierte en la “Boca de la Ley”, ni que decir del operador administrativo. Se parte de la desconfianza, justificada por razones históricas, de tal manera que el Juez para decir el derecho debía remitirse, necesaria y únicamente a la ley, siendo severamente reprimido cuando se apartaba del texto de la misma. Así se genera lo que en el siglo XIX se denominó el Estado de Derecho, esto es, un Estado que regulaba la conducta de los gobernantes y gobernados en función a la ley. Como señala ZAGREBELSKI, “El Estado de derecho y el principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión o, por lo menos, la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes del derecho”<sup>10</sup>.

Pero la ley, además, tenía el “privilegio” de encarnar la racionalidad del sistema político que los revolucionarios franceses intentaban plasmar, frente a la arbitrariedad del poder absoluto. La razón, entonces, no podía encontrarse en las decisiones de las cortes, ni menos de los tribunales administrativos, ya que ellos debían remitirse necesariamente a la ley, donde descansaba la razón.

Esta manera de ver el Derecho como instrumento que regula la conducta de los gobernantes y gobernados, comparativamente, significó un avance, frente a la arbitrariedad de los gobernantes de épocas anteriores. Sin embargo, terminó

---

<sup>10</sup> ZAGREBELSKI, Gustavo. “El Derecho dúctil”. Ed. Trotta. Madrid-España. 1995. pág. 24. Señala, el autor, además, que la ley expresa la idea de un acto normativo supremo e irresistible. El Estado liberal de Derecho se sustentaba en la primacía de la ley frente a la administración, la jurisdicción y a los propios ciudadanos. El principio de legalidad fue el sustento del Estado liberal de Derecho, que se convirtió en un Estado Legislativo.

privilegiando al legislador, con el argumento de que era el único legitimado socialmente para producir el derecho. Se identificó derecho y norma y la norma la dictaba el legislador con el poder político consiguiente<sup>11</sup>.

Pronto, sin embargo, el contenido de la ley fue llenado en función a los intereses políticos económicos de turno, y en el siglo XX surgieron gobiernos que pretendieron escudarse detrás de la concepción del Estado de Derecho, para justificar a través de la ley, acciones contrarias a la dignidad del ser humano. Bajo la formalidad de la ley se escondían intereses subalternos de los grupos dominantes. Pronto, se toma conciencia de ello y de la fragilidad de hacer descansar en la ley todo el peso del Derecho.

Precisamente, comienzan a redactarse las Constituciones, en las que no sólo se establecen las reglas de organización de un Estado, sino como la norma que protege los derechos fundamentales del ser humano. Del Estado de Derecho, pasamos hoy al Estado Constitucional, haciendo descansar en la Constitución, ley fundamental indiscutible, la referencia para la regulación de la relación entre gobernantes y gobernados<sup>12</sup>. Entiéndase que en una Constitución se recogen las instituciones que van a articular el ejercicio del poder pero, además, los valores preeminentes que una sociedad decide privilegiar, para poder construir una sociedad auténticamente democrática. De la misma forma, surge la justicia constitucional, orientando su labor, precisamente, a hacer valer la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico.

A partir de ello, se puede decir, que el control de legalidad, en realidad, ha devenido en un juicio de constitucionalidad. “La ley, anota Zagrebelski, por primera vez en la época moderna viene sometida a una relación de adecuación y, por

---

<sup>11</sup> NIETO, Alejandro. *“El arbitrio Judicial”*. Ed. Ariel S.A. Barcelona-España. 2000. Pág. 322

<sup>12</sup> PIETRO SANCHIS, Luis. *“Derechos Fundamentales y Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”*. Ed. Palestra. Lima-Perú. 2002. Págs. 121-122.

tanto, de subordinación a un estrato mas alto de derecho establecido por la constitución”.

¿Cuál es el papel del juez en un Estado Constitucional?. Evidentemente, no es el mismo papel que ha desempeñado en un tradicional estado de derecho. En un Estado Constitucional, cobra preponderancia su actuación. La norma no es un modelo acabado que se trasplanta a la realidad. La norma es una propuesta del legislador, cuyos contenidos tienen que ser acabados por el juzgador cuando la aplica a un caso concreto. En ese sentido, el actor principal en el derecho resulta siendo la función jurisdiccional y no la legislativa, el juez y no el legislador. Como lo ha señalado Fernando de Trazegnies, “El legislador ha muerto”<sup>13</sup>.

En el Estado de Derecho tradicional, la interpretación estaba totalmente restringida, bajo el entendimiento que era el gobierno de las leyes y no de los hombres. Lo más clamoroso, que lamentablemente persiste aún en nuestro sistema jurídico, es la exigencia que el juez se pronuncie en los casos que resuelve, sin apartarse del texto expreso de la norma, de lo contrario sufriría una sanción por prevaricato. Las normas se aplican en su sentido más estricto y mediante un simple análisis lógico. Dura lex sed lex. Preguntarse si con esta aplicación se hacía justicia, no estaba dentro de las responsabilidades del juzgador.

En un Estado constitucional, la interpretación es un tema esencial. Los métodos de interpretación en general son útiles para encontrar los argumentos que justifiquen una decisión. Ningún método es mejor que el otro. Todos los métodos son buenos si nos brindan los argumentos para justificar una decisión que debe ser razonable, socialmente aceptable y justa. La relación norma-caso es fundamental. La interpretación debe relacionar estos dos aspectos, la ley y el caso

---

<sup>13</sup> DE TRAZEGNIES, Fernando. “*Pensando Insolentemente*”. Fondo Editorial de la PUCP. Lima-Perú. 2001. Pág. 50. Una de las ideas centrales del distinguido autor peruano es que el Derecho no es algo acabado, que es permanente creación a través de la interpretación de las normas. El intérprete cobra papel importante porque completa la etapa final del proceso de la norma que no acaba con la propuesta del legislador, sino con la interpretación del operador del Derecho.

concreto, la ley y la realidad. Sólo la norma nos conduciría a teorizar sin mayor concreción con la realidad; sólo el caso, convertiríamos el derecho en un tema casuístico, sin parámetros definidos. La jurisprudencia debe ser la consecuencia del cotejo entre la norma y la realidad. Por ello se afirma que la manera natural de evolución del derecho es la jurisprudencia, evidentemente, cuando relaciona la ley con la realidad.

De otro lado, el caso no es una mera secuencia histórica de los hechos, sino que se trata de hechos que deben ser resueltos por el juzgador, y en estos casos hay que encontrarles un sentido y un valor, sólo así podemos encontrar una solución adecuada al caso.

### **3.2 Decisión judicial y argumentación jurídica.**

Como señalara Atienza, nadie duda que la práctica del Derecho, de manera fundamental, consiste en argumentar y todos solemos convenir en que la cualidad que mejor define, lo que se entiende por *un buen jurista*, tal vez sea la capacidad para idear y manejar argumentos con habilidad<sup>14</sup>.

De entrada diremos que las decisiones judiciales no siempre requirieron de una justificación (argumentación) que las sustente. Y esto determinado por las corrientes ideológico-jurídicas dominantes en cada etapa histórica de una determinada sociedad. Así tenemos que, por ejemplo las dos clásicas y antagónicas posiciones extremistas (ius naturalismo racionalista y el positivismo formalista) partían de la idea de la plenitud y perfección de sus fuentes y de la unidad de la solución justa.

El orden medieval basado en nociones de revelación y salvación, a la que le sucede una rigurosa y secularizada lógica cartesiana que tanto estimuló a los iusnaturalistas del siglo XVII para la elaboración de un pensamiento constructivo y sistemático, no fiduciario de voluntades inescrutables; iusnaturalistas que, a su

---

<sup>14</sup> ATIENZA, Manuel. *“Las Razones del Derecho”*. Ed. Palestra. Lima-Perú. 2004. Pág. 27.

vez, serían poco a poco desplazados por lo que se ha denominado generalización del paradigma newtoniano, anunciador de una razón menos especulativa y metafísica, más volcada a la acción y a la vida que es justamente una característica definitoria de la filosofía de la ilustración (Prieto Sanchis).

Seguido después por una corriente *voluntarista* que identificaba el derecho con la voluntad de una persona o de un órgano determinado. Quizás sea Hobbes, racionalista y al mismo tiempo precursor del positivismo, quien de forma más concluyente levanta el acta de la nueva realidad del Estado moderno. Pasando luego a los formalismos positivistas propugnados por las distintas escuelas (exegética, historicismo, jurisprudencia analítica) de Francia, Alemania e Inglaterra respectivamente.

Fue en el imperio del paradigma del formalismo positivista donde la actividad argumentativa se vio extremadamente limitada, ya que no cabía interpretación alguna de unos cuerpos legislativos que se consideraban perfectos y plenos (códigos). La interpretación era innecesaria, *ergo*, la argumentación inexistente, ya que el juez es la simple boca que pronuncia las palabras de la ley (juez irresponsable).

La reacción al formalismo, comienza a formarse a partir de la toma de conciencia de las insuficiencias de la lógica formalista aplicada al derecho, se reconoce en *Ihering* como el precursor de esta corriente, que devino después en la *jurisprudencia de intereses* de *Heck*, que propugnaba en la actividad jurisdiccional un compromiso más funcional con la realidad, y que buscó ubicarse en medio del positivismo más radical y del Derecho libre de *Gery*, que junto a algunas expresiones de los realismos americanos y escandinavos, constituyen las impugnaciones más radicales del logicismo jurídico.

Ahora bien, Junto a estas corrientes realistas y liberales - tachadas de irracionales – ya que la aplicación del derecho provendría más de impulsos volitivos que de operaciones lógicas - por los años 50 surgieron otros esfuerzos teóricos con la finalidad de conferir racionalidad al proceso de interpretación y aplicación del derecho, Surge así la *Topica de Theodor Wiehweg*, quien parte de la disyuntiva planteada por el filósofo *Nicolali Hartman* entre pensamiento sistemático y pensamiento problemático. El pensamiento problemático o también llamado *aporético* que arranca del problema, es decir, que se tenía que desarrollar un método que permitiera encontrar las premisas, éstas a su vez debían apoyarse en puntos de vista probados o prestigiosos (tópicos), Después tenemos a Chaim Perelman para quien la argumentación consiste en un ejercicio de retórica, esto es, una practica tendiente a captar la adhesión de algún auditorio<sup>15</sup>.

Cuando hablamos de argumentar, aludimos a una actividad que evidentemente no es privativa de los *juristas*, se argumenta en todos los ámbitos del quehacer humano, desde los más calificados hasta los más triviales y domésticos. *¿Qué es entonces lo que convierte a una argumentación en jurídica?* La respuesta a esta pregunta nos la da la *teoría estándar de la argumentación jurídica* propugnada principalmente por *Neil MacCormick* y por *Robert Alexy*. Esta teoría supondría un avance frente a sus predecesoras de los años 50, porque añaden la distinción proveniente de la filosofía de la ciencia, de un *contexto de descubrimiento* y de un *contexto de justificación* y la dualidad de la función justificatoria (interna – externa), y por tanto, la admisión de la lógica formal en el Derecho, siempre con las reservas que impone su insuficiencia en el razonamiento jurídico.

Las teorías estándar de la argumentación jurídica tienen lugar en contextos jurídicos. Pueden distinguirse tres: el primero de ellos es el de la *producción o establecimiento de normas jurídicas*. Aquí a su vez podrían distinguirse entre

---

<sup>15</sup> GASCON ABELLAN, Marina. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “*La argumentación en el Derecho*”. Ed. Palestra. Lima-Perú. 2003. Pag. 90

argumentos que se presentan en una fase *pre- legislativa* y las que se producen en la fase *legislativa*. Las primeras se efectúan como consecuencia de la aparición de un problema social cuya solución se piensa puede ser la adopción de una medida legislativa, ejemplo, la Penalización del aborto. Otro tipo de argumentaciones surgen cuando un problema pasa a consideración del parlamento o de algún órgano de la administración. Mientras que en la fase pre-legislativa puede considerarse que los argumentos tienen, por lo general, un carácter más *político y moral que jurídico*, en la fase legislativa los papeles se invierten, de manera que son las cuestiones de tipo *técnico jurídico* las que pasan a un primer plano. En todo caso, las teorías estándar de la argumentación jurídica no se ocupan prácticamente de ninguno de esos dos contextos de argumentación.

Un segundo campo en que se efectúan argumentos jurídicos es el de la *aplicación de normas jurídicas o el de la resolución de casos*. Finalmente, el tercer ámbito de argumentación sería el de la dogmática jurídica.

### **3.3 Contexto de descubrimiento y contexto de justificación.**

La motivación de las decisiones judiciales constituye uno de los elementos fundamentales de un Estado Democrático como conquista frente a las arbitrariedades que pudiera incurrir el intérprete juzgador. Ahora, motivar no es expresar móviles íntimos psicológicos. Por ejemplo, decir que Carla mató a Otelio motivado por los celos, los celos explican la acción asesina; pero no la justifican. Igualmente, a la teoría de la argumentación estándar no le interesan los motivos del juez para dictar una determinada sentencia (ideología, fobias, problemas personales, etc) cuanto las razones jurídicas que fundamentan esa sentencia.

Se entiende por razones jurídicas no sólo la exposición de razones fundadas en leyes positivas (textos escritos), sino también las sustentadas en principios constitucionales y en tests de *razonabilidad y proporcionalidad*. Vale decir, que no es suficiente que una decisión judicial esté ajustada a lo prescrito por

el texto de una ley para considerarse justificada y satisfactoriamente argumentada, sino que también deberá pasar el test de razonabilidad, bajo pena de ser tachada de irrazonable, ergo arbitraria, aunque ésta sea legalmente pulcra.

Cabe hablar de una justificación formal de los argumentos (cuando un argumento es formalmente correcto) y de una justificación material (cuando puede considerarse que un argumento, en un campo determinado, resulta aceptable o razonable).

### **3.4 Discrecionalidad judicial y decisión justa.**

#### **3.4.1 Discreción judicial y justicia en el Estado de Derecho legalista.**

Históricamente, en Europa el estado de derecho es la forma de estado que nace de la revolución francesa, cuyo objetivo había sido garantizar la libertad y la igualdad de los ciudadanos y acabar con los privilegios del clero y de la nobleza. El estado de derecho es una ideología jurídica y responde a la idea de un gobierno *sub leges y per leges*: el gobierno de la ley frente al gobierno de los hombres<sup>16</sup>. En esos tiempos, hablar de justicia equivalía a hablar de legalidad. Justa era la conducta conforme a ley e injusta la contraria.

La sumisión de la administración a la ley, se establece en términos de subordinación. La Administración sólo puede actuar previa habilitación legislativa, lo que significa que para ella rige el principio “todo lo que no esta permitido está prohibido” y el órgano jurisdiccional al ser considerado como un órgano más de esta administración, tuvo el mismo tratamiento. La administración de justicia en nombre del pueblo se transformó desde su inicio, para Francia, Europa Occidental y toda su zona de influencia, en una permanente sujeción de los jueces a los mandatos del ejecutivo o, en ocasiones, al legislativo. Situación surgida de un

---

<sup>16</sup> GASCON ABELLAN, Marina. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “La argumentación en el Derecho”. Ed. Palestra. Lima-Perú. 2003. Pag.

hecho elemental como el control del nombramiento de los jueces. Dado que en este acto no se reconoció un origen popular del juez, la condición marginal del juez lo condujo a convertirse en un funcionario público más y su labor pasó a ser una simple actividad administrativa<sup>17</sup>.

Es evidente que a un simple funcionario más de la administración no se le puede pedir que busque la justicia en sus decisiones, a lo sumo se le puede exigir que actué legalmente, de lo contrario, incurriría en responsabilidad en virtud al principio de libertad negativa (legalidad) que rige la actuación de la administración pública.

Los jueces sólo tienen una legitimidad de “técnica”, y esta vinculación a la ley, configuran la base de un modelo de juez que le es propio al Estado de Derecho legal. Se trata del *juez neutral*, sin ideología, *aséptico*, *apolítico*. Es la boca que pronuncia las palabras de la ley. Y así, garantizar la certeza y previsibilidad de las decisiones judiciales y la igualdad en la aplicación de la ley, se convierten en sus objetivos existenciales. Hablar de discrecionalidad en estas circunstancias era herético.

Pero sucede que, generalmente, los problemas fundamentales de toda interpretación textual nacen de la vaguedad y de la ambigüedad de los textos sujetos a la interpretación<sup>18</sup>. Generalmente, los documentos normativos son formulados no ya en un lenguaje artificial – en el que todos los términos y todos los conectivos sintácticos están rigurosamente definidos – sino en un lenguaje natural, y el lenguaje natural no está sujeto a reglas semánticas y sintácticas bien definidas. Los enunciados del lenguaje natural son, por lo tanto, fatalmente indeterminados.

---

<sup>17</sup> MONROY GALVEZ, Juan. “La Formación del Proceso Civil Peruano”. Ed. Palestra. Lima-Perú. 2004. Págs. 956-957.

<sup>18</sup> PIETRO SANCHIS, Luis. “*Derechos Fundamentales y Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*”. Ed. Palestra. Lima-Perú. 2002. Pág. 117.

Es así que se comienza a conceder al juez márgenes de interpretación, con una discrecionalidad que proviene de la misma naturaleza de la actividad interpretativa de los textos; pero, siempre dentro del principio de legalidad y tendente a buscar una mítica voluntad del legislador. El juez estaba vinculado al sistema jurídico legalista porque el derecho terminaba en la ley.

### **3.4.2 El poder del juez en el Estado Constitucional de Derecho. (La Constitución como límite del sistema).**

Históricamente, el Estado Constitucional de Derecho es la forma política que cuajó en el constitucionalismo anglosajón, que se fue expandiendo a los otros sistemas jurídicos, donde junto a la ley, existe una constitución democrática que establece auténticos límites jurídicos al poder, para la garantía de las libertades y los derechos de los individuos y que tiene por ello carácter normativo.

El Estado Constitucional es un estadio más de la idea de Estado de Derecho; o mejor, su culminación, si el Estado Legislativo de Derecho había supuesto la sumisión del juez a la ley, el Estado Constitucional de Derecho supone que éste y también el legislador vienen sometidos a derecho, en este caso, a la Constitución.

Es en este contexto donde las decisiones justas ya no se agotan en la correspondencia con el texto legal, sino –principalmente- con la correspondencia con los principios constitucionales. Es entonces que la vinculación del juez al sistema jurídico se extiende a algo más abstracto e impreciso, como son los principios, siendo éstos el límite de clausura del sistema.

Ahora bien: Michele Taruffo nos propone como criterios para la delimitación de una decisión justa los siguientes: a) La corrección de la elección y de la interpretación de la regla jurídica aplicable. b) comprobación fiable de los hechos

relevantes del caso y, c) empleo de un procedimiento válido y justo para llegar a la decisión<sup>19</sup>.

En realidad este es un criterio más que se podría utilizar para la delimitación de lo que es justo y de lo que no lo es; pero lo cierto es que en derecho, la formulación de criterios generales, son siempre relativos y contingentes. Sobre todo cuando se refiere al concepto de justicia, concepto que más pareciera corresponder a un sentimiento, a una idea que cada sujeto tiene y la comparte con su grupo social, al compartir con éste determinados valores y pautas de conducta existenciales básicos. Y al ser la justicia un sentimiento fundado sobre valores, entonces nos ubicamos en el ámbito del conocimiento de los objetos ideales. Objetos que son conocidos de manera intuitiva e inmediata como diría Descartes, y que se apreciaría en cada caso de manera peculiar.

Recasens Siches decía que todas las definiciones de la razón que hacían consistir lo esencial de ésta en ciertos modos particulares de operar en el intelecto, además de ser estrechas, la han esterilizado, y le han amputado su dimensión decisiva. Para mi es razón – decía Recasens Siches – en el verdadero y riguroso sentido, toda acción intelectual que nos pone en contacto con la realidad, por medio de la cual topamos con lo trascendente. Lo demás no es sino puro intelecto, mero juego casero y sin consecuencias, que primero divierte al hombre, luego lo estraga y, por fin lo desespera y le hace desperdiciarse a si mismo. Cada caso es diverso y por ello el derecho es esquivo a las generalizaciones, las sistematizaciones y los métodos de la ciencia<sup>20</sup>.

Lo cierto es que el advenimiento del Estado Constitucional, deja un amplio margen de discrecionalidad a los operadores del derecho para poder fundar sus decisiones de acuerdo a lo que consideren justo en cada caso. Siendo los casos

---

<sup>19</sup> TARUFFO, Michele. *“Cinco Lecciones Mexicana”*. Tribunal Electoral del Poder Judicial. Escuela Judicial Electoral. México. 2003. Pág. 162.

<sup>20</sup> RECASENS SICHES, Luis. *“Tratado General de Filosofía del Derecho”*. Ed. Porrúa S.A. México. 1965. Págs. 643-644.

denominados fáciles (casos de evidente injusteza de una posible decisión conforme con la ley) susceptibles de una ponderación a través de los tests de razonabilidad y proporcionalidad, para poder resolver de acuerdo con el sentir común de justicia. Siendo mayor aún la discrecionalidad en los casos llamados difíciles (casos donde cualquiera de las decisiones son controvertibles), ya que no estará el interprete vinculado a un sentir común de justicia.

### **3.5 Independencia judicial y argumentación jurídica.-**

Una de las expresiones concretas del Estado de Derecho es haber perfilado y definido la función jurisdiccional como independiente de las funciones legislativa y ejecutiva. De nada habría servido que la función de resolver los conflictos, quedara en manos de los que hacen las leyes o del ejecutivo que concentra la fuerza coercitiva. Por ello, la independencia no sólo es un valor, sino una garantía para los gobernados<sup>21</sup>.

Por otro lado, la independencia de los jueces tiene que plasmarse, concretamente en cada caso, cuando interpretan las normas. El juez boca de la ley no es precisamente la mejor demostración de la independencia del juzgador. Tiene que existir una suerte de valor agregado que el juzgador le otorga a la norma, al momento de resolver un caso.

La independencia judicial como garantía, va a depender de un conjunto de factores jurídico políticos, aún tratándose de los Estados democráticos. No basta decir, en abstracto, que la función judicial es independiente, sino que ello tiene que traducirse en el plano de las realidades, fundamentalmente, en las decisiones que adopten los jueces en los casos concretos.

---

<sup>21</sup> DIEZ PICASSO, Luis María. "Sobre la Independencia Judicial. Notas de Derecho Comparado". En: *"LA Protección Jurídica del Ciudadano. Estudios en Homenaje al profesor Jesús González Pérez"*. Ed. Civitas. Madrid-España. Pág. 161.

En el Common Law anglosajón, se configuró la independencia judicial luego de arduas e históricas batallas. A la actualidad, la expresión de dicha independencia está dada en la inamovilidad y no responsabilidad del juez, y a la libertad para tomar determinaciones cotejándolas con los precedentes judiciales. Los jueces, una vez elegidos, no pueden ser removidos, salvo por resolución de ambas Cámaras del Parlamento, lo que constituye un verdadero juicio político. Por otro lado, no son responsables por las decisiones que adopten en los procesos en los que intervienen. En el caso de los Estados Unidos de Norteamérica, estas garantías que tienen los jueces están constitucionalizadas. Si bien, son aspectos institucionales que brindan un marco para la actuación de los jueces, son aspectos importantes porque garantizan la actuación independiente de los jueces norteamericanos<sup>22</sup>.

En el caso de los jueces de Europa continental, en relación al tema de la independencia, existen razones históricas que la diferencian de Inglaterra. La preponderancia del legislador fue determinante. No sólo se prohibía a los jueces interpretar las leyes, sino se le prohibía todo tipo de fiscalización a las otras funciones del Estado. Evidentemente, se perfiló un juez distinto al anglosajón. La selección y el nombramiento de los jueces se realizaban a través del Poder Ejecutivo. Se estableció la carrera judicial, apareciendo la figura del juez-funcionario. El Juez no es un profesional experimentado y prestigioso que, como culminación de su carrera, es llamado a la judicatura, sino un abogado que aspira a hacer carrera a través de los distintos escalones de la función. En este sistema, que también es el que impera en Latinoamérica, los problemas centrales en torno al tema de la independencia judicial son: el ingreso a la judicatura, la inamovilidad en el cargo, la responsabilidad por sus actos, entre otros<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> DIEZ PICASSO, Luis María. "Sobre la Independencia Judicial. Notas de Derecho Comparado". En: *LA Protección Jurídica del Ciudadano. Estudios en Homenaje al profesor Jesús González Pérez*. Ed. Civitas. Madrid-España. Págs. 164-165

<sup>23</sup> DIEZ PICASSO, Luis María. "Sobre la Independencia Judicial. Notas de Derecho Comparado". En: *LA Protección Jurídica del Ciudadano. Estudios en Homenaje al profesor Jesús González Pérez*. Ed. Civitas. Madrid-España. Págs. 168-175

En el sistema jurídico peruano se han dado avances en el sistema de elección de los magistrados, aún cuando es necesario insistir en su perfeccionamiento, tanto en lo que se refiere a su conformación, como al sistema de evaluación y designación de los magistrados. En cuanto al tema de la inamovilidad en el cargo, es una verdadera espada de Damocles la que sufren los jueces, no sólo por los procesos de ratificación que, en nuestro concepto, son inconstitucionales, sino al incipiente e inconsistente sistema democrático, que es permanentemente interrumpido abruptamente y siempre utilizando como pretexto la situación de ineficacia y corrupción del Poder Judicial.

Además de los temas indicados, que giran alrededor del tema de la independencia, hemos señalado que ésta se expresa concretamente en las decisiones judiciales, es decir, la imparcialidad con que debe proceder el juez. Sin embargo, esta imparcialidad es imposible plasmarla si no se toma conciencia de lo que realmente realiza el juez al momento de dictar una sentencia, esto es, argumentar. Cuando el juez motiva una decisión, debe argumentar y ello implica explicar y, fundamentalmente, justificar. Existen razones explicativas y razones justificativas y estas últimas –quizás- sean las más importantes en el campo del derecho.

Una de las expresiones reales de auténtica independencia es cuando el juez resuelve, a diferencia de los demás actores del derecho que no necesariamente deben responder a este valor. El tema es si el juez debe resolver de acuerdo a lo que le señala expresamente la ley (gobierno de las leyes) o si la interpretación debe pasar por un proceso de validación y de cotejo con los valores imperantes en una colectividad que han sido recogidos por la normatividad, especialmente, la Constitución Política del Estado (gobierno de los hombres). La idea del gobierno de las leyes, lleva consigo la predominancia del legislador frente a los demás operadores, incluyendo al Juez. Sin embargo, las leyes siempre generan dos o más opciones de solución, debiendo el juez escoger como producto

de su razonamiento jurídico, la solución más razonable, socialmente aceptable y justa.

En consecuencia, los deberes de independencia e imparcialidad constituyen deberes del juez y son las características más saltantes de un Estado de Derecho. El Juez debe resolver conforme a los elementos que le brinda el Derecho. Es una garantía que los ciudadanos sean juzgados desde las perspectivas del Derecho. La norma, sin embargo, no es el único elemento del Derecho; están los valores, la vida humana, traducida en las realidades sociales, económicas y culturales. Ya no es concebible un juez mero aplicador de la ley. Un juez boca de la ley pertenece al pasado. Para el Juez actual, su independencia e imparcialidad se traduce en la exigencia de racionalidad de las decisiones, y ello está vinculado a la argumentación jurídica. Una decisión razonable es una decisión que contiene argumentos que la justifican, donde encontraremos razones expresadas con logicidad.

#### **4. CONCLUSIONES**

**a)** Los lineamientos básicos y estructurales de la clásica división de funciones que implica una sociedad democrática, fueron pensados y expuestos por John Locke y Montesquieu. El primero, considera que el poder legislativo es el más importante porque es el que dicta las leyes, a las que deben someterse todos los integrantes de una colectividad. Sin embargo, es conciente que el que dicta las leyes no puede ser el que las aplique, por lo que necesario que sean otras personas que lo hagan, generándose el poder ejecutivo.

**b)** Montesquieu desarrolla las ideas de Locke, quien sólo había considerado el Poder Legislativo y el Ejecutivo, siendo que a éste último se le concedía la facultad de resolver los conflictos de intereses. Considera la necesidad de separar el poder ejecutivo del poder legislativo, piensa que también

**c)** Tanto Locke, como Montesquieu, otorgan preponderancia al Poder Legislativo, por su origen en la votación popular, y por encarnar la racionalidad del sistema en el dictado de las leyes. Tanto la administración como la función jurisdiccional se someten a las leyes. Los jueces son seres inanimados y se convierten en la “boca de la ley”, restringiéndose totalmente la posibilidades discrecionales.

**d)** La importancia de la función judicial en el sistema norteamericano es enorme y, el ejercicio de la misma, constituye un verdadero poder político. El poder del juez no tiene parangón en otro sistema. Los problemas sociales más trascendentes pasan por las decisiones de los jueces. Por ello se afirma con acierto, que el juez es uno de los primeros poderes políticos de dicho país.

**e)** Los norteamericanos han reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones en la Constitución, antes que sobre las leyes. Es decir, se faculta la posibilidad de inaplicar leyes que son inconstitucionales. Sin embargo, entendido en sus correctos términos, dicha potestad no permite “atacar” las leyes, sino a través de los medios judiciales y no en forma abstracta. Por ello, cuando el juez “ataca” una ley, sólo tiene por objeto lesionar un interés individual y la ley es “herida” de manera referencial.

**f)** La revisión de la constitucionalidad de las leyes es la función máxima de la función jurisdiccional, lo que le otorga un poder inusitado, por encima de las otras funciones. El papel del juez y su relación con la ley hacen que, inevitablemente, aquél intervenga permanentemente en las cuestiones políticas, porque todo problema político se convierte en una controversia judicial. Sin embargo, todos los casos, sean constitucionales u ordinarios, obligan a que el juez haga un ejercicio de interpretación teniendo como referente la Constitución.

**g)** En el mundo jurídico europeo se está produciendo una gran transformación en el enfoque general del Derecho y la función social que éste debe cumplir. El cambio fundamental gira alrededor del cuestionamiento a lo que tradicionalmente se ha denominado Estado de Derecho. Esta es una noción que ha causado arraigo, que se prolonga hasta nuestros días, exitosa, porque implica el sometimiento del Estado al Derecho. Sin embargo, esta noción es muy amplia, se le puede dar –y de hecho así ha ocurrido- diversos contenidos. La realidad, que está circunscrita por intereses, se ha encargado de otorgar los más diversos contenidos, porque traduce finalmente la relación entre el poder y el Derecho.

**h)** Se está produciendo un acercamiento del sistema jurídico europeo continental al sistema jurídico del Common Law. Quizás, la diferencia esencial entre ambos sistemas es el papel que corresponde tanto al legislador como al juez. La ley, que la dicta el legislador, ha sido considerada por el juez como algo acabado, que debe aplicarse a los casos de la realidad sin mayores interpretaciones. Esto generó una corriente en el campo jurídico de mucha fuerza, vigente aún en nuestro medio, como es el positivismo jurídico. El argumento fundamental es que ello brinda seguridad jurídica, que elimina la posibilidad de la arbitrariedad del juzgador. La corriente exegética de interpretación de las leyes se pone al servicio del positivismo. En este sentido, el papel del legislador cobra un papel preponderante. El hace la ley y el operador se limita a aplicarla, sin que exista posibilidad de ir en contra “del texto expreso”, porque incurriría en prevaricato, ilícito penal previsto en nuestra legislación, que limita severamente las posibilidades de Interpretación del juzgador.

**i)** Esta forma de entender el Derecho, el papel que juega el legislador y el juez, ha sido cuestionada por los europeos, generándose una nueva teoría denominada Constitucionalismo moderno o neoconstitucionalismo, que descubre nuevos roles en los actores del Derecho, cuestionando el tradicional Estado de Derecho, perfilando y prefiriendo el Estado Constitucional. En esta perspectiva, el poder se somete a la Constitución, no sólo a la ley, donde existen mayores dificultades de manipulación para los gobernantes de turno.

**j)** En un Estado constitucional, la interpretación es un tema esencial. Los métodos de interpretación, en general, son útiles para encontrar los argumentos que justifiquen una decisión. Ningún método es mejor que el otro. Todos los métodos son buenos si nos brindan los argumentos para justificar una decisión que debe ser razonable, socialmente aceptable y justa. La relación norma-caso es fundamental. La interpretación debe relacionar estos dos aspectos, la ley y el caso concreto, la ley y la realidad.

**k)** Fue en el imperio del paradigma del formalismo positivista donde la actividad argumentativa fue extremadamente limitada, ya que no cabía interpretación alguna de unos cuerpos legislativos que se consideraban perfectos y plenos (Códigos). La interpretación era innecesaria, ergo, la argumentación inexistente, ya que el juez era la boca que pronuncia las palabras de la ley (juez irresponsable). La reacción al formalismo, comienza a manifestarse a partir de la toma de conciencia de las insuficiencias de la lógica formalista aplicada al derecho. Se reconoce a *Ihering* como el precursor de esta corriente, que devino después en la *jurisprudencia de intereses* de *Heck*, que propugnaba en la actividad jurisdiccional un compromiso más funcional con la realidad.

**l)** La sumisión de la administración a la ley, se establece en términos de subordinación. La Administración sólo puede actuar previa habilitación legislativa, lo que significa que para ella rige el principio “todo lo que no esta permitido está prohibido” y el órgano jurisdiccional al ser considerado como un

**m)** El Estado Constitucional es un estadio más de la idea de Estado de Derecho, o mejor, su culminación; si el Estado Legislativo de Derecho había supuesto la sumisión del juez a la ley, el Estado Constitucional de Derecho supone que éste y también el legislador vienen sometidos a Derecho, en este caso, a la Constitución. Es en este contexto donde las decisiones justas ya no se agotan en la correspondencia con el texto legal, sino –principalmente- con la correspondencia con los principios constitucionales. Es entonces que la vinculación del juez al sistema jurídico se extiende a algo más abstracto e impreciso, como son los principios, siendo éstos el límite de clausura del sistema.

**n)** La independencia de los jueces tiene que plasmarse, concretamente en cada caso, cuando interpretan las normas. El juez boca de la ley no es precisamente la mejor demostración de la independencia del juzgador. Tiene que existir una suerte de valor agregado que el juzgador le otorga a la norma, al momento de resolver un caso.

**o)** La independencia judicial como garantía, va a depender de un conjunto de factores jurídico políticos, aún tratándose de los Estados democráticos. No basta decir en abstracto que la función judicial es independiente, sino que ello tiene que traducirse en el plano de las realidades, fundamentalmente, en las decisiones que adopten los jueces en los casos concretos.

**p)** La independencia e imparcialidad constituyen deberes del juez y son las características más saltantes de un Estado de Derecho. El Juez debe resolver conforme a los elementos que le brinda el Derecho. Es una garantía que los ciudadanos sean juzgados desde las perspectivas del Derecho. La norma, sin embargo, no es el único elemento del Derecho; están los valores, la vida humana, traducida en las realidades sociales, económicas y culturales. Ya no es concebible un juez mero aplicador de la ley. Un juez boca de la ley pertenece al pasado. Para el Juez actual, su independencia e imparcialidad se traduce en la exigencia de racionalidad de las decisiones, y ello está vinculado a la argumentación jurídica. Una decisión razonable es una decisión que contiene argumentos que la justifican, donde encontraremos razones expresadas con logicidad.

**q)** Todo Estado democrático se sustenta en la división de funciones. Una de dichas funciones es la jurisdiccional, cuya finalidad es resolver los conflictos que se suscitan entre los miembros de una colectividad. Toda constitución moderna nos ofrece un diseño de la organización judicial, que debe ir acompañado por un conjunto de garantías que se brinde al justiciable para que en la definición de las controversias se obtenga una decisión justa. El objetivo es que la función jurisdiccional en general y, específicamente, los mecanismos de solución de conflictos, brinden un mínimo de garantías a los justiciables y, en el caso de la solución de conflictos masivos, el proceso se convierta en un mecanismo eficaz y justo.

**r)** El garantismo procesal debe ser la base que sustenta los derechos fundamentales. Lo ideal es que el sistema brinde las suficientes garantías a los justiciables que hacen uso del servicio de justicia, pero, además, que los resultados sean eficaces. Indudablemente, no será suficiente el enunciado normativo, sino que se objetiven en la realidad, en cada caso concreto. Que se lleve a cabo un proceso justo, esto es, en el menor tiempo posible y con el menor gasto y, además, un resultado concreto justo.

## 5. BIBLIOGRAFIA

- a) **AGUILÓ, Joseph.** “*La Constitución del Estado Constitucional*”. Ed. Palestra y Temis. Lima-Bogotá. 2004.
- b) **ATIENZA, Manuel.** “*Tras la Justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento Jurídico*”. Barcelona-España. 1997.
- c) **ATIENZA, Manuel.** “*Las razones del Derecho*”. Ed. Palestra. Lima-Perú. 2004.
- d) **CASTILLO ALVA, José Luis, LUJAN TUPEZ, Manuel, ZAVALETA RODRIGUEZ, Roger.** “*Razonamiento Judicial*”. Ed. Gaceta Jurídica. Lima-Perú. 2004.
- e) **DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando.** “*Pensando Insolentemente*”. Fondo Editorial de la PUCP. Lima-Perú. 2001
- f) **DIEZ- PICAZO, Luis María.** “Sobre la independencia judicial: Notas de Derecho comparado”. En “*La protección jurídica del ciudadano*”. Estudios en Homenaje al profesor Jesús González Pérez. T.I. Madrid. Editorial Civitas.
- g) **FERRAJOLI, Luigi.** “*¿Qué Juez?. Las Garantías orgánicas*”. En Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Madrid. Editorial. Trotta. 1998.
- h) **GASCON ABELLAN, Marina. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso.** “*La argumentación en el Derecho*”. Ed. Palestra. Lima-Perú. 2003.
- i) **GONZALES GRANDA, Piedad.** “*Independencia del juez y control de su actividad*”. Valencia. Tirant lo Branch. 1993.
- j) **HABERLE, Peter.** “*El Estado Constitucional*”. Fondo Editorial de la PUCP y Universidad Nacional Autónoma de México. Lima-México. 2003.
- k) **HART, Herbert.** “*El concepto de Derecho*”. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires- Argentina. 1963
- l) **KELSEN, Hans.** “*Teoría Pura del Derecho*”. Editorial EUDEBA. Buenos Aires- Argentina. 1982.
- m) **LOCKE, John.** “*Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*”. Traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo, Madrid. Alianza Editorial. 1990.

- n) **MONROY GALVEZ, Juan.** *“La Formación del Proceso Civil Peruano”*. Ed. Palestra. Lima-Perú. 2004.
- o) **MONTESQUIEU.** *“Del espíritu de las leyes”*. Editorial Tecnos. Madrid-España. 1987.
- p) **MORELLO, Augusto.** *“El Proceso Justo”*. Caps. I- II- XXXI y XXXII. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires-Argentina. 1994.
- q) **PERELMAN, Chaim.** *“El Imperio Retórico”*. Ed. Grupo Editorial Norma. Bogotá-Colombia. 1997.
- r) **PRIETO SANCHIS, Luis.** *“Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico”*. Madrid: Centro de estudios constitucionales. 1992.
- s) **PRIETO SANCHIS, Luis.** *“Derechos fundamentales y neoconstitucionalismo y ponderación judicial”*. Editorial Palestra. Perú. 2002.
- t) **PRIETO SANCHIS, Luis.** *“Interpretación Jurídica y creación judicial del Derecho”*. Editorial Palestra y Temis. Lima y Bogotá. 2005.
- v) **RECASENS SICHES, Luis.** *“Tratado General de Filosofía del Derecho”*. Ed. Porrúa S.A. México. 1983.
- w) **TOCQUEVILLE, Alexis de.** *“La democracia en América”*. México. Fondo de Cultura Económica. 1996.
- x) **ZAGREBELSKY, Gustavo.** *“El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia”*. Madrid. Editorial Trotta. 1995.