

¿Qué Hacen los Jueces Cuando Juzgan?

Carlos María Carcova

Professor de Filosofia da Universidad de Buenos Aires, Argentina. Doutor.

SUMÁRIO

I – Cossio y el “conocimiento de protagonista”;

II – Kelsen: entre conocimiento y voluntad;

III – Hart y las incertidumbres del lenguaje;

IV – Dworkin y el juez Hércules;

V – La Teoría Crítica del Derecho. El discurso y la cuestión del sentido;

VI – Final;

Citas bibliográficas.

La pregunta del título es, claro está, puramente retórica. No tiene una única respuesta o las disponibles son múltiples y ambiguas. Los jueces cuando juzgan hacen muchísimas cosas al mismo tiempo. Ponen en juego todo lo aprendido, conceptual o experiencialmente. Conocen, interpretan, valoran, deslindan, estipulan y, además, dudan. Como la suya es una tarea humana, resulta fatalmente incierta y compleja.

A pesar de ello, los juristas actualmente, han alcanzado algunos recuerdos acerca de la naturaleza de dicha tarea. El papel que tradicionalmente habían signado al juez como *la voz de la ley*, ese papel pasivo, meramente cognitivo, ha sido ya superado. Predominan en cambio, otros enfoques. En ellos, la actividad jurisdiccional se piensa como una función constitutiva del sentido con el que el discurso del Derecho se despliega y se materializa. Con matices, aunque no menores, esto sostienen kelsenianos, egológicos, realistas, buena parte de los jusnaturalistas, críticas y otras variadas tribus teóricas.

Sin embargo, detrás del debate entre estas corrientes y el formalismo extremo, hay un arduo problema de tipo epistemoló-

gico. ¿La actividad jurisdiccional está fundamentalmente determinada por parámetros puramente lógico-metodológicos o, al contrario, resultan más significativos en su desarrollo aspectos empíricos, vinculados con la realidad social y los sistemas de valores; aspectos que muestran a un juez situado, es decir, a un juez en el mundo, que ha abandonado la torre de cristal y que, por lo tanto, resulta atravesado por todas las problemáticas que lo definen, primero como ser humano y luego como ser social, en un tiempo y lugar determinados?

Intentar algunas respuestas para pregunta tan compleja, demanda un repaso de las discusiones relevantes de los últimos años que, en el marco de estas notas, resultará necesariamente esquemático y reductivo. De todos modos, puede que sea útil para atisbar la riqueza y profundidad de tales discusiones.

1. Cossio y el “conocimiento de protagonista”

En este sentido, CARLOS COSSIO resulta una referencia insoslayable. No solo porque enfatizó como pocos el tema de la hermenéutica jurídica, sino también porque tematizó el rol constitutivo de la función judicial, con notable anticipación teórica, bajo el concepto de *pragtognosis* o conocimiento de protagonista, articulista categorías que provenían de la fenomenología y el existencialismo, con un profundo y acabado conocimiento de la experiencia judicial, a la que siempre puso en el núcleo de su reflexión.

COSSIO (1967) clasificaba a los métodos de interpretación del derecho en

dos grandes grupos. En el primero, ubicaba a todos aquellos que pretendían establecer un único, definido y “verdadero” sentido de la o las normas objeto de análisis. Aunque representaron distintos criterios eurísticos (gramaticales, exegético, dogmáticos, fenomenológicos, etc.), compartieron un mismo concepto: el derecho tenía una sola lectura adecuada y era intelectualmente posible establecerla. Por eso, nuestro autor denominaba a estas corrientes como “intelectualistas”. En el segundo grupo, incluía a la llamada *Escuela del Derecho Libre* y a la *Teoría Pura del Derecho* de KELSEN, aunque su propia concepción egológica y la del realismo americano y escandinavo, debían también integrarlo. Caracterizaba a las tesis de este segundo grupo como “voluntaristas”. En el primer subgrupo, un voluntarismo amorfo que sostenía la idea de que era el juez el que dotaba de sentido a la norma, mediante un acto de voluntad no sometido a limitación alguna. En el segundo, un voluntarismo estructurado (KELSEN), que enseñaba que todo acto de creación de norma era un acto de aplicación y todo acto de aplicación uno de creación, de modo que conocimiento y voluntad concurrían a fin de determinar aquel sentido. Estos puntos de vista, en opinión de COSSIO, constituyen saludables rupturas epistemológicas en la teoría de la interpretación en particular y en la teoría del derecho en general.

En éste, como en tanto otros aspectos, Cossio lució una inteligencia aguda, una información poco común y una prospectiva científica que le permitió plantear o insinuar problemáticas, que la doctrina vino a debatir recién varias décadas más tarde. por ejemplo,

las cuestiones que articulan política y derecho o ideología y derecho. En *"Crítica de la jurisprudencia dogmática como crítica en nuestra época"*, (1962), influenciado por los ricos debates de época del marxismo, sostiene una tesis tan interesante como provocativa. Dice que, en realidad, la cuestión de los métodos de interpretación no es más que un invento de la burguesía. Dicha cuestión aparece con el advertimiento de "la ley" como tecnología de regulación social. Es decir, cuando se acaba el mundo feudal, al que correspondió el derecho de los *pacta*, el derecho estatutario y las relaciones jurídicas pasan a ser regidas mediante leyes, esto es, mediante mecanismos que universalizan el sentido de las normas vigentes y los criterios relativos a su aplicación por órganos especializados. Es entonces, cuando se torna imprescindible prever aquel sentido y estos criterios, porque tal es la demanda del nuevo modo de producción que reemplaza al feudalismo: previsión que neutralice el riesgo, facilitando la inversión. Es entonces, cuando resulta imprescindible la inteligencia unívoca de la ley. En consecuencia, el debate pretensamente científico acerca de los métodos, estaba impregnado más por una preocupación de naturaleza ideológica-política, que por una cuestión vinculada con el conocimiento. COSSIO sostiene que, cuando los burgueses hacen su revolución, toman la Bastilla y comienzan la tarea de transformar la sociedad estamental, deben de convivir largo tiempo con los jueces del Ancien Régime. Como el poder político de la burguesía revolucionaria se dondesa en el Parlamento y los jueces no son ideológicamente confiables, se "inventa" la exégesis, a través de la cual el recto sentido de la norma debe buscarse en la voluntad del legislador.

En el Parlamento, o sea en el lugar de elaboración programática donde se construye el nuevo derecho para la nueva sociedad y, correlativamente, el sentido con el que debe ser finalmente aplicado.

La exégesis es un método de naturaleza pesicológica, bastante endeble, que con el tiempo exhibió sus notorias limitaciones (en un cuerpo colectivo no hay una única voluntad; qué papel cumple la voluntad de la minoría; cómo evitar la esclerosis normativa); ¿porqué, entonces, buscar la voluntad del legislador? Porque es allí, en el Parlamento, donde están condensados los núcleos ideológicos del proyecto hegemónico.

Agrega COSSIO en su análisis, ¿por qué los ingleses recomendaron un método diferente, el de la búsqueda del precedente? En realidad, porque habían hecho su revolución cien años antes, cuando Oliverio Cuonmwell consigue que ruede en el cadalso la cabeza da CARLOS I de Estuardo. El precedente en cuestión es el que se gesta en el breve pero definitivo período durante el cual, con el triunfo de los "cabeza chata", la burguesía gana su lugar en el Parlamento para no abandonarlo ya, nunca más.

Mientras tanto, en Alemania, no había ocurrido ninguna revolución y, por lo tanto, la burguesía no había ganado el Parlamento, ni la administración del Estado, pero sí, en cambio, la Universidad. Los profesores de la Universidad provenían da la burguesía; aquí la receta del modelo interpretativo (ex-cathedra) era: *"Hay que interpretar la ley como la doctrina dice que hay que interpretar la ley"*, doctrina que era producida, claro está, por los profesores de Derecho.

Las críticas observaciones de COSSIO, ponen de manifiesto que toda construcción teórica acerca del Derecho, mantiene siempre vínculos insoslayables con la problemática social general. Es decir, con la problemática de circulación de la ideología, de construcción del discurso político, de legitimación y reconducción de las estructuras de poder. Conclusión ésta a la que importantes sectores de la teoría jurídica (comunitaristas, neo-contractualistas, críticos, etc) arriban recién a mediados de los 70 y desarrollan, no pacíficamente, desde entonces hasta la actualidad.

2. Kelsen: entre conocimiento y voluntad

Mencionemos reductiva y esquemáticamente, por más conocidas, las posturas de KELSEN sobre el tema que nos ocupa. Como ya se adelantó, el gran jurista del siglo XX, criticó las tesis que se inspiraban en la doctrina de Montesquieu y propuso entender la actividad interpretativa del juez, como un acto complejo en el que se conjugaban conocimiento y voluntad, creación y aplicación de la ley. Pensó la norma como un marco abierto de posibilidades. El juez conoce la multiplicidad de opciones que ella le brinda para dar contenido a su sentencia y crea una solución ad hoc, cuando escoge una de tales opciones. En nuestra legislación penal, el homicidio simple tiene una pena de 8 a 25 años de prisión entre 8 y 25 años, existen 50.000 posibilidades diversas de condena: 8 años y un día, 8 y dos días..... Hay creación judicial cuando se escoge una determinada de esas 50.000 posibilidades. Solo dos actos quedan excluidos de este carácter complejo.

El primero, de pura creación, es la hipótesis cognitiva o la ficción, que él llamó "Grün-norm" o Norma Fundamental. Creación epistémica del jurista a partir de la cual es posible, según KELSEN, dotar de unidad a un sistema de normas, pudiendo así diferenciarlo de otros y, al mismo tiempo, derivar de ese punto de partida el principio general de validez del orden. El segundo, de pura aplicación, es el acto a través del cual la sentencia se ejecuta por medio de un órgano especializado.

El autor postula la plenitud del orden, al concebirlo como un conjunto finito de prohibiciones más una norma de clausura (todo lo que no está prohibido está permitido). De este modo puede afirmarse que todo acto humano resulta, necesariamente, capturado por la ley, modalizado deónticamente, como prohibido o como permitido. Resultan así eliminadas las lagunas del derecho. Siempre podrá encontrarse alguna solución. La idea de laguna no refleja sino la discrepancia del interprete con la solución ofrecida normativamente. La teoría de las lagunas, sostiene KELSEN, procuró convencer a los jueces de que contaban con manos poder del que efectivamente tenían, haciéndoles creer que solo creaban derecho en casos excepcionales cuando, en realidad, lo hacían permanentemente.

Estas y otras tesis de la Teoría Pura adquirieron una enorme influencia y aunque en algunos aspectos han sido refutadas, no cabe dudas que acierta JUAN RAMÓN CAPELLA cuando afirma que, si en la actualidad podemos apreciar un horizonte más lejano que el su autor describió es, entre otras cosas, porque lo hacemos parados sobre sus hombros.

3. Hart y las incertidumbres del language

Dentro de la corriente del positivismo jurídico ha sido también relevante, el aporte de HERBERT L. A. HART (1963), autor que incorpora las elaboraciones de la filosofía analítica a la teoría del derecho. Fundamentalmente se inspira en J. L. AUSTIN que fue su colega en Oxford y en L. WITTGENSTEIN, el notable filósofo que, contemporáneamente, enseñaba en Cambridge. Como es conocido, GENARO CARRIÓ no solo tradujo la obra de Hart al español sino que se constituyó en uno de sus más respetados y brillantes divulgadores.

Los problemas fundamentales que ocupan a Hart son: a) la relación derecho/coerción; b) la relación derecho/moral y c) la relación derecho/reglas, cuestión esta última en la que realiza sus más innovativos estudios. En todos esos aspectos matiza las tesis Kelsenianas, cuando no toma abierta distancia respecto de ellas. A la tajante cesura entre derecho y moral sostenida por el pensador austríaco, opone la idea de que el derecho contiene un *mínimum* moral inderegable (1962). Se detiene en el análisis de las reglas desde la perspectiva de los lenguajes naturales, aunque no piensa estos últimos como mera colección de palabras, sino como fenómenos que las palabras mentan, de donde resulta que el estudio lingüístico y la descripción sociológica, en HART, se coimplican. Su propósito no consiste en estudiar la palabra "derecho", sino el sistema jurídico contemporáneo en general, sobre la base de entender las prácticas sociales que los sustentan. Atribuye un contenido

diferente al de KELSEN a la distinción entre reglas primarias y secundarias. Desde su punto de vista, las primeras establecen las sanciones (aquí coincide) y las segundas los procedimientos y mecanismos a través de los cuales las primeras se modifican (aquí discrepa, pues para él las normas secundarias establecían lo debido). Por último, la llamada "regla de reconocimiento" juega un papel homólogo al de la Norma Fundamental pero. Addiferencia de ésta, no reviste el carácter de una hipótesis cognitiva o una ficción, sino que se trata de una norma superior del sistema, cuya condición de tal es "reconocida" por los tribunales, los funcionarios y los particulares en un lugar y momento histórico determinado. La validez deviene, entonces, más que un dato epistémico, un dato sociológico, con lo que se desdibuja la tajante distinción entre el mundo del *ser* y el mundo del *deber ser*, tan enfáticamente afirmada por la *Teoría Pura*: "Solo necesitamos la palabra validez – dice HART – y así la usamos comúnmente, para resolver cuestiones que surgen dentro de un sistema de reglas, donde el estatus de una regla como miembro del sistema depende de que satisfaga ciertos criterios suministrados por la regla de reconocimiento. No puede presertarse una cuestión de este tipo respecto de la validez de la propia regla de reconocimiento que proporciona los criterios: ella no puede ser válida ni inválida, simplemente se la acepta como adecuada para ser usada de este manera.

HART introduce una distinción que ha tenido cierta fortuna en la teoría, entre lo que llama "el punto de vista interno" y

“el punto de vista externo”, respecto del derecho. El primero sería propio de quien vive las reglas y las comparte, de quien juega el juego que las reglas determinan. El segundo, de quien observa el fenómeno de la legalidad, sin sentirse incluido. Bien sea porque no las comparte o porque de hecho no está incluido y las analiza como observados ajeno. Desde el punto de vista interno, pueden reconocerse por un lado situaciones rutinarias que el sistema jurídico resuelve con criterios estandarizados y por otro situaciones más complejas. Estas últimas constituyen los “casos difíciles”, en general determinados por los problemas que genera el uso de los lenguajes naturales. Tales problemas son la ambigüedad (incertidumbre connotativa), la vaguedad (incertidumbre denotativa) y la textura abierta del lenguaje (vaguedad potencial de los términos). Para superar estas dificultades las ciencias utilizan lenguajes técnicos o formales. Los primeros son preponderantes en el campo del derecho donde se aplica una peculiar hermenéutica, en particular por parte de los jueces. Ellos emplean reglas de naturaleza analógica, mediante las cuales extienden a supuestos relativamente similares, soluciones ya establecidas y aceptadas en casos anteriores y similares.

De este modo, la tarea del juez es vista como constitutiva. Puesto que existe siempre un margen de discrecionalidad en la elección de una determinada solución, no cabe poner en duda la naturaleza creativa de dicha tarea. Como las palabras son ambiguas y vagas, cuando los jueces leen las normas tienen que establecer el adecuado sentido con que ellas han sido empleadas, lo que supone desechar ciertas significaciones posibles y acoger otras.

Esta operación no es puramente mecánica o intelectual; implica voluntad, decisión, juicio de valor, preferencia, construcción del caso y de su solución.

4. Dworkin y el juez Hércules

Quien se presenta como un antagonista paradigmático del punto de vista de hartiano es RONALD DWORKIN (1984; 1988), autor estadounidense de importante repercusión. Según su punto de vista, la analogía no juega ningún papel en el derecho y los problemas fundamentales que le conciernen, no son lingüístico. Las partes deben aspirar a una solución acorde con el ordenamiento, tanto sea en los casos difíciles, como en los casos fáciles. Ni hay creación en el trabajo de los jueces, ni puede mediar discrecionalidad. El orden jurídico está básicamente integrado por reglas o por normas, pero también por *principios*. Por ejemplo, el principio de que nadie puede prevalerse de su propio dolo, y éste, dice Dworkin, es un principio que se encuentre positivamente establecido o no, va a jugar un papel fundamental en la construcción del caso y en su solución. Como el mencionado, existen otros muchos principios, que no derivan de ninguna “regla reconocimiento”, sino que resultan justificativos de ciertas prácticas jurídicas y, al mismo tiempo, son el producto de esas prácticas. Introduce así nuevamente, una crisis en la distinción entre Derecho y Moral, entre ser y deber ser. Afirma de manera muy rotunda que el Derecho no puede desprenderse de la moral y que esos principios son también de naturaleza política y moral. Juega con la metáfora del Juez Hércules, un juez omnisciente, capaz

de producir la recta solución para el caso difícil, siempre y cuando, sea capaz también de entender al Derecho como integridad e integración. Es decir, de entender que el Derecho no es sólo un conjunto de normas, sino también un conjunto de principios y de valoraciones sociales, de pautas políticas y de criterios morales compartidos, por una sociedad determinada, en un momento histórico determinado.

Si el juez realiza ese proceso de integración de normas, principios y valores morales, deberá hallar, concibiendo al derecho como práctica interpretativa, la respuesta correcta para el caso. Porque la red del derecho es una red sin fisuras, dado que los principios completan, eventualmente, las fisuras existentes. DWORKIN, al igual que otros autores actuales como POSNER, MC CORMICK, NUSSBAUM, VAN ROERMANN, por citar solo algunos, acude a la homología entre el derecho y la literatura (1997). Sostiene que el Juez realiza su trabajo como si escribiera un capítulo de una novela; de una novela que no ha sido empezada por él: que tiene otros capítulos que la preceden y que, por lo tanto, desde esa precedencia, determinan el sentido con el que el capítulo que a él le toca escribir debe ser escrito. Utiliza metáforas como instrumentos didáctico-explicativos: "una única solución correcta", "el Derecho como integridad", "el Juez como Hércules", "la red sin fisuras".

Las mayores críticas que las tesis de Dworkin han recibido, según él mismo reconoce, o las más sólidas, provienen del

movimiento de los *Critical Legal Studies*", en el que militan autores como DUNCAN KENNEDY o ALAN HUNT, que son la expresión de la teoría Crítica en el mundo anglosajón. Lo que estos autores argumentan en relación con sus posiciones, es que la moral no está constituida por un sólo principio, la política no tiene en cuenta un sólo valor y muchas veces es socialmente necesario elegir entre principios morales o acciones políticas que reputamos tan valiosas las unas como las otras. A pesar de eso es preciso elegir, optar. Cuando optamos es porque estamos construyendo el discurso del Derecho desde nuestra propia perspectiva, desde ese momento constitutivo de la decisión judicial que, al fin y al cabo, siempre alige y selecciona. El hecho de que integremos la solución con principios, con normas, con valores morales y reglas políticas, no implica que haya una única manera de producir tal articulación, ni tampoco un procedimiento unívoco y confiable para entramarlos en la búsqueda de la única solución correcta. Las soluciones correctas pueden ser muchas.

Ciertamente, el debate entre estas corrientes continúa. Algunos creen que se trata de un debate, aquívoco, porque mientras Hart ha pretendido *describir* el fenómeno jurídico, en realidad, Dworkin no sólo ha pretendido describir, sino también *valorar y justificar* un cierto criterio como preferible a otro. Mientras tanto los *Critical* han operado deconstructivamente para mostrar los pliegues ideológicos presentes en la argumentación.

5. La Teoría Crítica del Derecho. El discurso y la cuestión del sentido

En esta reconstrucción del debate contemporáneo cabe ahora hacer referencia a los puntos de vista de la *Teoría Crítica del Derecho* (Marí E., et.al; 1996, Cárcova C: 1998, idem; 2001, Courtis Ch. Et. Al. 1991;1996;1998;2001). Como se ha visto, cuando discutimos acerca de qué papel cumplen los Jueces, ponemos también en cuestión el concepto que tenemos acerca del Derecho. Como conducta en interferencia intersubjetiva (egología); como conjunto de normas (positivismo), como conjunto de predicciones acerca de las decisiones de los Jueces (realismo norteamericano o su versión escandinava, algo más elaborada). En fin, cada vez que discutimos acerca del rol judicial y del papel de la interpretación, estamos también discutiendo acerca de cómo concebimos el Derecho.

Desde este punto de vista, la *Teoría Crítica* propone reconstruirlo como una *práctica social específica*. En tanto práctica, porque se trata de una acción repetitiva, estabilizada en el tiempo y estilizada; social, porque solo es requerida cuando media interacción entre los individuos; y específica, porque es distinguible de otras prácticas sociales como las políticas, económicas, morales, etc. Esta práctica es e naturaleza *discursiva*, en cuando se materializa como proceso social de producción de sentido. Es en el campo del sentido, en donde el derecho adquiere su especificidad y produce los efectos que le son propios. Un distinguido jurista belga, FRZNCOIS OST, explica esta

idea con un interesante juego de metáforas que en parte recoge el uso que de ellas hace R. DWORKIN, según se ha visto más arriba.

Al modelo de Derecho y Juez, representado por Júpiter, ese centro del cual toda validez se declina, DWORKIN oponía un Hércules peculiar, vecino al modelo del realismo, que cargaba sobre sus poderosas espaldas al mundo y que era capaz de realizar todas las tareas. Ost, en cambio, piensa al derecho con la imagen de HERMES que es – según dice – dios de la comunicación y de la circulación; dios de la intermediación, personaje modesto en el oficio de representantes y portavoz, que es olvidado en beneficio de la continuidad del juego. He aquí la clave, una clave que él llama *lídica*, que le permite sugerir: “... No es tiempo de pensarla complejidad del derecho a partir de ella misma y no como enmienda y complicación de los modelos simples? No es tiempo de pensar al derecho como circulación incesante de sentido, más que como discurso de verdad? No es tiempo de advertir la pluralidad y la diversidad de los actores que juegan sobre la escena jurídica y contribuyen cada uno a su manera, a aplicar el Derecho?... Es en la teoría de un derecho múltiple en la que habría que fijarse; multiplicidad que no significa, sin embargo, anomia y anarquía. Habría que llegar a mostrar cómo el orden jurídico se nutre del desorden eriférico, o incluso interno, y reproduce a su vez desorden. Habría que pensar una autonomía que sea al mismo tiempo heteronomía. Habría que añadir aun el entrelazamiento incesante de la fuerza y la justicia. En una palabra, es en la teoría del derecho como circulación de sentido en la que hay que centrarse. Un sentido sobre el cual nadie, ni el juez ni el legislador, tiene

privilegio...la circulación del sentido jurídico opera en el espacio público y nadie podría, sin violencia o ilusión, pretender acapararlo. Hay derecho antes de los juristas y lo habrá todavía después de ellos."(1993).

El derecho aparece, así, según se señaló antes, como un campo de sentido, en el que se relacionan multiplicidad de poderes y de actores con roles diversificados. HERMES no es trascendencia ni inmanencia. Se encuentra entre una y otra (dialécticamente) o en una y en otra (paradojalmente). HERMES remite a la idea de red, a la idea, más actual, de una base de datos. El código que la constituye, dice el autor belga, no está ne una causalidad exterior (como la infraestructura económica de la vulgata marxista), sino en la ley de circulación del discurso, que se articula entre la regla (que no es enteramente normativa) y el hecho (que no es enteramente fáctico), entre el orden y el desorden, entre la letra y el espíritu.

La muy sugerentes ideas de OST, poseen notorios puntos de contacto con criterios que hace ya unos cuantos años, había planteado la Teoría Crítica de Bs.As. (Cf. Ruiz, Alicia E. C.; Entelman, Ricardo et. al.- 1991).

Pensar el derecho como una práctica social discursiva significa asumir que consiste en algo más que palabras; que es también comportamientos, símbolos, conocimientos. Que es al mismo tiempo, lo que la ley manda, los jueces interpretan los abogados argumentan, los litigantes declaran, los teóricos producen, los legisladores sancionan o los doctrinarios critican y, además, lo que a nivel de los súbditos opera como sistema de representaciones.

Es posible distinguir tres niveles en la estructura del discurso jurídico. El primero constituido por las normas; el segundo, por las interpretaciones "técnicas" acerca de las normas, aquellas que realizan los "operadores del derecho", paradigmáticamente los jueces, pero también los abogados, los doctrinarios y otros de menor incidencia, como los martilleros, procuradores, practicones, etc. Por último, el de los súbditos, en el que se condensan con mayor eficacia, los elementos imaginarios, los juegos ficcionales y los mitos operativos del derecho.

Estos niveles se diferencian sólo con intención analítica, no son "lugares" ni momentos definidos, sino instancias de producción de sentidos que se interceptan y reconstituyen, condensándose circunstancialmente en una decisión judicial, en una ley sancionada, en un contrato o en cualquier otro producto jurídico, para transformarse inmediatamente en nueva fuente de sentido.

Cuando los jueces, por ejemplo, deben lidiar con los standars normativos que con frecuencia adolecen de anemia semántica ("mujer honesta"; "buen padre de familia"; "debidos cuidados", etc.) incorporan sentido a esas expresiones, las completan o complementan; sentidos que, naturalmente, son mutables e históricos y, por serlo, dotan de relativa estabilidad a las leyes. La complicada operación que así despliegan, tiene dimensiones cognitivas y volitivas, aunque dimensiones siempre sociales. De tal manera, los alcances interpretativos que operacionalicen, tendrán en cuenta otros fallos, opiniones doctrinarias, dichos y afirmaciones de las partes y sus letrados. Pero ¿estarán ausentes sus lecturas

filosóficas o psicoanalíticas, las opiniones en estado práctico que circulan en los mass media, la discusión con su cónyuge o con sus hijos sobre el tema, el criterio de sus amigos íntimos? No lo estarán, porque toda interpretación es social (Cf. SCHUTZ, WINCH, DAVIDSON) y porque las normas y las reglas, en tanto producto lingüístico, adquieren sentido no sólo por lo que nombran, sino también por el uso social que tienen atribuido. Como sostenía el Wittgenstein de "Investigaciones Filosóficas", el lenguaje es una construcción social y nos movemos al interior del lenguaje, como al interior de una construcción social. Por eso, no hay lenguajes privados. Los sentidos circulan, constituyendo una vasta red de significaciones, que ya no tienen un centro único de producción, sino "posiciones" más o menos estrategias por su influencia, medida ésta, siempre, en términos circunstanciales e intercambiables.

Esa circulación de los sentidos, es la que establece la complejidad epistemológica que DANILO ZOLO ha caracterizado como un fenómeno de circularidad cognitiva de los agentes (o sistemas) que se han vuelto conscientes del dato que su propia presencia produce. Ellos, no pueden neutralizar las distorsiones generadas por su actividad cognoscente, en el campo que a través de ella intentan "aprehender". Expresa el autor citado: "...Los agentes pueden tener en cuenta críticamente-esto es, reflexivamente- la situación de circularidad en que se encuentran, pero no pueden desprenderse de su propia perspectiva histórica y social o liberarse de las desviaciones de la comunidad científica, cultura o civilización a la que pertenecen y que influye en su percepción de sí mismos. No pueden conocerse

objetivamente, pero tampoco pueden, siquiera, conocer objetivamente su medio ambiente, dado que ellos mismos lo alteran al proyectar en él sus propias inclinaciones cuando interactúan con él, haciéndolo objeto de su cognición" (1994).

Pensar lo jurídico como práctica social discursiva, tal como lo presentado aquí de manera fatalmente esquemática, parece constituir un aporte superador de ciertos reduccionismos tradicionales en el debate de la teoría acerca del papel de los jueces, de sus competencias hermenéuticas y, en definitiva, del concepto mismo de derecho. Permite explicar mejor ciertos problemas tradicionales y dar cuenta, al mismo tiempo, de algunos otros, que aparecen como típicas demandas de realidad, a la que algunos prestigiosos juristas tratan hoy, como propias de la postmodernidad. Pienso aquí, en la preocupación por un derecho más flexible (ANDRÉ JEAN ARNAUD), más reflexivo (GUNTHER TEUBNER), más poroso y plural (BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS).

Permite rescatar la normatividad, sin hipertrofiar su papel; la autoproducción operacional del derecho, sin reducirlo a meras predicciones de los jueces; incorporar las dimensiones de la socialidad y con ello, las cuestiones de la ideología y el poder, tanto como las de la legitimidad, sin abandonar la especificidad teórica que le es propia.

El Derecho puede ser visto de este modo, como fenómeno positivo, histórico, público, y social, porque la teoría que lo describe es capaz al mismo tiempo de ser interdisciplinaria y sistémica. Solo con tal nivel de complejidad, ella podrá dar cuenta

del nivel de complejidad estructural que ha alcanzado el subsistema del derecho, en los inicios de este nuevo milenio.

4. Final

Que hacen, entonces, los jueces cuando juzgan? Según parece: conocen, interpretan, valoran, deslindan, estipulan. No

de una manera monádica, aislados, solitarios y caprichosos. Sino como seres sociales, portadores de una cultura técnica, pero irreductiblemente permeables al conjunto de representaciones, estados de conciencia y visiones del mundo que comparten con sus congéneres y que coadyuvan, con su trabajo, a veces a conservar y otras veces a transformar.

Citas bibliográficas:

CÁRCOVA, Carlos María	(1996)	"Derecho, política y magistratura", Biblos, Bs.As.
	(1998)	"La ocupación del derecho", Trotta, Madrid.
COSSIO, Carlos	(1962)	"La crítica de la jurisprudencia dogmática como crítica de nuestra época", L.L. 108, 1088.
	(1963)	"La teoría egológica del derecho. Su problema y sus problemas" Abeledo Perrot, Bs.As.
DWORKIN, Ronald	(1984)	"Los derechos en serio", Ariel, Barcelona.
	(1988)	"El imperio de la justicia", Gedisa, Madrid.
	(1997)	"Como el derecho se parece a la literatura" en "La decisión judicial", Siglo del Hombre, Bogotá.
ENTELMAN, Ricardo	(1991)	"Discurso normativo y organización del poder" en "Materiales ..." (ver Marí, E. Y otros)
HART, H.L.A.	(1962)	"Derecho y moral", Depalma. Bs.As.
	(1963)	"El concepto de derecho", Depalma. Bs.As.
KELSEN, Hans	(1979)	"Teoría pura del derecho" (1969), UNAM, México.
MARÍ, Enrique et. al.	(1991)	"Materiales para una teoría crítica del derecho", Abeledo Perrot, Bs.As.
OST, Francois	(1993)	"Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de jueces", Doxa, nº 14, Alicante.
RUIZ, Alicia	(1991)	"Aspectos ideológicos del discurso jurídico" en "Materiales ..." (ver Marí E. Y ot.)
ZOLO, Danilo	(1994)	"Democracia y complejidad", Nueva Visión, Bs.As.