

## JUECES, DERECHOS HUMANOS Y RESPONSABILIDAD INSTITUCIONAL

Luis Fernando RENTERÍA BARRAGÁN\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Una noción de responsabilidad institucional*. III. *La justicia como virtud: “lo justo”*. IV. *La justicia como ciencia: “lo jurídico”*. V. *La justicia como institución: “lo justiciable”*. VI. *Derechos humanos y discrecionalidad judicial*. VII. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

Invariablemente, desde que la idea de *decir el derecho* existe en el pensamiento occidental, la práctica jurisdiccional es considerada una función de la más alta responsabilidad. Esta afirmación no es extraña y sobre el tema se ha escrito mucho y desde las más variadas perspectivas. Incluso desde los diversos paradigmas históricos en los que se puede situar la impartición de justicia —y desde los diversos sentidos que se le puede dar a la noción de responsabilidad— la premisa puede continuar sosteniéndose sin mayor controversia: la función de los jueces entraña una responsabilidad propia de esta actividad, una responsabilidad específica, compleja e ineludible que no se espera ni se exige a otros funcionarios del Estado ni mucho menos al resto los ciudadanos. No obstante, el hecho de que el sentido que pudiera enunciarse tanto del concepto de “jurisdicción” como el de “responsabilidad” no variaría en sustancia la afirmación de las primeras líneas, no descarta la necesidad de explorar el sentido y el origen de estos vocablos e inferir sus consecuencias, lo cual en definitiva puede ser de la mayor utilidad, en especial, para quien lo advierte desde un tribunal.

Si la actividad jurisdiccional por sí misma entraña necesariamente un sentido de responsabilidad, también puede afirmarse que esa responsabi-

---

\* Doctor en derecho por la Universidad Panamericana y la Universidad de Palermo.

lidad —cualquiera que sea su significado— debe ser mayor en la medida en que la discrecionalidad para decidir el sentido de los fallos también sea más amplia. Esta afirmación es particularmente oportuna en el contexto en el que se inscribe el ejercicio jurisdiccional actual: el de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos y la internacionalización de los derechos humanos.

En efecto, el constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX, en el que se encuentran las Constituciones de la posguerra (la de Italia en 1947 y Alemania en 1949), los textos constitucionales de la década de los setenta (con España como el referente más importante) y los textos latinoamericanos adoptados después de las dictaduras sudamericanas y los conflictos armados en Centroamérica, así como los múltiples tratados, convenciones e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos firmados y ratificados por estos países, han modificado por completo —desde luego, no sin resistencias— las prioridades, los desafíos y las perspectivas de la judicatura desde entonces porque, por un lado, se ha depositado en los jueces la facultad de su protección y garantía y, por otro, los derechos contemplados en estos ordenamientos están redactados con base en principios, esto es, normas de carácter abierto que multiplican las posibilidades válidas de decisión en cada caso concreto que se les plantea cotidianamente, por lo que esta discrecionalidad sin precedentes en la historia del Poder Judicial tendría que significar, a su vez, una responsabilidad —ética, jurídica e institucional— de la misma proporción, en particular, porque todavía continúa vigente el añejo cuestionamiento a su legitimidad democrática para decidir al margen de las disposiciones de las mayorías legislativas y, en general, de los poderes elegidos directamente por los ciudadanos.

En este contexto, el objetivo de este estudio es ofrecer un breve panorama histórico y conceptual sobre la responsabilidad de los jueces en sus distintas nociones —ética, jurídica y, particularmente, institucional— a luz del paradigma del constitucionalismo contemporáneo y la internacionalización de los derechos humanos. Para ello, en “Una noción de responsabilidad institucional”, a partir de las ideas sobre el concepto de institución elaboradas por el publicista francés Maurice Hauriou y el profesor italiano Santi Romano, se propone una noción de responsabilidad institucional como atributo del individuo que prevé las consecuencias de sus conductas, distinta de las nociones de responsabilidad jurídica o moral que, normalmente, se identifican con la idea de responder en relación con alguien y de determinada manera por cierta conducta u omisión.

Después, en los apartados siguientes, se esbozará históricamente cada uno de los adjetivos que califican la noción de responsabilidad descrita en

el apartado anterior: en “La justicia como virtud”, se describe el concepto de justicia en sentido estricto, esto es, su tratamiento como noción ética (*iustitia*), y para ello se explica su origen etimológico, su carácter de virtud cardinal, sus elementos y su relación con la prudencia, así como la función del juez en la distribución y la corrección en las relaciones de justicia; en “La justicia como ciencia”, se describe el contexto en el que aparece por primera vez ese personaje clave en esta historia —el jurista— y el método que se empleó para el desarrollo de esa ciencia (la *iurisprudencia*) que, después, con la formación del Estado moderno y la codificación, entrará en un receso que parece prolongarse hasta nuestros días, y en “La justicia como institución”, se hace una breve referencia al nacimiento de la idea medieval de *decir el derecho* (*iurisdictio*) y su función en la sociedad del antiguo régimen, así como el advenimiento de la actividad administrativa del Estado y su incidencia en el ejercicio jurisdiccional.

Finalmente, en “Derechos humanos y discrecionalidad judicial”, se describe el marco teórico del constitucionalismo contemporáneo y la función de los jueces en dicho contexto, lo cual —como acaba de afirmarse— entraña una discrecionalidad verdaderamente amplia en la resolución de los conflictos sometidos al conocimiento de dichos servidores públicos que es susceptible de generar cuestionamientos a la legitimidad democrática de esta actividad, por lo cual una noción de responsabilidad que pueda presentarse como un verdadero contrapeso efectivo al ejercicio de dicha discrecionalidad se vuelve verdaderamente necesaria.

## II. UNA NOCIÓN DE RESPONSABILIDAD INSTITUCIONAL

En un sentido amplio, ser responsable significa ser llamado a responder por algo: por una acción, una omisión o un pensamiento.<sup>1</sup> Esta noción que, en principio, parece un producto de la intuición, se encuentra presente en varios autores de indudable influencia en la filosofía del derecho. Así, por ejemplo, para Hans Kelsen, la noción de responsabilidad se refiere a una situación normativa en virtud de la cual un sujeto puede ser sancionado;<sup>2</sup> para Alf

<sup>1</sup> Rentería Díaz, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, México, Fontamara, 2002, p. 130.

<sup>2</sup> Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1986 y *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1983. Al respecto, Pablo Larrañaga recuerda que de esta definición de responsabilidad “se pueden resaltar tres características que, aunque son consecuencia de su concepción de la norma jurídica, pueden distinguirse, por motivos expositivos, el carácter normativo, el carácter formal y el carácter interno de la definición de responsabili-

Ross, representa la relación entre las condiciones en las que se realiza un ilícito y la situación normativa en la que alguien es susceptible de recibir una sanción,<sup>3</sup> y para H. L. A. Hart, describe tres tipos de criterios que deben de considerarse para imputar sanciones.<sup>4</sup> De esta forma, si bien es claro que para estos autores el concepto de responsabilidad está muy vinculado al problema de la justificación de la sanción (y, más específicamente, de la sanción en el derecho penal), esto no impide afirmar que estas nociones, en un plano más general, también pueden referirse simplemente a la posibilidad de llamar a alguien a responder por realizar o no un comportamiento.

Asimismo, la noción de responsabilidad —además de la acción de responder por un comportamiento, ya sea de orden jurídico o moral— implica que dicha respuesta se da con relación a alguien y de una determinada manera. En el plano jurídico, el interlocutor principal (esto es, el sujeto a quien se debe responder por un comportamiento en relación con una disposición jurídica) siempre es un órgano autorizado por el ordenamiento para tal fin, por lo general, un tribunal o un juez,<sup>5</sup> y la determinación de dicha responsabilidad sucede mediante un juicio institucionalizado, esto es, mediante un

---

dad. La definición de la responsabilidad de Kelsen es normativa porque sólo tiene en cuenta condiciones exigidas y consecuencias estipuladas por normas; es formal porque sólo describe relaciones entre conceptos jurídicos —sanción, ilícito, obligación— sin hacer ninguna referencia a datos empíricos, ya sean psicológicos o causales, y por último es interna al derecho porque sólo se refiere a criterios exigidos por normas jurídicas, sin tener en cuenta las condiciones exigidas por otros sistemas normativos”. Larrañaga, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, México, Fontamara, 2004, pp. 191 y 192.

<sup>3</sup> Cfr. Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1994. “Tomando como punto de partida el análisis de tres conceptos jurídicos (proceso, acusación, juicio), Alf Ross afirma que la relación entre responsabilidad y proceso explicó cómo el hecho de responsables de una cosa posee dos diversos significados, que se determinan por su relación con dos diferentes fases del proceso: la acusación y el juicio. De esta relación, en efecto, Ross sigue que responsabilidad significa, en primer lugar, ser quien puede ser justamente acusado (es decir, de quien se puede exigir una respuesta, una explicación). En segundo lugar, significa ser quien además satisface las condiciones de culpa y que por ello puede ser justamente condenado”. Rentería Díaz, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, cit., p. 131.

<sup>4</sup> Cfr. Hart, H. L. A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962, pp. 93-138. “La sancionabilidad es una noción más amplia que la de responsabilidad: esta última se refiere específicamente a tres tipos de criterios para imputar sanciones, mientras que la primera abarca otras cuestiones relativas a la exigibilidad de las conductas. La responsabilidad como sancionabilidad, en este sentido, se conforma mediante criterios de tres clases: criterios psicológicos, criterios relativos a la relación causal entre la acción y el ilícito, y criterios relativos a la relación entre el agente y el sujeto sancionable. Larrañaga, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, cit., p. 196.

<sup>5</sup> Rentería Díaz, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, cit., p.139.

proceso.<sup>6</sup> En cambio, en el ámbito moral, el interlocutor a quien se ha de responder no se encuentra claramente determinado: “En la moral, el foro para el juicio puede ser la conciencia del acusado, el juicio de un espectador o la opinión pública”,<sup>7</sup> y el proceso carece totalmente de formalidades, “aún cuando, por verificarse de frente a la conciencia de la persona, puede ser tan sutil e inquisitorio como cualquier proceso jurídico”.<sup>8</sup>

Además, la distinción entre responsabilidad jurídica y responsabilidad moral también puede advertirse en el plano de la consecuencia del comportamiento que se enjuicia, esto es, de la sanción. Como ya se ha dicho, el significado de responsabilidad en el ámbito jurídico tiene una íntima relación con las nociones de pena y sanción, las cuales aquí se encuentran perfectamente institucionalizadas y organizadas, y no pueden atribuirse al sujeto responsable mientras no se declaren tanto su autoría como su culpabilidad.<sup>9</sup> El comportamiento de orden moral, por su parte, si bien no queda exento de un control externo como el jurídico, también puede ser sancionado por el propio agente que ejecutó u omitió la conducta, sanción que desde luego no está predeterminada en cantidad ni en calidad,<sup>10</sup> sino que responde ante todo a las prescripciones propias de cada sujeto que se considera internamente responsable de sus actos u omisiones.

---

<sup>6</sup> Así, hay autores como Lawrence G. Sager que destacan las virtudes del proceso judicial sobre el legislativo. La democracia —afirma Sager— tiene dos facetas o modalidades, la electoral y la deliberativa. En la primera, eligen en condiciones de igualdad a sus representantes políticos; en la segunda, “todo miembro de la comunidad tiene derecho... a que quienes deliberan valoren su pretensión en sus propios méritos, sin importar el número de votos que están detrás de él, la cantidad de dólares que puede utilizar a su favor o el grado de influencia que tenga en la comunidad”. De aquí, Sager concluye que, si bien las asambleas son el mejor foro para la faceta electoral de la democracia, los tribunales constituyen el mejor foro para la modalidad deliberativa, pues “lo que importa es la fuerza de su argumento a los ojos de los jueces [...y, si no se tiene éxito,] tiene derecho a obtener una motivación de porqué se considera infundada su pretensión”. Sager, Lawrence G., *Justice in Plainclothes. A Theory of American Constitutional Practice*, New Haven, Yale University Press, 2004, p. 203.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 140.

<sup>8</sup> *Idem*.

<sup>9</sup> “...en realidad, para que al agente se le pueda aplicar la sanción prevista para determinado acto, es necesario no sólo que se le considere, en vía de principio, responsable de tal acto (es decir, que lo haya cometido), sino también —y ésta es la cosa más importante— que se le reconozca como culpable. La culpa, entonces, precede lógicamente a la responsabilidad, y por la misma vía también a la sanción. Dicho en otros términos, en modo por demás somero, sin culpa no hay responsabilidad y sin responsabilidad no hay sanción. La misma afirmación, a decir verdad, se puede aplicar en el ámbito de la responsabilidad moral, si bien sus consecuencias más importantes... recaen en el terreno del derecho y en modo particular en el derecho penal”. *Ibidem*, p. 136.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 141.

Hay, por otra parte, un sentido más del término *responsabilidad* que se usa con frecuencia en el lenguaje común y que puede ser muy útil para este estudio. En efecto, hay expresiones en la conversación cotidiana en las que ser responsable implica una cuestión positiva: el calificativo responsable ahí “expresa la posibilidad de prever los efectos del propio comportamiento y de corregir el comportamiento mismo con base a tales previsiones”.<sup>11</sup> Así, bajo esta acepción, una persona responsable es aquélla que “es capaz de valorar sus propios actos de manera que pueda prever sus consecuencias, a fin de evitar aquéllas de sentido negativo”.<sup>12</sup> Esta otra noción del significado de responsabilidad puede ser especialmente útil para describir —más que a la posibilidad de responder jurídica o moralmente por la realización de una conducta— un atributo de la personalidad que tiene relación con esas reglas de comportamiento —formalizadas o no— que se internalizan y se manifiestan en la conducta externa del sujeto con una finalidad bien definida: no atentar en contra de la legitimidad de la institución a la que pertenece y personifica. Éste es el sentido de la noción de responsabilidad institucional que se propone en este estudio, pero antes de describirla con mayor precisión es necesario referirse, al menos brevemente, al concepto de institución.

En la doctrina constitucional, y en el derecho público en general, el concepto de institución se debe a las teorías desarrolladas a partir del siglo XIX principalmente por Maurice Hauriou,<sup>13</sup> en Francia, y Santi Romano,<sup>14</sup> en Italia. Para los institucionalistas,<sup>15</sup> el derecho es “una forma u organización

---

<sup>11</sup> Abbagnano, Nicola, *Diccionario de filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986. Por su parte, la Real Academia Española, si bien reconoce como responsable a aquél que está “obligado a responder de algo o por alguien”, también atribuye este significado a quien “pone cuidado y atención en lo que hace o decide”. Cfr. Real Academia Española, *Diccionario de lengua española*, 22a. ed., Madrid, 2001.

<sup>12</sup> “Este significado corresponde grosso modo a uno de los que señala Hart: responsabilidad-capacidad”. Rentería Díaz, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, cit., p. 139.

<sup>13</sup> Hauriou, Maurice, *La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social*, Librairie Bluid & Gay, 1933; *La teoría de la institución y de la fundación (Ensayo de vitalismo social)*, Buenos Aires, Surco, 1947.

<sup>14</sup> Romano, Santi, *L'ordinamento giuridico*, Edizione Sansoni, Firenze, 1946; *El ordenamiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1963.

<sup>15</sup> Además de Maurice Hauriou y Santi Romano, deben tenerse en cuenta, dentro del institucionalismo clásico, a Renard, Georges, *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, París, Sirey, 1930, y *La Philosophie de l'Institution*, París, Sirey, 1939; Gurvich, Georges, *L'idée du droit social*, París, 1932; Delos, Joseph, “La théorie de l'institution (La solution réaliste du Problème de la Personnalité Morale et le Droit á fondement objectif)”, *Archives de Philosophie de Droit et de Sociologie Juridique*, 1931, y Schmitt, Carl, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, 1934.

cuyo propósito o finalidad es el orden social”.<sup>16</sup> Las instituciones representan lo duradero, lo permanente en medio de lo cambiante y transitorio, “lo sólido y lo estructural, lo objetivo y lo real en medio de la arbitrariedad y el subjetivismo de las voluntades humanas”.<sup>17</sup> Estas teorías del derecho, como ya ha advertido Rolando Tamayo y Salmorán, “se insertan dentro de aquellas corrientes que pueden reunirse bajo la indicación general de *estilo sociológico*”,<sup>18</sup> y constituyen una reacción en contra de las teorías formalistas, voluntaristas y otras concepciones estrechas del derecho que sostienen una idea unitaria o monista del orden jurídico.<sup>19</sup>

Así, independientemente de las mayores o menores diferencias entre los representantes del institucionalismo, su denominador común es el anti-normativismo, no porque se les niegue importancia a las normas jurídicas en el ordenamiento sino porque éstas —afirman— se sitúan en un lugar secundario respecto a aquéllas: “el verdadero elemento objetivo del sistema jurídico es la institución... este solo *corpus*, con su idea directriz y su poder organizado, es muy superior en virtud jurídica a la regla de derecho, porque son las instituciones las que determinan las reglas y no las reglas las que crean a las instituciones”.<sup>20</sup>

Para Hauriou, las instituciones representan, en la historia como en el derecho, “la categoría de la duración, la continuidad y lo real”,<sup>21</sup> y la operación de su fundación constituye “el fundamento jurídico de la sociedad y el Estado”.<sup>22</sup> Para el profesor de Toulouse, una institución es una idea de obra o empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social. Para la realización de esta idea, se organiza un poder que le procura los órganos necesarios, y entre los miembros del grupo social interesados en la realización

---

<sup>16</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, “Institución”, *Diccionario jurídico mexicano*, México, UNAM, p.1747.

<sup>17</sup> González Uribe, Héctor, “Alfonso Noriega y la institución del amparo”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 9, julio de 1977, p. 376.

<sup>18</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, “Institución”, *Diccionario jurídico mexicano*, *cit.*, p. 1746.

<sup>19</sup> *Idem.*, p. 1747.

<sup>20</sup> Hauriou, *La teoría de la institución y de la fundación (Ensayo de vitalismo social)*, *cit.*, p. 101.

<sup>21</sup> Ansuategui Roig, Francisco, *El positivismo jurídico neoinstitucionalista (una aproximación)*, Madrid, Dykinson, 1996, p. 23.

<sup>22</sup> “Una idea nueva penetra en las relaciones sociales a través de una conciencia subjetiva. Hay un vidente que la encuentra, o mejor, a quien se revela como una inspiración. Esto no quiere decir que el inventor de la idea la transforme él mismo en una obra social constituyendo una organización de hecho que trascienda al público. El que trasfunde una idea en una obra social es un fundador y éste puede no ser el inventor de la idea. A veces el mismo hombre es justamente inventor y fundador, pero lo más frecuente es que los dos papeles no coincidan”. Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, Madrid, 1927, p. 84.

de esa idea —afirma— se producen manifestaciones de comunión dirigidas por los órganos de poder y reglamentados por procedimientos.<sup>23</sup>

En esta construcción teórica existen dos tipos de instituciones: las instituciones-personas (como los Estados, las asociaciones o los sindicatos), en donde el poder organizado y las manifestaciones de comunión de los miembros del grupo se interiorizan en el cuadro de la idea de la obra, y las instituciones-cosas (como, por ejemplo, la regla de derecho), en donde “el elemento del poder organizado y el de las manifestaciones de comunión de los miembros del grupo no están interiorizados en el cuadro de la idea de la obra, y aunque existen en el medio social, permanecen exteriores a la idea”.<sup>24</sup> Asimismo, las instituciones-personas, que son el centro de atención de Hauriou, están compuestas por tres elementos básicos: la idea de una obra a realizar, un poder organizado puesto a disposición de esa idea para su materialización y la comunión de los miembros del grupo social en torno a esa idea y su realización.

La formulación de la teoría de Santi Romano, a su vez, parte de la necesidad de superar la concepción del derecho que sostiene que éste está compuesto exclusivamente por reglas de conducta. Romano no intenta negar la importancia de las reglas, sino sostener que éstas “son elementos de un ordenamiento más amplio y complejo en el que se apoyan, y que constituye su base necesaria e imprescindible”.<sup>25</sup> Para ello, desarrolla una teoría del derecho como institución paralela a una teoría de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos.<sup>26</sup> Así, para el profesor de Turín, la definición de derecho pasa ineludiblemente por la de ordenamiento: “La naturaleza del ordenamiento jurídico no se evidencia en su totalidad y no puede ser aprehendida

---

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>25</sup> Romano, Santi, *El ordenamiento jurídico*, *cit.*, p. 192.

<sup>26</sup> Sobre la circunstancia de que el libro de Romano se compone de dos teorías que se identifican, precisamente, con las dos partes que dividen el volumen de esta obra, Norberto Bobbio ha afirmado: “Los estudiosos que hasta ahora se han ocupado de la doctrina de Romano se han acostumbrado tanto a considerarla como un todo y a discernir las dos teorías conjuntamente que no se han dado cuenta de que una es independiente de la otra. No hay ningún nexo entre la teoría del ordenamiento y pluralismo, como tampoco entre teoría de la norma y monismo. No hay ninguna incompatibilidad entre teoría del ordenamiento y monismo, como tampoco entre teoría de la norma y monismo, como tampoco entre teoría de la norma y pluralismo. Aunque de hecho las más conocidas doctrinas institucionalistas son también pluralistas, la conjunción entre institucionalismo y pluralismo y entre normativismo y monismo no es una regla”. Bobbio, Norberto, “Teoría e ideología en la doctrina de Santi Romano”, en Ruiz Miguel, Alfonso (ed.), *Contribución a la teoría del derecho: Norberto Bobbio*, Valencia, Artes Gráficas Soler, 1980, p. 157.



cuando se le considera no en su unidad sino en relación con las normas que lo integran: el *quid* que constituye tal unidad es algo distinto a las normas y, al menos hasta cierto punto, algo también independiente a ellas”.<sup>27</sup>

De acuerdo con Francisco Ansuategui Roig, el concepto de derecho de Santi Romano puede resumirse en estos tres elementos básicos: 1) derecho y sociedad son dos nociones inexplicables la una sin la otra: “Lo que no trasciende en la esfera estrictamente individual y no supera la vida del individuo concreto en cuanto tal no es derecho; a su vez, inversamente, no existe sociedad en el sentido propio del término sin que en ella se manifieste el fenómeno jurídico”;<sup>28</sup> 2) el derecho implica la idea de orden social: “El derecho excluye cualquier elemento que pueda relacionarse con la arbitrariedad o con la fuerza material, esto es, con la fuerza no ordenada”,<sup>29</sup> y 3) el derecho es entendido como organización “de la sociedad misma en la que se desarrolla y que precisamente el derecho constituye como unidad”.<sup>30</sup>

Así, “sociedad”, “orden” y “organización” son los tres elementos de la noción de derecho pues para Romano —en palabras de Norberto Bobbio— “existe derecho cuando hay una organización de una sociedad ordenada [...o, bien], una sociedad ordenada por medio de una organización, o un orden social organizado”.<sup>31</sup> De aquí, teniendo en cuenta estas tres nociones, así como la idea de que sólo se puede alcanzar una noción correcta de derecho a través del concepto de ordenamiento jurídico, Romano desemboca en la fórmula característica de su teoría: “Cada ordenamiento jurídico es una institución e, inversamente, toda institución es un ordenamiento jurídico”.<sup>32</sup>

De lo dicho hasta aquí, puede inferirse que, para los teóricos de la institución, *lo institucional* presupone o genera *una forma social que perdura*, que no depende de las voluntades subjetivas de los individuos. Así, en una primera acepción, ser *responsable institucionalmente* significa ser llamado a responder por una acción u omisión que atente contra la permanencia de esa obra social (o institución), la idea que generó su fundación y, en fin, cualquier circunstancia que pudiera impedir o problematizar la renovación de las voluntades que participan en la realización de esa idea. Y en un segundo concepto, ser *responsable institucionalmente* se refiere también a un calificativo que se

---

<sup>27</sup> *Idem.*

<sup>28</sup> Ansuategui Roig, Francisco, *El positivismo jurídico neoinstitucionalista (una aproximación)*, cit., pp. 37 y 38.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>30</sup> *Idem.*

<sup>31</sup> Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1991, p. 20.

<sup>32</sup> Romano, Santi, *El ordenamiento jurídico*, cit., p. 113.

atribuye a una persona que prevé los efectos de su comportamiento y lo corrige en función de tales previsiones con la finalidad de no atentar contra la permanencia de la institución de la que forma parte, esto es, se evita atentar en contra de la legitimidad del fin para el que fue erigida dicha institución.

Esta clase de responsabilidad, la institucional, en tanto atributo personal propio de los integrantes del Poder Judicial, debe distinguirse de otras conductas diversas en las que podrían incurrir en el plano ético y jurídico. En efecto, si se admite que existe una idea objetiva de justicia en tanto virtud de dar a cada quien lo que le corresponde, el juez, al sostener una decisión injusta (por más que “jurídicamente” pueda justificarse, e “institucionalmente” no impacte en la renovación de las voluntades que participan en la realización de la idea del Poder Judicial), está incumpliendo con una obligación de naturaleza ética y estaría llamado a responder moralmente por su decisión. Por otra lado, si el juez, frente a la discrecionalidad para elegir respuestas a los problemas que se le plantean, elige una que puede estimarse jurídicamente “incorrecta” (por más que esa decisión sea aparentemente “justa” e institucionalmente “inofensiva”), indudablemente tendría que responder jurídicamente (esto es, civil, penal y/o administrativamente) por su decisión, en principio, arbitraria. Y, a su vez, una decisión que parece justa y jurídicamente correcta, no está exenta de eventualmente atentar en contra de la institucionalidad del Poder Judicial.

Finalmente, es importante subrayar que las nociones de responsabilidad específicas (ética, jurídica e institucional) no son excluyentes ni autónomas entre sí ya que —incluso— la mayoría de las veces, claramente confluyen y se intersectan, y si bien en ocasiones dicha intersección puede llegar a no ser tan clara, difícilmente un problema de responsabilidad “eminente jurídicamente” estará exento de alojar, a la vez, una cuestión de naturaleza ética o institucional, y lo mismo puede decirse respecto a los problemas de responsabilidad “estrictamente” éticos o institucionales.

### III. LA JUSTICIA COMO VIRTUD: “LO JUSTO”

El sustantivo “justicia” (del latín *iustitia*) proviene del adjetivo “justo” (*iustus*) y de acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia Española* se refiere a “una de las cuatro virtudes cardinales que inclina a dar a cada uno lo que le corresponde o pertenece”.<sup>33</sup> Así, la justicia es el término que designa, por un lado,

<sup>33</sup> Este diccionario es prolífico en significados a propósito de la noción de justicia. Así, además de identificarla con la virtud que inclina a dar a cada uno lo que le corresponde, le

cierta cualidad que no incluye en su significación a un sujeto y, por otro, “a la virtud personal que tiene por objeto las realidades informadas por la realidad de «justo» y que mueve a un sujeto a realizar cosas justas”.<sup>34</sup> A su vez, lo “justo” se atribuye a quien “obra según [o es arreglado a] justicia”.<sup>35</sup> El adjetivo *iustus* procede de *ius* (o *iuris*), esto es, el vocablo con el que se designa desde hace siglos a la ciencia del derecho.<sup>36</sup> *Ius* significó en Roma *lo recto*, *lo derecho*, “lo ajustado en el orden de las conductas en alteridad que se llevaban en el marco de la *civitas*”<sup>37</sup> y, por tanto, lo *iustus* era aquello que se cumplía o era conforme a derecho. De ahí que la función originaria de *lo justo* como adjetivo (a diferencia de la justicia, que se limita a designar una cualidad o una virtud personal) fuera la de “calificar conductas, personas o situaciones como adecuadas o conformes a derecho”.<sup>38</sup>

---

atribuye, entre otras, las siguientes definiciones: “Derecho, razón, equidad”; “Conjunto de todas las virtudes, por el que es bueno quien las tiene”; “ Aquello que debe hacerse según derecho o razón”; “Pena o castigo público”; “ Poder judicial”; “ Atributo de Dios por el cual ordena todas las cosas en número, peso o medida. Ordinariamente se entiende por la divina disposición con que castiga o premia, según merece cada uno”. Asimismo, se refiere a este concepto cuando va acompañado de los calificativos conmutativa (la que regula la igualdad o proporción que debe haber entre las cosas, cuando se dan o cambian unas por otras), distributiva (la que establece la proporción con que deben distribuirse las recompensas y los castigos) y original (inocencia y gracia en que Dios crió a nuestros primeros padres); como locución verbal de administrar (aplicar las leyes en los juicios civiles o criminales, y hacer cumplir las sentencias), de “hacer a alguien” (obrar en razón con él o tratarle según su mérito, sin atender a otro motivo, especialmente cuando hay competencia y disputa) y “oír en” (ser examinados por un juez o tribunal los descargos o excusas del funcionario a quien se impuso alguna corrección) y “pedir en” (poner demanda ante el juez competente). Cfr. Real Academia Española, *Diccionario de Lengua Española*, 22a. ed., Madrid, 2001.

<sup>34</sup> Véase Massini, Carlos I., *Filosofía del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005, t. II, pp. 5 y 4; Llamas, Félix Adolfo, *La experiencia jurídica*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos, 1991, p. 329, y Corominas, Joan, *Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana*, Madrid, Gredos, 1954, t. II, p. 1079.

<sup>35</sup> Al adjetivo justo, también se le atribuye a quien “vive según la ley de Dios”, a lo “exacto, que no tiene en número, peso o medida ni más ni menos que lo que debe tener” o a lo que es “apretado o que ajusta bien con otra cosa”. También se utiliza como adverbio de modo para significar “justamente, debidamente, exactamente” o “apretadamente, con estrechez”, y como locución adverbial para designar “ajustadamente, con la debida proporción” o “cabalmente, a punto fijo”. Cfr. Real Academia Española, *Diccionario de lengua española*, cit.

<sup>36</sup> El cual por su parte deriva del arcaico *iouus* y el sánscrito *yoh*, cfr. Segura Munguía, Santiago, *Diccionario etimológico latino-español*, Madrid, Anaya, 1985, p. 387.

<sup>37</sup> La afirmación de que estas conductas debían llevarse a cabo en el ámbito de la *civitas* tiene que ver con la idea de justicia, en la Antigüedad, “pone un especial acento en la polititud de las relaciones de justicia; en efecto, sólo en el ámbito de la polis se da esa igualdad de derechos entre ciudadanos que hace posible su participación como sujetos de derecho en los bienes comunes de la comunidad autárquica”. Massini, Carlos I., *op. cit.*, pp. 7 y 8.

<sup>38</sup> *Idem*.

Para Aristóteles, una virtud es el punto medio que existe entre dos vicios extremos, y la justicia es la virtud que se encuentra entre la posibilidad de cometer una injusticia y la de padecerla, pues ésta implica tener menos y aquélla más de lo que se merece.<sup>39</sup> Por tanto, el hombre justo es el que no peca por exceso ni por defecto, sino que mantiene una conducta equilibrada entre estos dos polos opuestos. De esto se sigue que, para el pensador estagirita, la justicia es una virtud relacional, es decir, un acto que sólo se puede medir en función de la relación que guarda una persona con respecto a otra.<sup>40</sup>

En esta misma línea de pensamiento, se afirma que la justicia es una virtud total y perfecta, cuya esencia es la igualdad. La igualdad en la teoría de la justicia tiene dos significados: en primer lugar, la igualdad se pregona de los sujetos que participan en las relaciones de justicia, pues no puede hablarse de justicia o injusticia entre los que son completamente diferentes;<sup>41</sup> en segundo lugar, la igualdad en estas relaciones se refiere al criterio a partir del cual se distribuyen los bienes, cargas o castigos. No obstante, la igualdad de los sujetos no es la misma que la del criterio para la distribución. Aquélla es una igualdad de principio, de derecho y por tanto absoluta pues, no obstante sus inevitables desigualdades, se reconoce que “quienes participan en ella lo hacen en una medida completamente idéntica”.<sup>42</sup> La igualdad como criterio de distribución, en cambio, es una igualdad más bien proporcional, relativa, cuyo fin es precisamente mitigar las inevitables desigualdades existentes entre los miembros de una comunidad,<sup>43</sup> una igualdad que, en el reparto de

---

<sup>39</sup> Aristóteles, al final del capítulo quinto de la *Ética Nicomaquea*, afirma: “Resulta claro que la conducta justa es un término medio entre cometer la injusticia y padecerla... y la justicia es una especie de término medio, pero no de la misma manera que en las demás virtudes, sino porque es propia del medio, mientras que la injusticia lo es de los extremos. La justicia es la virtud por la cual se dice del justo que practica deliberadamente lo justo”. Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 1133 y ss.

<sup>40</sup> Además, lo sujetos de las relaciones de justicia, deben ser personas comunes pues “los extremadamente virtuosos como los irremediablemente malvados no son sujetos propiamente de las relaciones de justicia; los virtuosos, que se asemejan a los dioses, porque la superan y se colocan en el ámbito de la amistad; los protervos, que se asemejan a las bestias, porque han de ser excluidos de la sociedad política y, por ende, del ámbito de la justicia”. Massini, Carlos I., *op. cit.*, p. 7.

<sup>41</sup> Entre quienes son desiguales, de acuerdo con el pensador griego, no hay justicia propiamente dicha, pues “quedamos, en efecto, en que esa clase de justicia es según la ley, y en que tienen la ley de un modo natural aquellos que son iguales en el mando y en la obediencia”. Aristóteles, *op. cit.*, p. 1134.

<sup>42</sup> Massini, Carlos I., *op. cit.*, p. 9.

<sup>43</sup> Como ha advertido Carlos I. Massini, nadie sostiene seriamente que el criterio de una distribución justa deba ser absoluto (algo que equivaldría a decir “a cada uno lo mismo”). Por el contrario, normalmente se sostiene que este criterio debe ser *proporcional* y, de ahí, la

bienes, cargas y castigos, pretende materializar una igualdad proporcional entre sujetos que, por naturaleza, son en alguna medida desiguales.

La aplicación del principio de igualdad para la determinación de lo justo lleva a Aristóteles a la clasificación de dos clases de justicia que, desde entonces, son una referencia obligada en cualquier estudio sobre la justicia. Por una parte, la *justicia distributiva*, que se refiere al reparto de honores y bienes que cada uno ha de recibir en función de su propio mérito.<sup>44</sup> Por otra, la *justicia correctiva*, que es la destinada a restablecer las situaciones de la distribución en aquellos casos en los que una de las partes ha dañado a otra o se ha apropiado de algo que no le corresponde.<sup>45</sup> Esta relación puede dar origen a obligaciones de dos tipos: las voluntarias y las involuntarias. En las primeras, las voluntades de las partes aparecen recíprocamente vinculadas, como en un contrato o una convención entre particulares; las involuntarias se refieren a las obligaciones que surgen como consecuencia de una conducta delictiva. Así, la justicia correctiva exige que en ambas obligaciones se tengan en cuenta las acciones o el valor objetivo de las cosas para restaurar la igualdad alterada.<sup>46</sup>

En síntesis, la igualdad establecida en las distribuciones de bienes, cargas o castigos que, en condiciones de igualdad, se distribuyen, deberá ser mantenida en el tiempo a través de la justicia correctiva, esto es, un reparto secundario que siempre estará subordinado al reparto proporcional y pri-

---

autoridad e influencia de la milenaria frase clásica “a cada uno lo suyo”: “aún en autores tan igualitaristas como Karl Marx, la justicia de los repartos no es entendida en el sentido de una igualdad absoluta: en la fase superior de la sociedad comunista —escribe en la *Crítica al Programa de Gotha*— cuando haya desaparecido la sumisión esclavizadora de los individuos a la división del trabajo... y fluyan con todo su caudal los manantiales de la riqueza colectiva, sólo entonces podrá rebasarse totalmente el estrecho horizonte del derecho burgués y la sociedad podrá escribir en su bandera: *de cada uno según su capacidad, a cada uno según sus necesidades*”. *Ibidem*, p. 10.

<sup>44</sup> Como bien ha afirmado Brian Bix, “la mayoría de las discusiones modernas más conocidas acerca de la justicia que usualmente tratan la justicia primordialmente como la estructuración apropiada del gobierno y la sociedad, son básicamente discusiones acerca de la justicia distributiva”. Bix, Brian, *Jurisprudence. Theory and Context*, 3a. ed., Londres, Sweet and Maxwell, 2003, p. 135.

<sup>45</sup> El criterio para corregir o restituir las cosas a una situación similar a la que se encontraba antes de que tuviera lugar esta alteración es una tarea propia del juez, quien “procura igualar esta clase de injusticia... El juez restablece la igualdad, que es como si de una línea dividida en segmentos desiguales quitara del mayor el trozo que excede de la mitad y lo añadiera al segmento menor. Cuando el todo se divide en dos partes, se dice que cada uno tiene lo suyo siempre que ambas sean iguales, y lo igual sea el término medio entre lo mayor y lo menor según la proporción aritmética”. Aristóteles, *op. cit.*, p. 1132.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 1131.

mero que significa la justicia distributiva. Estos repartos, para que resulten verdaderamente igualitarios, presuponen la imparcialidad de quien los asigna: “Cuando hay discusión, se recurre al juez, e ir al juez es ir a la justicia, pues es él quien restablece la igualdad”.<sup>47</sup> Esta referencia al juez en la teoría de la justicia clásica para el restablecimiento de la medida de igualdad tiene la finalidad de garantizar que este reparto sea verdaderamente igualitario,<sup>48</sup> ya que “sólo un tercero no involucrado en la controversia es una garantía de imparcialidad que difícilmente puede esperarse de las partes en disputa”.<sup>49</sup>

En esta misma línea de pensamiento, tradicionalmente se ha afirmado que la justicia es una virtud segunda de una virtud primera que es la prudencia, lo que significa que no se puede ser justo si, antes, no se es prudente. La Real Academia Española define a la prudencia como la virtud que consiste en “discernir y distinguir lo que es bueno o malo para seguirlo o huir de ello”<sup>50</sup> y, en palabras de Aristóteles, “el conocimiento de lo que es bueno moralmente para el hombre y debe por lo tanto ser buscado, y de lo que es malo, también moralmente, para él y debe por ello evitarse”.<sup>51</sup> Como puede advertirse, en ambas definiciones queda claro que el objeto de la prudencia es establecer y prescribir *lo debido* en la conducta humana, esto es, la prudencia cumple con una función cognoscitiva o intelectual que determina el medio o la medida propia de otras virtudes éticas, en especial, la justicia, ya que “quien ignora cómo son y cómo están verdaderamente las cosas no

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 1132.

<sup>48</sup> Massini, Carlos I., *op. cit.*, p. 12.

<sup>49</sup> Ésta es la razón por la que Rawls, para asegurar la imparcialidad de los principios de justicia que establece en su teoría, “coloca a todos los representantes de los ciudadanos en la condición de terceros no involucrados, en virtud del recurso al velo de ignorancia”. *Idem*. En efecto, Rawls se pregunta “si habría principios universales para aplicar a la estructura básica de la sociedad que hombres libres e iguales consentirían hipotéticamente en condiciones ideales —lo que implica ver la justicia como equidad, o sea, como resultado de un procedimiento equitativo, y para ella imagina una posición originaria: ésta es una situación hipotética en la que seres racionales, libres e iguales, en circunstancias en que es relevante discutir sobre la justicia de las principales instituciones de la sociedad, siendo racionalmente auto-interesados en la obtención para sí de bienes primarios, como las libertades civiles y políticas, ingreso y riqueza, prestigio, etc., pero que están bajo un velo de ignorancia sobre sus circunstancias particulares de raza, religión, inteligencia, condición social, etc., discuten sobre qué principios comprometerse a aceptar para regir la sociedad en la que van a vivir cuando sea levantado ese velo de ignorancia”. Nino, Carlos Santiago, “Justicia”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J., *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 474 y 475.

<sup>50</sup> *Cfr.* Real Academia Española, *Diccionario de Lengua Española*, *cit.*

<sup>51</sup> Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, *op. cit.*, p. 1133.

puede obrar bien, pues el bien es lo que está conforme con la realidad”.<sup>52</sup> Establecer esta medida es la tarea propia de la prudencia, “sin la cual el justo no podrá saber qué cosa es *justa* o el valeroso en qué consiste el *valor* en una situación determinada”.<sup>53</sup>

Pero la función de la prudencia no se agota en la determinación de lo que es debido en una circunstancia dada sino que, también, es su tarea mover al sujeto a realizar el acto correspondiente.<sup>54</sup> Dicho en otras palabras, el acto del entendimiento que en un primer momento la conducta prudente produce implica, a su vez, un acto —considerado recto— que debe consumarse en la realidad.<sup>55</sup> Este paso es imprescindible pues, de lo contrario, la prudencia se reduciría a una mera especulación intelectual sin ninguna consecuencia práctica, y para que la prudencia se realice a plenitud es necesario que el entendimiento mueva a la voluntad o —dicho de otra forma— es necesario que, para que la acción sea prudente, la voluntad se encuentre previamente rectificadas y ordenadas en función del conocimiento de *lo debido*. Esto, en el ámbito del derecho —como bien advierte Massini— significa, ni más ni menos, “que no podrá ser auténticamente prudente quien no sea justo”.<sup>56</sup>

En síntesis, la prudencia es una virtud formalmente intelectual pero materialmente moral, esto es, que si bien radica en la inteligencia, su objeto de conocimiento son los actos de la voluntad y, más concretamente, los actos de justicia. En este sentido, Álvaro D’Ors ha sostenido que “la justicia es la virtud o el hábito moral que consiste en dar a cada uno *lo suyo* pero presupone un conocimiento de este *suyo* que se debe dar a cada uno. Este conocimiento es el objetivo de la virtud de la prudencia... porque por la primera se inclina el juez a juzgar bien, y por la segunda averigua qué debe juzgar en cada caso para juzgar bien”.<sup>57</sup> Así, es evidente —advierte Massini— que “quien no conoce qué es *lo suyo* de cada cual, está imposibilitado para ser justo; la prudencia es, entonces, condición de posibilidad de la justicia, es la que le otorga su medida, su medio, la que le proporciona un objeto concreto y determinado al movimiento de la voluntad hacia el bien estrictamente debido a otro”.<sup>58</sup>

---

<sup>52</sup> Massini, Carlos I., *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, p. 22.

<sup>53</sup> *Idem*.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>56</sup> D’Ors, Álvaro, *Una introducción al estudio del derecho*, Madrid, Civitas, 1999, p. 115.

<sup>57</sup> Massini, Carlos I., *op. cit.*, pp. 21-30.

<sup>58</sup> *Ibidem*, pp. 84-86.

#### IV. LA JUSTICIA COMO CIENCIA: “LO JURÍDICO”

La historia del derecho es un relato que no se identifica con la historia de su ciencia: “Las instituciones jurídicas son una constante en la historia de la humanidad; se revelan, pues, tan antiguas como ella. La ciencia del derecho, en cambio, nació en la época de los siete reyes de Roma, y su historia no fue sin solución de continuidad”.<sup>59</sup> Esto, en palabras de Carlo Augusto Cannata, significa que la existencia de instituciones jurídicas (normas, tribunales) no implica necesariamente la de juristas y la de un método, “del mismo modo que la existencia de construcciones no implica la de ingenieros, ni la práctica del cálculo la de matemáticos”.<sup>60</sup> Entre una actividad pragmática y una ciencia existe una diferencia de calidad y cantidad, y “la ausencia de una ciencia relativa a ella no impide el desarrollo empírico de cierta actividad humana: ésta será únicamente diferente y sólo apta para resolver un número más limitado de problemas”.<sup>61</sup>

La razón por la que se sitúa el inicio de la historia de la ciencia jurídica en la Roma antigua se debe a que fue ahí donde apareció, por primera vez en la historia de la humanidad, ese personaje que ejerce a título profesional esta actividad: el jurista.<sup>62</sup> Su función histórica fue nada más y nada menos que la de otorgar a la jurisprudencia de entonces —que ya tenía un objeto (*divinarum atque humanarum rerum notitia*)— un método, una técnica que sustentara las realizaciones prácticas de los operadores jurídicos de la época.<sup>63</sup>

---

<sup>59</sup> Cannata, Carlo Augusto, *Historia de la ciencia jurídica europea*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 18.

<sup>60</sup> “Lo que designamos como ciencia jurídica o jurisprudencia es un conocimiento técnico de la estructura interna de las instituciones jurídicas, y al mismo tiempo un método que permite trabajar sobre ellas y por ellas. Se trata, pues, más bien, de una tecnología”. *Idem*.

<sup>61</sup> *Idem*.

<sup>62</sup> “La historiografía de la jurisprudencia romana sólo posee una verdadera base documental a partir de la época de las Doce Tablas, que emanaron de los decenviros del 451 al 449 a. C., y constituyen la más antigua ley romana de la que tengamos prueba alguna. No obstante, es indudable que existía una jurisprudencia antes de la elaboración de esta ley. Las Doce Tablas mismas, en la medida en que las conocemos, denotan una técnica legislativa avanzada: se expresan en un lenguaje y enuncian una terminología muy maduros. La influencia griega, por otra parte problemática, no basta para explicar la primera de esas características, y no sabría justificar de ningún modo la segunda: incluso puede vislumbrarse un trabajo jurisprudencial de amplio alcance y de gran tecnicismo, que se remonta seguramente a la época monárquica”. *Ibidem*, pp. 27 y 28.

<sup>63</sup> “Hoy en día estamos acostumbrados a que abogados y notarios sean juristas o, cuando menos, personas que han recibido una formación jurídica completa... Pero no siempre fue así, especialmente en el mundo antiguo, en el que los legisladores y los magistrados eran sólo hombres políticos; donde los jueces eran cualificados por el mero hecho de ser honrados



Y es precisamente en esta época en la que aparece una de las definiciones más influyentes de nuestra tradición jurídica para la ciencia del derecho, la propuesta por Ulpiano como *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*. Esta sentencia del jurista de origen fenicio se refiere, en primer lugar, a un orden en el que intervienen lo divino y lo humano, una actividad en la que se conoce y discierne sobre las cosas de los dioses y los hombres (*divinarum atque humanarum rerum notitia*), y luego expresa la naturaleza propia de dicha actividad como una *scientia* de lo *iusti* y lo *iniusti*.

Así, desde la Roma clásica, la ciencia de lo justo y lo injusto es un saber de carácter prudencial, una ciencia que busca resolver problemas concretos y reales del ser humano en relación con su mundo. De ahí, uno de los perfiles más característicos del derecho romano: el casuismo como metodología.<sup>64</sup> Al respecto, Carlos Soriano Cienfuegos ha reconocido que existen autores que identifican esta característica que rige el desenvolvimiento de la jurisprudencia romana con una de incapacidad de estos juristas para alcanzar las cimas del razonamiento abstracto pues, en la actualidad —afirma— “existe una tendencia a considerar lo abstracto como superior a cualquier caso concreto”.<sup>65</sup> Lo cierto es que, como también sostiene el profesor de la Universidad Panamericana, el derecho romano obedece a un modelo de ciencia que parte de la convicción de que las abstracciones son peligrosas y

---

notables que poseían la experiencia de los hombres y de las cosas; donde los notarios eran meros escribanos y los abogados expertos en el arte de componer y pronunciar un discurso convincente... El jurista no era ni magistrado, ni juez, ni funcionario, ni siquiera notario o abogado... pero poseía los conocimientos técnicos necesarios para el trabajo jurídico de los magistrados, jueces, funcionarios, notarios o abogados; era un consejero imprescindible, el artesano que proporcionaba la sustancia técnica de sus realizaciones prácticas”. *Ibidem*, pp. 22 y 23.

<sup>64</sup> El método de la jurisprudencia clásica —de acuerdo con Salvador Cárdenas— recibía el nombre de *inventio*. La invención (cuya raíz, *inventio*, *inventire* significa encuentro, hallazgo o descubrimiento) consistía fundamentalmente en un arte de integración dirigido a encontrar por medio del discurso racional y argumentativo la mejor solución posible para un caso concreto. Para llevarla a cabo, el jurista primero observaba el hecho para plantear el problema. Después, venía el razonamiento conjetural y la argumentación de su mejor solución por elemental juicio lógico y de conveniencia en la interpretación de los hechos. Además, había que revisar los ordenamientos positivos y su posible incidencia y aplicación al caso. Enseguida, debía buscarse los precedentes de los antiguos juristas y discernir su aplicabilidad en el caso presente, para deducir así la mejor solución posible. Por eso, inventar en Roma es, por tanto, un arte o forma de razonar sobre lo justo e injusto a la que los juristas de entonces denominaron “arte de lo bueno y de lo justo”. Cárdenas Gutiérrez, Salvador, *El juez y su imagen pública. Una historia de la judicatura mexicana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, p. 4.

<sup>65</sup> *Cfr.* Soriano Cienfuegos, Carlos, “El casuismo romano como metodología propia del derecho”, *op. cit.*

que, en definitiva, “implican la reducción de una experiencia múltiple a una unidad lógica, en tanto que el proceso sistematizador va de la diversidad empírica a la simplicidad conceptual [...] de esta forma, la reducción se realiza a costa de la rica variedad que presenta la realidad”.<sup>66</sup>

En esta jurisprudencia, el caso concreto es estudiado directamente, desde su estructura misma, las personas que lo integran, el tipo de relación que las vincula y la finalidad a la que se dirige esa relación, y no sólo a través del “lente” de la ley como se acostumbra en nuestros días. Para los juristas de la Antigüedad, la ley, si bien tiene injerencia en el quehacer jurisprudencial, su influencia no llega al punto de determinar la decisión, pues entendían que los lineamientos que establece el poder político deben respetarse cuando las circunstancias y la justicia del caso lo ameriten, pero que también pueden dejarse de lado cuando la solución legal, en vez de resolver el conflicto, lo reduce al reconocimiento del derecho de una parte en detrimento de la otra.

Por eso, como ha sugerido Álvaro D’Ors, el sentido del término *ius* en la jurisprudencia clásica puede identificarse con el término español “posición”.<sup>67</sup> “El contenido del *ius* es el lugar o cierto estatuto que corresponde a cada una de las partes de la relación, y luego hace referencia a una conducta que se realiza de acuerdo a ese lugar o estatuto que se ocupa, tendiente a la obtención de un resultado”.<sup>68</sup> La determinación de esta posición es tarea del juez, a través de una serie de razonamientos basados en la estructura de la relación que existe entre las partes: “Algunas veces la relación la establecieron por un acuerdo de voluntades, otras veces la relación deriva del *ius gentium* y otras más del *ius naturale*”.<sup>69</sup> Así, la jurisprudencia clásica, lejos de ser un mero cotejo de requisitos legales, es una tarea destinada a reconocer, establecer o restablecer el orden de la sociedad a través de la determinación del “lugar” o estatuto que le corresponde a cada persona de la

---

<sup>66</sup> *Idem.*

<sup>67</sup> La noción del *ius* como posición, de acuerdo Daniel Castañeda Granados, recorre varias de las obras de Alvaro D’Ors, en particular, en *Derecho Privado Romano*: “D’Ors entiende al *ius* como una determinada «posición». Al mismo tiempo, entiende al derecho, o más bien a la *iurisprudentia*, como lo que aprueban los jueces respecto a los servicios personales socialmente exigibles, idea que encuadra en la de «posición» como fin un objeto de aquélla. Parece ser que esta noción de lo jurídico (como posición) subyacía en la jurisprudencia romana, principalmente en la clásica, y que con el paso del tiempo fue sustituida paulatinamente por el concepto de *ius* como «situación», que consiste en colocarse en un supuesto legal”. Castañeda Granados, Daniel, *Filosofía de la jurisprudencia. La recuperación del caso en la vida del derecho*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2007, p. 249

<sup>68</sup> Castañeda Granados, Daniel, *Filosofía de la jurisprudencia. La recuperación del caso en la vida del derecho*, cit., p. 249.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 250.

relación de justicia. Por eso, para Daniel Castañeda Granados, el derecho como *posición* es un derecho con historicidad, un derecho invariablemente vinculado a las circunstancias de tiempo y lugar, pues la posición es la expresión más clara de la dimensión temporal del derecho: “Es el *positum*, lo que está puesto ahí frente a nosotros como una realidad asediante”.<sup>70</sup>

En oposición al entendimiento del derecho como posición, puede oponerse la idea del derecho como *situación*,<sup>71</sup> un derecho desvinculado de los casos concretos, de las circunstancias de tiempo y lugar, de la estructura, las partes, la relación, la finalidad del caso y, en fin, un derecho sin historicidad. Así, este derecho “de situaciones” es un derecho que, con el afán de dar unidad y certeza jurídicas, suprime el juicio del intérprete, no admite razonamiento jurídico más allá del texto de la ley y es ajeno a la idea de justicia relacional, pues el quehacer jurisprudencial aquí se reduce a un mero silogismo, a una tarea que se limita a realizar un acto de ubicación dentro de algo que tiene límites claros —mismos que no pueden sobrepasarse—, “un cierto encorsetamiento que sólo es de una manera, y que tiene resultados fatales en donde no hay esa posibilidad de matizar los resultados según la utilidad o la necesidad y, por ende, ya no es una realidad dinámica y vital o humana, sino fosilizada”.<sup>72</sup> En el mejor de los casos, esta jurisprudencia es una actividad mecánica, “despojada de cualquier tipo de intencionalidad y de cualquier tipo de finalidad práctica”;<sup>73</sup> y en el peor de los casos, “la operación del juez, la conducta de las partes y también el mandato superior serán el resultado de caprichos irracionales que van dirigidos al logro de intereses ajenos al bien práctico”.<sup>74</sup>

La consolidación de esta fórmula de determinación de lo jurídico como *situación*, la cual trasciende a la práctica jurídica actual, se identifica claramente con un itinerario histórico, el de la formación del Estado moderno. Se entiende por Estado moderno esa estructura política que monopoliza la producción normativa y reduce la experiencia jurídica a ese instrumento

---

<sup>70</sup> *Idem*.

<sup>71</sup> “La concepción del *ius* como *situación*, misma que es establecida por las leyes, tiene fuertes inconvenientes a la hora en que los jueces realizan su trabajo jurisprudencial, es decir, a la hora que deciden los casos con vistas de justicia... Esto lleva no poder hacer justicia, es decir, lleva a que los jueces no puedan realizar la acción tendiente a igualar la relación social en la que están inmersas las partes en conflicto, debido a esto, no a la falta de probidad de los jueces o del sistema, sino a las fallas metodológicas que produce no entender el *ius* o derecho adecuadamente”. *Idem*, p. 135.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 249.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 252.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 253.

normativo que se produce desde el propio Estado: el código.<sup>75</sup> La codificación del derecho, a su vez, se refiere a esa tendencia a reunir varios ordenamientos jurídicos en un solo texto con pretensiones de sistematicidad y totalidad. Se trata de un fenómeno de ruptura y discontinuidad histórica estrechamente vinculado a una ideología política del siglo XVIII que proponía fortalecer el papel del Estado, otorgándole la facultad plena y exclusiva de decir el derecho mediante leyes y decretos derivados de su poder soberano. Desde entonces, el derecho dejó de consistir en un juicio de la razón sobre *lo justo y lo injusto* para transformarse en la técnica del mero acatamiento de la norma estatal.

Para el Estado moderno, *lo jurídico* se reduce a la noción de derecho como *situación*, que consiste precisamente en la simplicidad de colocarse en un supuesto legal,<sup>76</sup> sustituyendo así un mecanismo de solución de controversias milenario —que parte de una visión relacional de lo jurídico— por otro que no es “sino fuerza institucionalizada con máscara de racionalidad”. La nueva ciencia del derecho consiste ahora en crear o construir un nuevo orden jurídico artificial mediante la acción legislativa, y ya no a través del “arte de inventar” o descubrir la solución más adecuada a los problemas, razonando según la particular naturaleza de las cosas. Por eso, desde el siglo XIX, la enseñanza del derecho se redujo a la sola memorización irreflexiva de leyes o, en el mejor de los casos, “a la acumulación de información de criterios que induzcan y orienten el actuar profesional del derecho según el ordenamiento legal”.<sup>77</sup> A partir de la codificación napoleónica, se impu-

---

<sup>75</sup> “...se toma en consideración el Estado moderno europeo como una realidad político-institucional que caracteriza la historia europea en un largo periodo de tiempo, desde el siglo XIV hasta nuestros días, hasta los Estados constitucionales y las Constituciones democráticas de nuestro tiempo. Obviamente, en el curso de estos seiscientos años —los comprendidos entre los siglos XIV y XX— lo que llamamos Estado moderno europeo ha asumido formas distintas, situándose dentro de diferentes experiencias constitucionales... Las diferencias de sobra son conocidas. Es evidente que un señorío territorial del siglo XIV es algo distinto a un Estado de la posterior época absolutista, y menos aún se puede olvidar que dentro de esos seis siglos aparece el gran evento de la Revolución francesa, que también para nosotros representa una auténtica ruptura que da lugar a nuevas formas de Estado, al Estado de derecho y, posteriormente, al Estado constitucional. Y, sin embargo, sostenemos que el desarrollo del Estado moderno europeo, aunque complejo y multiforme, tiene un hilo conductor cuyo comienzo aparece de manera suficientemente clara en la Europa de los siglos de transición entre la Edad Media y moderna, es decir, antes de la fase absolutista situada entre los siglos XVI y XVII”. Fioravanti, Maurizio, “Estado y Constitución”, en *id.* (coord.), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Madrid, Trotta, 2004, pp. 14 y 15.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 249.

<sup>77</sup> Cárdenas Gutiérrez, Salvador, *El juez y su imagen pública. Una historia de la judicatura mexicana*, *cit.*, p. 16.

so esta práctica en las universidades francesas, y después en las europeas e hispanoamericanas, al grado de que juristas del prestigio de Pierre Bugnet llegaron a afirmar —como implícitamente se sigue afirmando actualmente en la mayoría de nuestros recintos universitarios—: “No conozco el derecho civil, sólo enseño el código de Napoleón”.<sup>78</sup>

## V. LA JUSTICIA COMO INSTITUCIÓN: “LO JUSTICIABLE”

Para el operador jurídico, la justicia es algo que se identifica con algo muy concreto: la organización judicial, esto es, la institución de la aplicación del derecho por un tercero imparcial a las contiendas entre particulares, entre órganos del Estado o, bien, entre estos y aquellos.<sup>79</sup> Como se ve, la idea de la administración de justicia está muy ligada a la de jurisdicción, es decir, la acción por la que alguno dice lo que es el derecho, al ejercicio jurisdiccional y, en general, a la labor que desempeñan los jueces con sujeción estricta a la ley en el marco del Poder Judicial; sin embargo, ésta es sólo una versión histórica de esta institución, una visión dominante de los últimos doscientos años que tiene su base en el principio de división de poderes, esa idea de que el poder público se manifiesta a través de tres funciones, cada una atribuida a un poder específico: la ley, cuyo contenido general y abstracto lo establece el parlamento; la sentencia, un mandato particular y concreto que dicta el juez y que garantiza la observancia de la ley, y el acto administrativo, que si bien comparte con la sentencia su carácter particular y concreto, así como su subordinación a la ley, se diferencia de ésta en que dicho acto está dirigido a perseguir el interés de quien lo produce, para realizar los propios fines de esa persona jurídica pública.<sup>80</sup>

Se afirma, pues, que el actual paradigma es una versión histórica de la institución judicial —entre las que han sido— porque —como se sabe— el

---

<sup>78</sup> *Idem.*

<sup>79</sup> “Un juez es una persona preguntada o llamada para que diga quién tiene un derecho determinado, por dos o más personas concretas que se lo disputan, combatiendo o litigando delante de él. Por el hecho de preguntarle, se está admitiendo que se aceptará su respuesta. Y que lo que él diga que es derecho, se admitirá por derecho. Al preguntarle, el juez recibe jurisdicción, o sea, el reconocimiento de su competencia para expresar el derecho. Y todo esto se puede complicar, como de hecho se ha complicado siempre mucho. Pero en esencia es así. Y porque es así, hay un derecho que procede de los jueces, al que podemos llamar *derecho judicial*”. Puy Muñoz, Francisco, *Tópica jurídica*, México, Porrúa, 2006, pp. 57-65.

<sup>80</sup> Mannori, Luca y Sordi, Bernardo, “Justicia y administración”, en Fioravanti, Maurizio (coord.), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Madrid, Trotta, 2004, pp. 65 y 66.

principio de división de poderes apareció como tal hasta finales del siglo XVIII.<sup>81</sup> No obstante esta circunstancia incuestionable, un estereotipo formado a lo largo del siglo XIX y buena parte del XX —como ya han advertido Luca Mannori y Bernardo Sordi— sugiere que la actividad pública predominante en la vida de la comunidad política siempre ha sido la administrativa, pues ésta —se dice— se dirige a la satisfacción de los intereses más inmediatos y esenciales del Estado, “como el mantenimiento del orden o su propia organización... y así resulta natural pensar que también históricamente la administración ha sido la función primera de la vida de los Estados, y que sólo más tarde se ha añadido a ella o se han desprendido de ella la legislación y la jurisprudencia”;<sup>82</sup> sin embargo, como se verá a continuación, los hechos históricos revelan que, al menos hasta la gran crisis constitucional europea del siglo XVIII, prevaleció la primacía de la jurisdicción, y no de la administración, en el ejercicio del poder público.

En efecto, durante siglos, “la representación dominante del poder público encontró su propio paradigma elemental en el acto de juzgar”.<sup>83</sup> Esta función encontró su justificación una vez que se desarrolló el concepto de *iurisdictio* en la antigua Escuela de los posglosadores, en el cual “se le asignó al juez un papel de ordenador de la sociedad que exigía de él, no sólo contar con el criterio jurisdiccional para discernir el *ius* en cada caso concreto sino que, además, debía representar el *ordo iudiciarius*, esto es, el conjunto de principios, normas y costumbres conforme a los cuales juzgaba”.<sup>84</sup>

Así, para la cultura jurídica anterior a la Modernidad, el ejercicio del poder fue representado en una única función que se expresaba, precisamente, en la palabra *iurisdictio*, “la composición de conflictos sociales a través del recurso a un derecho ya dado”.<sup>85</sup> De esta forma, se negó a la política “toda

---

<sup>81</sup> “Con frecuencia, absolutizando la división trifuncional apenas evocada, se ha terminado por reconducir a sus límites la forma del poder público anterior a la definitiva afirmación del Estado contemporáneo. Aun sabiendo que los tres poderes han aparecido como tales a partir de finales del siglo XVIII, el imaginario jurídico lo ha adornado de una especie de dignidad metahistórica, reduciendo en gran medida la historia de la autoridad y de sus formas a la de su progresiva y en cierto modo inevitable revelación”. *Ibidem*, p. 66.

<sup>82</sup> “Aquí radica una precomprensión retrospectiva que ha individuado la esencia del poder en una forma de mandato que tiene más o menos la misma fuerza imperativa que la actual actuación administrativa, aunque sin todas aquellas garantías que rodean hoy el uso de este tipo de autoridad. Con esta premisa, el desarrollo institucional del Estado occidental ha sido interpretado con frecuencia como la progresiva emancipación de las otras dos funciones de este indiferenciado tronco primigenio”. *Idem*.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>84</sup> Cárdenas Gutiérrez, Salvador, *El juez y su imagen pública. Una historia de la judicatura mexicana*, cit., p. 13.

<sup>85</sup> Grossi, Paolo, *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 144-150.

autonomía con respecto a la justicia”,<sup>86</sup> lo cual significó para los gobernantes “un inestimable vehículo de legitimación, presentando su mandato como un instrumento neutro y desinteresado, cuya finalidad era explicar y defender un orden jurídico dado”.<sup>87</sup> Así, la autoridad de la decisión enconstraba una doble legitimación, por un lado, en su capacidad de reflejar un derecho ya dado y, por otro, en que dicho acto de imperio emanaba de un proceso: “El derecho procesal, o al menos el núcleo fundamental de sus principios, aparece así como el instrumento indispensable para legitimar el ejercicio de toda autoridad”.<sup>88</sup>

Al respecto, Paolo Grossi ha explicado que la sociedad medieval consideró al rey como una especie de “padre del reino” (*princeps pater*), del que se esperaba amor hacia sus “hijos” pero también justicia y, si era necesario, castigo.<sup>89</sup> Estas facultades le conferían la función y la imagen de un rey justiciero, la imagen del guardián de un patrimonio consuetudinario profundamente arraigado en la vida corporativa.<sup>90</sup> Era, pues, ante todo, un custodio de las leyes emanadas de un orden social previo (*custos y lator legi*, dice Paolo Grossi) pero nunca productor independiente de un orden jurídico distinto.<sup>91</sup> El orden jurídico medieval está formado por la ley divina, la ley natural y la costumbre del reino, y estas fuentes de derecho son siempre preexistentes al poder del rey. El principal deber del *rex iustus* es por eso conservar aquel orden, no crearlo.<sup>92</sup>

---

<sup>86</sup> Mannori, Luca y Sordi, Bernardo, “Justicia y administración”, *op. cit.*, p. 70.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>88</sup> *Ibidem*, pp. 71 y 72.

<sup>89</sup> Grossi, Paolo, *El orden jurídico medieval*, *cit.*, p. 140.

<sup>90</sup> “La atribución (y función) esencial y tipificadora de este *princeps-iudex* no es una creación del derecho impensable, sino todo lo que el ideario medieval expresa a través del concepto de *iurisdictio*. Un término latino (y no será el único) que, aunque su especificidad lo destinaría a ser irremediamente traducido por el correspondiente romance «jurisdicción», dejaremos sin traducir no por melindres de tipo cultista, sino porque es realmente intraducible. *Iurisdictio* es, en sentido restringido, la función de juzgar propia del juez ordinario, pero —también y sobre todo— algo más elevado y más complejo: es el poder de aquel —persona física o jurídica— que tiene una posición de autonomía respecto a otros investidos y de superioridad respecto a los súbditos; y no se trata de este o aquel poder (con una visión espasmódicamente fragmentaria que existe entre nosotros, los modernos, pero que no existía entre los medievales), sino más bien una síntesis de poderes que no inspira el temor de versa condensada en un único sujeto. Con esta advertencia fundamental: que en aquella síntesis de poderes la función emergente y tipificadora es la de juzgar, se es príncipe porque se es juez, juez supremo”. *Ibidem*, p. 141.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 140.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 145.

Sin embargo, esta concepción del orden político, “se fue erosionando a lo largo de la Edad Moderna pero también resistió en su núcleo esencial hasta la crisis definitiva del antiguo régimen”.<sup>93</sup> En efecto —como también establecen Mannori y Sordi—:

El soberano absoluto, abrumado por las crecientes exigencias fiscales y militares impuestas por la competencia internacional y por las fuertes tensiones internas provocadas por su proyecto de monopolización de la autoridad, habría ido comprendiendo que el tradicional gobierno a través de tribunales no sólo era un mal cauce de decisión sino que podía ser un obstáculo para el triunfo de su empresa,<sup>94</sup>

en particular, porque los magistrados de entonces llegaron a considerar sus oficios como una especie de propiedad estamental, ajena a la disponibilidad incondicional del príncipe. Por ello, estas monarquías construyeron una organización alternativa “basada ya no sobre el *oficio* sino sobre la *comisión* [...] la delegación permanente y jurídicamente definida del poder”.<sup>95</sup> Así, en la división entre la justicia que el soberano delegaba en sus magistrados y la que se reservaba para administrar en primera persona —esto es, entre comisarios y oficiales— surge por primera vez el binomio moderno entre justicia y administración. A esto, sólo habría que agregar la construcción teórica de la separación de poderes (estructurada por Locke, Montesquieu y Blackstone, principalmente), la cual finalmente orilla al monarca “a delegar todo lo referido al ejercicio del poder judicial en jueces independientes”.<sup>96</sup>

Con la visión moderna de la primacía de la función pública de administrar, surge un Estado que ya no tiene la finalidad de la composición de conflictos sino la de la consecución de sus propios intereses a través de la

<sup>93</sup> Mannori, Luca y Sordi, Bernardo, “Justicia y administración”, *op. cit.*, p. 70.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>95</sup> “A través de un uso sistemático de esta técnica (bien documentado en Francia por el desarrollo de esa ordenada red de intendentes provinciales, que sustraen a las viejas magistraturas muchas funciones políticamente neurálgicas partiendo del reparto del impuesto directo) se estaría constituyendo una rama de la burocracia pública destinada a funcionar según una lógica muy distinta a la del universo jurisdiccional, destinada a realizar una pura y simple voluntad política, y no a actuar normas”. *Ibidem*, p. 74.

<sup>96</sup> “En concreto, la separación *montesquíviana* que excluye de raíz la legitimidad de la justicia retenida supone la negación de la monarquía administrativa borbónica, cuya representación ideal viene dada por el tópico del despotismo oriental: la condición mínima para distinguir un Estado monárquico —es decir, monocrático, pero moderado— de uno despótico está construida por la asignación total del poder de juzgar a personas distintas al monarca”. *Ibidem*, p. 84.



administración.<sup>97</sup> Este hecho histórico, además, se conjugaría con la nueva concepción de la ley como enunciado de la voluntad política y su codificación, a cuyos orígenes y consecuencias ya nos hemos referido. En este contexto, la Revolución francesa culmina la superación del paradigma judicial que inició en la Ilustración, prohibiendo a los jueces interpretar la ley y exigiéndoles total y absoluta sumisión. Además, para garantizar esta circunstancia, se creó el tribunal de casación, cuya función fue precisamente la de ser “el guardián supremo de la ley, el instrumento permanente de control del legislador sobre el Poder Judicial”.<sup>98</sup> Paralelamente, se terminó de sustituir la vieja organización corporativa del Medioevo por la nueva administración general del Estado, la cual se emancipa por completo del control judicial y, por lo demás, la considera una función inferior frente a ese “Estado que actúa”: “La función administrativa es permanente porque no existe un instante en la vida en el que el ciudadano no esté en relación con el Estado... mientras que la justicia es para el ciudadano algo puramente facultativo en la mayor parte de los casos, un remedio del que bien se puede prescindir”.<sup>99</sup>

Decae así por completo el régimen judicial de derecho. La justicia se convierte, en el mejor de los casos, en la voz que verifica en el caso concreto la norma enunciada en el código. El nuevo Estado es un Estado que ordena sólo a través de la ley, la cual se exige que se aplique con rigor por los cuerpos de jueces y administradores.

## VI. DERECHOS HUMANOS Y DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

En las teorías jurídicas contemporáneas subsiste el debate de si existe una respuesta correcta para toda cuestión jurídica o, bien, los instrumentos jurídicos no indican una respuesta única, de manera que cada decisión judicial no es sino una entre las diversas respuestas que el juez puede sostener en cada caso concreto.<sup>100</sup> Además, hay autores que, reconociendo la discrecionalidad que existe en el proceso de concreción del derecho por parte de los jueces, emprenden estudios con la finalidad de expulsar o al menos circunscribir estos espacios de maniobra a través de la elaboración de técnicas legislativas específicas o el desarrollo de modelos “racionales” de decisión judicial, bajo el presupuesto de que la discrecionalidad es algo *que se debe y se puede* evitar, esto

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>100</sup> Rentería Díaz, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, cit., p.15.

es, que la discrecionalidad es algo susceptible de ser eliminado o al menos circunscrito.<sup>101</sup> Como quiera que sea, lo cierto es que, salvo la tesis de Ronald Dworkin sobre la *one right answer*,<sup>102</sup> actualmente son muy pocos los autores que están dispuestos a sostener seriamente la tesis de la respuesta correcta.

Más allá del posicionamiento de la tesis de la respuesta correcta y la tesis opuesta, un estudio sobre la cuestión de la responsabilidad de los jueces es pertinente cualquiera que sea la posición doctrinal que se adopte.<sup>103</sup> En efecto, bajo el primer supuesto (la tesis cognitivista de la decisión judicial), un estudio sobre la responsabilidad del juez está del todo justificado pues se parte de la premisa de que la respuesta de cada caso concreto está presente en ese ordenamiento jurídico completo y coherente, y si ésta no es identificada efectivamente por el juzgador —esto es, si no fue capaz de transmitir a las partes la solución predispuesta por el legislador— es claro que incurre en una responsabilidad específica.<sup>104</sup> Asimismo, también para quienes sostienen el segundo supuesto (la tesis discrecionalista de la decisión judicial), la cuestión de la responsabilidad es de la mayor relevancia, pues si se reconoce que el juez introduce en su proceso de decisión sus propias convicciones y creencias, y que su decisión es sólo una entre las diversas posibilidades que le brinda el ordenamiento, con mayor razón está llamado a responder por la racionalidad de los motivos que la sostienen.<sup>105</sup>

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>102</sup> Cfr. Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.

<sup>103</sup> Rentería Díaz, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, *cit.*, p. 16.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>105</sup> Miguel Carbonell, en una muy importante compilación sobre el tema, ha destacado al respecto la presencia de juristas que sostienen que no hay novedad alguna en este paradigma y que, más bien, “se trata de una etiqueta vacía que sirve para presentar bajo un nuevo ropaje cuestiones que en antaño se explicaban de otra manera”, a lo que el citado autor objeta que la novedad no está en sus elementos, sino en su conjunto. Cfr. Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2007. Entre los autores que se suele identificar con este paradigma, destacan: Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993; Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 9a. ed., Madrid, Trotta, 2009; *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, y *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2007; Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, CEPC, 2000; Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 1999; Guastini, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2009, y *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 6a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2004; Prieto Sanchís, Luís, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997; Tushnet, Mark (ed.), *The Constitution in Wartime. Beyond alarmism and Complacency*, Durham, Duke University Press, 2005, y Tushnet, Mark (ed.), *The Warren Court in Historical and Political Perspective*, Charlottesville, Londres, Virginia University Press,

Este debate sobre la existencia de la discrecionalidad judicial, y la discusión sobre la conveniencia o no de su restricción, si bien también subsiste en el ámbito de la justicia ordinaria, resulta más notable en el plano de los derechos fundamentales, en particular, a partir de las teorías del constitucionalismo contemporáneo. El concepto de *constitucionalismo*, como explicación teórica del Estado constitucional de nuestros días, no posee un significado unívoco, y de él pueden hacerse diversas lecturas debido a que se trata de un fenómeno muy relevante pero de reciente aparición.<sup>106</sup> En síntesis, como bien advierte Luis Prieto Sanchís, el constitucionalismo impulsa una nueva teoría del derecho, cuyos rasgos más sobresalientes cabría resumir en los siguientes cinco epígrafes: más principios que reglas; mayor ejercicio de la técnica de la ponderación que de la subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario, y coexistencia de una constelación plural de valores, a veces contradictorios entre sí, en vez de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí.<sup>107</sup>

Asimismo, para Luigi Ferrajoli, uno de los autores de mayor pujanza en esta temática, el constitucionalismo no sólo es el legado más importante del siglo XX sino, además, un programa normativo para el futuro, en el sentido de que los derechos fundamentales establecidos por las Constituciones deben ser garantizados y satisfechos: el *garantismo* es, así, la otra cara del constitucionalismo.<sup>108</sup> Por tanto, para este autor, uno de los criterios más im-

---

1993; Sunstein, Cass, *Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, y *The Constitution of Many Minds*, Princeton, Princeton University Press, 2009; Ackerman, Bruce, "This is Not a War", *The Yale Law Journal*, New Haven, vol. 113, núm. 8, 2004, y *Before the Next Attack. Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, New Haven, Yale University Press, 2006; Tribe, Laurence, *Abortion. The Clash of Absolutes*, Nueva York, Londres, Norton and Company, 1992; Moreso, José Juan, *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

<sup>106</sup> García Figueroa, Alfonso, "La teoría del derecho en tiempos del constitucionalismo", en Carbonell, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Trotta, 2003, p. 160.

<sup>107</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997, p. 198.

<sup>108</sup> Sin embargo, es importante precisar que neoconstitucionalismo y garantismo presentan algunas diferencias: "La más elemental es que el garantismo es, en primera instancia, una teoría que surge en el ámbito del derecho penal y que, sólo después, en respuesta a las transformaciones de los modelos constitucionales, da el salto al ámbito más amplio del derecho y la justicia constitucionales. El neoconstitucionalismo, en cambio, es una categoría conceptual inventada por los miembros de la escuela genovesa con la finalidad de ofrecer una dominación común a un conjunto de concepciones que tienen presupuestos y propuestas tan próximos que pueden considerarse como parte de una misma aproximación teórica.

portantes para responder qué derechos deben ser garantizados como fundamentales es el papel de los mismos como leyes del más débil, en contraste con la ley del más fuerte que regiría en su ausencia: en primer lugar, el derecho a la vida, contra la ley de quién es más fuerte físicamente; luego, los derechos de inmunidad y de libertad, frente al arbitrio de quien es más fuerte políticamente, y, finalmente, los derechos sociales, que son derechos de supervivencia contra la ley de quién es más fuerte social y económicamente.<sup>109</sup>

Paradójicamente, el tribunal constitucional (que es precisamente el órgano a través del cual hoy normalmente se protegen y garantizan estos derechos) es obra de un formalista convencido, de un defensor a ultranza del legislador democrático frente al activismo judicial. La función del órgano de control concentrado ideado por Hans Kelsen —a diferencia del sistema de control difuso norteamericano o *judicial review*—, es la de un legislador negativo que garantiza únicamente el proceso de creación normativa establecido en la Constitución y, por tanto, lejos de entrar en conflicto con el parlamento, le complementa. En el primitivo modelo de justicia constitucional del jurista austriaco, la constitucionalidad de una ley, esto es, su validez, se restringe a un criterio meramente formal.<sup>110</sup>

Luigi Ferrajoli, consciente de la trascendencia del criterio sustancial, introduce una escisión en el concepto positivista de validez: distingue validez formal (vigencia) de validez material (validez en sentido estricto). Para el profesor italiano, una norma es vigente si no adolece de vicios formales, es decir, si fue creada por el sujeto competente y a través del procedimiento jurídicamente previsto en la Constitución; en cambio, una norma es válida si no adolece de vicios materiales o sustantivos, es decir, si no contradice una norma del ordenamiento jerárquicamente superior. Validez, bajo este supuesto, significa validez material, y el concepto de vigencia se refiere a una validez formal. Así, mientras los juicios sobre la vigencia de las normas

---

Y, precisamente por ello, cuando se habla del neoconstitucionalismo es menester reparar en las diferencias que cruzan a las obras de los autores que, no sin cierta arbitrariedad, reunimos bajo esa categoría: desde Dworkin hasta Zagrebelsky, pasando por Nino y Alexy, hasta algunas voces en América Latina como Miguel Carbonell o Carlos Bernal Pulido”. Salazar Ugarte, Pedro, “El garantismo y el neoconstitucionalismo frente a frente. Algunas claves para su distinción”, *Ponencia presentada en el VIII Congreso Mundial de Derecho Constitucional*, México, 2010, p. 4.

<sup>109</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 36.

<sup>110</sup> García Figueroa, Alfonso, “La teoría del derecho en tiempos del constitucionalismo”, *op. cit.*, p. 164.

requieren sólo una averiguación empírica para su resolución, los de validez son juicios de valor y, por tanto, opinables.<sup>111</sup>

Esta distinción ha permitido la operatividad de las denominadas *Constituciones principalistas*, esto es, Constituciones redactadas con base en principios (valores, derechos fundamentales, directrices a los poderes públicos) que, lejos de ser coherentes entre sí, incorporan postulados contradictorios, en coherencia con el pluralismo que caracteriza a las sociedades contemporáneas.<sup>112</sup> A partir de los principios, es posible expandir el ámbito de influencia de la Constitución pues, si detrás de cada precepto legal existe una norma constitucional que lo confirma o lo contradice, todo conflicto jurídico encuentra una o más orientaciones, lo que tiene como consecuencia que todo el ordenamiento jurídico se encuentre impregnado de un texto fundamental efectivamente omnipresente.<sup>113</sup>

Los principios (en oposición a las reglas) precisan de un método interpretativo distinto a la subsunción. Cuando dos reglas entran en conflicto, una de ellas no es válida u opera como excepción de otra. En cambio, cuando la contradicción se entabla entre principios constitucionales, ésta no puede resolverse mediante los criterios de jerarquía, cronología o especialidad, pues ello implicaría declarar el predominio de uno sobre otro, estableciendo una jerarquía que no está dada en la Constitución.<sup>114</sup> El juicio de ponderación (o principio de proporcionalidad) es el método alternativo a la subsunción. Ponderar equivale a formular un enunciado de preferencia condicionada bajo la orientación “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”,<sup>115</sup> sin que esto excluya que en otro caso distinto pueda prevalecer el principio, en este caso concreto, derrotado.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 167.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 168.

<sup>113</sup> La Constitución “ofrece un denso contenido material compuesto por valores, principios, derechos fundamentales, directrices a los poderes públicos, etcétera, de manera que es difícil concebir un problema jurídico medianamente serio que no encuentre alguna orientación y, lo que es más preocupante, en ocasiones distintas orientaciones en el texto constitucional: libertad, igualdad —formal, pero también substancial—, seguridad jurídica, propiedad privada, cláusula del Estado social, y así una infinidad de criterios normativos que siempre tendrán alguna relevancia. Es más, cabe decir que detrás de cada precepto legal se adivina siempre una norma constitucional que lo confirma o lo contradice”. Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, *cit.*, p. 132.

<sup>114</sup> García Figueroa, Alfonso, “La teoría del derecho en tiempos del constitucionalismo”, *op. cit.*, 161.

<sup>115</sup> Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, p. 118.

Dicho de otra forma, las normas constitucionales están redactadas a base de principios —tal como lo plantea Riccardo Guastini— porque son normas fundamentales (es decir, son normas que caracterizan al sistema jurídico y que brindan una justificación ético-política a las otras normas del sistema) y porque estructuralmente son indeterminadas (es decir, son normas derrotables y genéricas).<sup>116</sup> Las normas legales, en cambio, están redactadas como reglas, como normas que no caracterizan genéricamente al sistema jurídico sino que regulan una materia en particular, y que no se presentan como axiomas sino que, por el contrario, precisan de una justificación ético-política que les da, precisamente, los principios.<sup>117</sup> Además, las reglas tienen la pretensión de establecer de manera completa y exhaustiva los hechos a partir de los cuales se produce la consecuencia jurídica que establece, y pretende ser precisa, esto es, una norma inmediatamente susceptible de aplicación a los casos concretos.<sup>118</sup>

Dadas sus particularidades, la ponderación constituye una tarea esencialmente judicial. De lo anterior se desprenden importantísimas consecuencias para el juez constitucional quien, desde ahora, debe desempeñar una función crítica y valorativa de la ley. Si la Constitución condiciona las decisiones de la mayoría, el protagonismo fundamental no puede corresponder al legislador y, así, el constitucionalismo se resuelve en *judicialismo*.<sup>119</sup> Además, la distinción entre vigencia y validez como conceptos separados sugiere importantes transformaciones para la ciencia jurídica: en virtud del concepto de vigencia, el juez puede aplicar validamente las leyes vigentes (porque existe una presunción de validez de éstas) pero, a partir del de validez, no tiene la obligación jurídica de aplicar leyes inválidas aunque estén vigentes.<sup>120</sup> El reconocimiento de esta disociación “desvanece la presunción de legitimidad... *jacobina* y puramente política de la democracia” convirtiendo a los jueces, según la expresión de Gustavo Zagrebelsky, en los señores del derecho.<sup>121</sup>

Así, es tal la discrecionalidad de la que gozan los jueces para la resolución de los casos sometidos a su consideración —en particular, los que involucran derechos fundamentales— que no extraña la existencia de claros opositores teóricos a la intervención judicial. Asimismo, frente a la ob-

---

<sup>116</sup> Guastini, Gustavo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, p. 115.

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>119</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, p. 86.

<sup>120</sup> *Idem*, p. 15.

<sup>121</sup> *Idem*, p. 36.

jeción democrática de la función jurisdiccional —como ya ha advertido Víctor Ferreres Comella—, se han construido teorías que argumentan que los tribunales son instituciones más adecuadas que las asambleas legislativas para interpretar y garantizar los derechos.<sup>122</sup> Hay otros autores, además, que han intentado restarle relevancia a la objeción democrática de la discrecionalidad judicial, argumentando que cuando un tribunal acierta a invalidar una decisión de la mayoría se produce un beneficio y no un coste democrático,<sup>123</sup> afirmando que las leyes tienen menores credenciales democráticas que una Constitución,<sup>124</sup> o bien, apelando a las virtudes del proceso judicial.<sup>125</sup>

Como quiera que sea, lo que definitivamente no puede negarse es que los principios a partir de los cuales hoy la judicatura resuelve las causas proporcionan un grado de discrecionalidad verdaderamente amplio que, como ya se afirmó al inicio de este estudio, debe traducirse en una responsabilidad proporcional: una responsabilidad jurídica y moral, en función de que hoy más que nunca los jueces están obligados a responder por las determinaciones de sus fallos, y una responsabilidad institucional como atributo personal interiorizado en cada miembro de la judicatura, que evite atentar, en lo posible, en contra de la finalidad más relevante de la institución judicial actual: la protección y la garantía de los derechos de las personas.

## VII. CONCLUSIONES

1. En un sentido amplio, ser responsable significa ser llamado a responder por algo: por una acción, una omisión o un pensamiento. La noción de responsabilidad —ya sea de orden jurídico o moral— implica que dicha respuesta se da con relación a alguien y de una determinada manera. En el plano jurídico, el interlocutor principal siempre es un órgano autorizado por el ordenamiento para tal fin, por lo general, un tribunal o un juez, y la determinación de dicha responsabilidad sucede mediante un proceso. En el ámbito moral, en cambio, el interlocutor no se encuentra claramente determinado y el proceso carece totalmente de formalidades. Asimismo, en el plano de la sanción en el ámbito jurídico, ésta se encuentra perfectamente institucionalizada y organizada; pero en el comportamiento de orden moral, la sanción puede ser

---

<sup>122</sup> Cfr. Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 2007.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 358.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 456.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 272.

determinada por el propio agente que ejecutó u omitió la conducta, la cual no está predeterminada en cantidad ni en calidad.

Otro sentido del término responsabilidad que se usa con frecuencia en el lenguaje común es el que “expresa la posibilidad de prever los efectos del propio comportamiento y de corregir el comportamiento mismo con base en tales previsiones”. Por su parte, para los teóricos de la institución, *lo institucional* presupone o genera una forma social que perdura, que no depende de las voluntades subjetivas de los individuos, una obra social ejecutada a partir de una idea que recluta y renueva voluntades para su realización. En este contexto, ser *responsable institucionalmente* se refiere a un calificativo que se atribuye a una persona que prevé los efectos de su comportamiento y lo corrige en función de tales previsiones con la finalidad de no atentar contra la permanencia de la institución de la que forma parte, esto es, que evita atentar en contra de su legitimidad.

2. El objeto de la justicia en sede antigua —lo debido, lo justo— no sólo nos habla del origen del término, sino —más importante aún— de una noción que permanece sin variaciones sustanciales a lo largo de los siglos, en tanto virtud de dar a cada uno lo suyo. El derecho tiene una función social que parte de la observación de que las relaciones entre las personas necesariamente precisan de mecanismos que restituyan las cosas que indebidamente están en poder de otros o que son atacadas o dañadas. Este acto de justicia, para que además sea prudente, no puede agotarse en la determinación de lo que es debido, sino que también debe de mover a la persona a realizar dicho acto que se estima justo. Por ello, la justicia es siempre una virtud relacional, es decir, un acto que sólo se puede medir en función de la relación que guarda una persona con respecto a otra.

Durante el antiguo régimen, la ciencia jurídica se identificó con el término “posición”: el lugar o cierto estatuto que corresponde a cada una de las partes de una relación. La determinación de esta posición es tarea del juez, a través de una serie de razonamientos basados en la estructura de la relación que existe entre las partes. Así, la jurisprudencia en sede clásica, lejos de ser un mero cotejo de requisitos legales, es una tarea destinada a reconocer, establecer o restablecer el orden de la sociedad a través de la determinación del “lugar” o el estatuto que le corresponde a cada persona. En oposición al entendimiento del derecho como *posición*, puede oponerse la idea del derecho como *situación* propia de la Modernidad, un derecho desvinculado de los casos concretos, de las circunstancias de tiempo y lugar, de la estructura, las partes, la relación, la finalidad del caso y, en fin, un derecho sin historicidad que, con el afán de garantizar unidad y certeza jurídicas, su-



prime el juicio del intérprete, no admite razonamiento jurídico más allá del texto de la ley y, en consecuencia, es ajeno a toda idea de justicia relacional.

Contraria a la impresión dominante en la actualidad, que sostiene que el poder público históricamente se ha manifestado principalmente a través de la administración, durante siglos su representación dominante fue el acto de juzgar. Esta función, que se expresaba a través del concepto de *jurisdictio* desarrollado por los posglosadores, le asignó al juez un papel de ordenador de la sociedad, la responsabilidad de la composición de conflictos sociales a través del recurso a un derecho ya dado. Esta concepción del orden político se fue erosionando a lo largo de la Edad Moderna, y en particular desde la codificación, que construye un paradigma en el que prima la función pública de administrar, una visión de Estado que ya no tiene la finalidad de la composición de conflictos, sino la de la consecución de sus propios intereses como sujeto de derecho público. Así, la justicia se convirtió, en el mejor de los casos, en la voz que verifica en el caso concreto la norma enunciada por el poder público y no ya en la determinación de lo justo en cada caso concreto.

3. El constitucionalismo es una explicación teórica del paradigma jurisdiccional que predomina actualmente en nuestros ordenamientos, en el que prevalecen los principios sobre las reglas; el ejercicio de la técnica de la ponderación sobre la subsunción; la omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes; la omnipotencia judicial en lugar de la autonomía del legislador ordinario, y la coexistencia de una constelación plural de valores, a veces contradictorios, en vez de una homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí. En este modelo, es claro el amplio margen de discrecionalidad que se reconoce a los jueces para resolver las controversias, discrecionalidad que —como ya se citó— debe venir acompañada de una responsabilidad ética, jurídica y, sobre todo, institucional de la misma proporcionalidad.

Hoy, la función jurisdiccional apunta claramente hacia un modelo abierto y plural que no se identifica más con el paradigma del juez automático ni con la idea de que es posible prever en un código toda la problemática social de forma completa y coherente. La actividad cotidiana de los jueces, en particular desde la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, ha significado una recuperación del derecho como cosa concreta, histórica, real, singular y diferenciada, un derecho que vuelve a vincularse a los casos concretos, a las circunstancias de tiempo y lugar y, en fin, un derecho que vuelve a recuperar la imagen del juez como ordenador de la sociedad, como guardián, protector y garante del patrimonio máspreciado de las personas de este tiempo: los derechos.