

Reflexiones sobre el Rol del Juez

Yuri Vega Merc (*)(**)

«El artículo que a continuación presentamos constituye una interesante reflexión entorno al rol del juez y del juez constitucional en el contexto peruano. El autor basándose esencialmente en doctrina americana analiza el rol del juez a partir de su relación con otros agentes del sistema, con la configuración de su actuación y con la visión de sus líderes. Análisis que identifica ideas prácticamente obsoletas en torno al rol de juez y nos empuja a tener en cuenta la posibilidad de un rol más activo de aquel en nuestro sistema de justicia».

1. Preliminares

Estas reflexiones son consecuencia de hechos de reciente data: (i) la promulgación de la Ley de la Carrera Judicial; (ii) el mensaje de apertura del año judicial 2009 del actual Presidente de la Corte Suprema y (iii) el discurso del nuevo Presidente del Tribunal Constitucional del 06 de enero.

Sin perjuicio de las referencias que haré a la Ley de la Carrera Judicial, llama la atención las tendencias opuestas en determinados aspectos de los dos discursos pues mientras Villa Stein anhela que la Corte Suprema retome la labor de control de la constitucionalidad de las leyes y, por ende, amplíe su actuación, Vergara Gotelli apunta hacia una autolimitación del Tribunal Constitucional tras afirmar que este ha tenido una participación en áreas o en casos en los que no debió (a su criterio) intervenir. No puedo precisar si Vergara Gotelli anhela propiciar una actitud similar a la de la *judicial restraint*, es decir, de fomentar la limitación del Tribunal Constitucional en la creación de nuevos derechos o en la derogación de normas dejando dicha tarea en las manos de los órganos constitucionalmente autorizados para tal fin de acuerdo a los procedimientos democráticos tradicionales. Lo que sí parece claro es que persigue como tendencia la no invasión de esferas o competencias ajenas.

A lo largo del trabajo aludiré a ciertos pasajes de ambas intervenciones con el fin de intentar descubrir algunas afirmaciones que considero debe

remarcarse. Lo común, en todo caso, parece ser la creciente necesidad de encontrar confianza en la comunidad sobre el rol que atañe a los Jueces, ya sean de la Justicia ordinaria o constitucional.

A pesar que con frecuencia el tema de la administración de justicia aparece en la prensa o en la crítica, es inocultable que a la fecha no se ha logrado una verdadera reforma al sistema. Y lo hecho no ha terminado de cuajar, requiere de ajustes que no siempre son fáciles de señalar o no se ha implementado. El trabajo efectuado por la Comisión Especial para la reforma integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS) sin duda constituye el intento más serio y completo de los, hasta hoy, fallidos anhelos de mejorar el sistema. El trabajo se puede afinar y merece mayor atención de la que ha tenido. En su discurso de asunción de la presidencia de la Corte Suprema, Villa Stein no quiso hablar de una reforma más del Poder Judicial y apenas hizo una leve mención al Plan Nacional de la CERIAJUS. Destacó –entre otros aspectos– la necesidad de reafirmar la independencia del Juez¹ y de apuntalar la transparencia y eficiencia con la que deben tratarse los procesos que posiblemente tocan la fibra de la parte relativa, cuando menos, a la gestión judicial.

Quizá a ello debería añadirse la necesidad de no dar exagerada importancia a las encuestas [usualmente genéricas] que la prensa o a veces las propias universidades publicitan pues no contribuyen a determinar los aspectos que resulta necesario reforzar o mejorar al interior de los Tribunales. Las

* Abogado (Universidad Nacional Mayor de San Marcos). Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Honorario de la Universidad Católica Santa María (Arequipa).

** Quisiera agradecer a mi amigo y colega, el reconocido jurista, Nelson Ramírez Jiménez, por los acertadísimos y valiosos comentarios a la versión preliminar de este ensayo que me permitió corregir algunos errores. Los que quedan, por supuestos, son de mi entera responsabilidad.

También quisiera agradecer a Hernán Carrillo y a Manuel Asencio Salazar por haberme proporcionado algunos de los materiales que me han servido para escribir estas líneas.

1 Según SANFORD LEVINSON, *Identifying «independence»*, en Boston University Law Review, Vol. 86, 2007, pp. 1297 ss, esp. pp. 1299 a 1302, existen tres variables con las que se podría identificar la «judicial independence»: (i) la relacionada con la presión que se ejerce sobre los Jueces para tratar de incidir o definir sus decisiones, (ii) la libertad con la que los Jueces debieran, si deciden, dejar su cargo y (iii) los métodos de selección de los Jueces. A ello añadiría la variable de la no ratificación basada en razones políticas.

encuestas pueden tener vicios de estructura por la forma en que se formulan las preguntas o bien en razón de las personas a las que se presentan y que no tienen idea alguna del tema sobre el que opinan.

Existen otros aspectos algo descuidados o bien silenciados sobre los cuales quisiera detenerme, valiéndome de algunas referencias al sistema judicial de los Estados Unidos de América o de estudios del mismo país dedicados al rol o al análisis del comportamiento de los Jueces, especialmente para destacar las diferencias con un sistema bastante diferente al nuestro, que forma parte del *Civil Law*.

En alguna forma el hilo conductor de este ensayo es el acento que se sugiere colocar en el papel de los Jueces en la aplicación y creación del derecho; en cómo medir su actuación, especialmente en áreas que podrían reclamar un rol mucho más creativo que el que se quiere reconocer; en su nombramiento; en las diferencias entre la labor de los Jueces y los que no lo son; en los recursos de los que deben valerse para resolver los conflictos que se les plantea así como en la pregunta sobre qué clase de Jueces queremos tener y con ello abrir dichos temas a un debate que parece haberse enfriado y que debe abarcar nuevas variables. Todo ello gira, reitero, sobre el rol (el real y el deseado) de los Jueces.

2. El Deliberadamente limitado Rol de los Jueces

La herencia de Montesquieu y del Estado de Derecho del siglo XIX parece haber acampado plácidamente en nuestro sistema. El rol deliberadamente limitado de los Jueces tiene, sin duda, un origen político e histórico. El sistema de administración de justicia y la separación de funciones (aplicada drásticamente a los Jueces por los demás poderes) exige a los Jueces que no creen derecho ni actúen como legisladores en ningún caso. Se espera de ellos una actuación neutra o aséptica en la aplicación del Derecho. En casos de no existir fuente escrita (ley) se recurrirá a las otras fuentes [entre otras cosas para mantener el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico] sin darles espacio para obrar con discreción en la solución de controversias. Nuestros Jueces son compelidos, de una manera abierta o hipócrita, a ser la *bouche de la loi*.

Con mayor razón se espera que los Jueces, como sí ha ocurrido en otras latitudes, como en los Estados Unidos de América², no se inclinen ni favorezcan ningún tipo de solución o política (*policy*) en área social alguna en la que el Derecho deba prestarse a ser un vehículo facilitador de determinadas actividades u objetivos. Esa labor ha estado y está reservada a los Parlamentos (o al Ejecutivo). A los Jueces, a lo sumo, se les encarga interpretar la ley antes de aplicarla no sin antes remarcar la importancia de la *mens legislatoris* en los trabajos de elaboración de las leyes para ser utilizados como parte de los cánones hermenéuticos que les permitirá conocer los intereses y valores mensurados y balanceados por el Legislativo o por el autor de la norma.

Esta actitud restrictiva ignora deliberadamente que el Juez se enfrenta a una norma estructurada sobre la base de las decisiones valorativas de sus autores pero compuesta de mandatos, conceptos, *standards*, cláusulas abiertas y otros elementos que deben ser incardinados en una realidad que no es estática y que puede, en esa medida, demandar una apropiada adecuación (me refiero a la norma, no a la realidad). El Juez, ante ello, no puede, salvo que renuncie a su rol, dejarse guiar por otros sin más, a ciegas. El Juez no es un autómatas ni una computadora que procesa una solución o una respuesta a partir del cúmulo de información con el cual se le alimenta.

La jurisprudencia de la Justicia ordinaria, por lo demás, si bien ha adquirido mayor importancia en los últimos lustros (no en la misma dimensión que en otros países de la familia del *Civil Law*), lamentablemente, dista de constituir un cuerpo de doctrina que haya logrado un grado de reconocimiento, de desarrollo y coherencia, y mucho menos de integración a los bloques normativos (usualmente otras fuentes encabezadas por la ley) con los que se resuelve los conflictos.

Las inconsistencias o las sentencias opuestas sobre un mismo tema no hacen posible pensar en un sistema de fuentes que sea capaz de generar doctrina similar a la doctrina del *stare decisis* (la observancia del precedente) que naciera en Inglaterra y en los Estados Unidos curiosamente sólo a partir del siglo XIX, a pesar de ser sistemas en los que el Derecho ha sido –históricamente– forjado, en lo fundamental y durante varios buenos siglos, por los Jueces (*Judge made law*)³.

2 Es la tesis que sostiene HORWITZ, MORTON J., *The transformation of American Law, 1780-1860*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts) and London (England), 1977, pp. 1 a 30. Sostiene el notable historiador, refiriéndose a la emergencia de una concepción instrumental del derecho en los Estados Unidos durante el siglo XIX, que: «... by 1820, the process of common law decision making had taken on many of the qualities of legislation. As judges began to conceive of common law adjudication as a process of making and not merely discovering legal rules, they were led to frame general doctrines based on a self-conscious consideration of social and economic policies». Líneas más adelante, p. 23, señala que: «As judges began to conceive of themselves as legislators, the criteria by which their shaped legal doctrine began to change as well...». Hubo, en efecto, consciencia de utilizar al derecho como instrumento de política social.

También puede verse una obra utilizada por el mismo HORWITZ, que es un texto clásico de historia del derecho americano. Me refiero a la obra de JAMES WILLARD HURST, *The Law and the conditions of freedom in the Nineteenth-century United States*, The University of Wisconsin Press, Madison, 1964, especialmente el capítulo I, referido al uso del derecho para permitir el crecimiento de una nueva nación fomentando lo que HURST califica como «the release of energy» (pp. 3 a 32). En el siglo XIX, como bien dijo el polémico jurista Americano GRANT GILMORE, *The ages of American Law*, Yale University Press, 1977, p. 36, en los Estados Unidos «...The federal Congress did little; the state legislatures did less. The judges became our preferred problem-solvers».

3 HORWITZ, *The transformation of American Law, 1780-1860*, cit., pp. 4 a 9. MATTEI, UGO, *Il modello di common law*, con la collaborazione di Luisa Antonioli Deflorian, G. Giappichelli Editore, Torino, 2004, pp. 133 ss. El *Common Law* ha sido fundamentalmente creación de los Jueces a lo largo de los siglos

El Juez ordinario formado en la tradición republicana de la *Civil Law* no fue ni ha sido –ni lo es, en algunos países,- reconocido como un activo creador del derecho. Se espera (en medios restrictivos como el nuestro, o para quienes conservan una visión tradicional de su rol) que no consagre nuevos derechos, que no usurpe funciones legislativas ni desconozca el sistema de fuentes (en el que la jurisprudencia debiera darle mayores espacios para desarrollar capacidad creativa, por cierto). No ha existido tampoco ninguna tendencia ni actuación que pudiere ser catalogada, en nuestro medio, de «activismo judicial»⁴.

Aun sin ser necesario llegar a extremos, y sin rozar siquiera, por ahora, materias relacionadas con el derecho constitucional, es evidente que el rol del Juez es de mayores dimensiones e importancia que aquel que le dan aquellos que esperan que sea un aplicador pasivo y neutral de material que no ha creado. Los Jueces no sólo interpretan la ley o las fuentes; no solo las aplican; también crean reglas específicas a partir del material que utilizan y en ello contemplan los valores e intereses involucrados y la forma en que pueden haber sido incorporados o protegidos en las normas con las que deciden una controversia. Los Jueces deben engarzar las reglas que utilizan en los hechos que analizan y completar o definir los espacios o las definiciones que le son delegadas por el sistema (utilizando conceptos vivos o dándoles contenidos cuando ellos son recogidos en las normas), oxigenando y coloreando el material con las convicciones y contenidos que toman de la realidad, dándole sentido a las soluciones legales. Los Jueces no son autómatas y participan en la creación del Derecho desde que la sentencia y las

reglas que introducen son producto de esa labor de integración y correlación que se debe forjar entre las reglas, los principios, los conceptos, las cláusulas abiertas, los *standards*, la técnica, el método y los intereses en juego.

La cuestión es más polémica si se analiza el rol del Juez Constitucional. ¿Puede intentar imponerse la misma imagen del Juez [ordinario] neutral, carente de discrecionalidad y ajeno al contexto en el que se desenvuelve, es decir, de un aplicador de entidades que se pretenden objetivas, como lo serían las normas constitucionales [que contienen las soluciones ya acordadas por los poderes elegidos democráticamente y que crean tales normas –o las modifican- por medio de procedimientos democráticos] o bien debe tener una actuación positiva relacionada a la afirmación de los derechos fundamentales, y reconocimiento de nuevos derechos?

El discurso del actual Presidente del Tribunal Constitucional se orienta hacia una autolimitación. La pregunta es, ¿de qué? En su discurso alude a intromisiones en competencias ajenas sin abundar en detalles y que ha generado –señala- que un sector de la crítica califique a los miembros del Tribunal de «metiches». Aunque no sea nada elegante, es el término que usa Vergara Gotelli. Quizá la autolimitación pueda responder a que, a riesgo de ser cuestionado por lo que diré, el Tribunal Constitucional ha tenido una actitud, en algunos casos, similar la de un «activismo judicial» al leer la Constitución de una manera que le permitiera consagrar soluciones nunca imaginadas o reconociendo algunas prerrogativas o derechos a partir de la interpretación constitucional⁵.

pero la doctrina del *stare decisis* es de corta vida. Las decisiones de las Cortes Supremas estatales o bien de la Corte Suprema Federal en los Estados Unidos o bien lo resuelto por la *House of Lords* en Inglaterra sustenta dicha doctrina. La preponderancia de la labor de los Jueces en la creación del derecho no niega, sin embargo, la importancia de otras fuentes a lo largo de los siglos de su formación, como lo intenta demostrar TUBBS, J.W., en su extraordinario e inusual libro (por ocuparse de las fuentes del derecho exclusivamente) *The common law mind. Medieval and early modern conceptions*, The John Hopkins University Press, Baltimore and London, 2000.

- 4 Como suele denominarse en los Estados Unidos a la orientación de Jueces que declararon abiertamente ser partícipes del proceso de creación del derecho. A pesar que los famosos Jueces Supremos OLIVER WENDELL HOLMES y BENJAMIN CARDOZO, conocidos por su labor más que notable en los inicios del siglo XX, apostaban por la actividad creativa y legislativa de los Jueces americanos, no son considerados mayoritariamente como parte del movimiento conocido como «activismo judicial». En su voto disidente en el caso *Southern Pacific Co. vs. Jensen*, 244. U.S., 205, 231 (1917), HOLMES dijo: «I recognize without hesitation that judges do and must legislate but they can do only interstitially ...». De CARDOZO se puede revisar su clásica y extraordinaria obra, *The nature of the judicial process*, Dover Publications Inc., New York, 2005, 99 a 137. El texto fue publicado originariamente en el año 1921.

El activismo judicial fue inaugurado por la actitud de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América cuando dicho Tribunal se opuso, en defensa de una política que favoreciera el *laissez faire*, a la nueva legislación de matiz social y a la propuesto como producto del *New Deal*. El punto de partida el año 1905 por el famoso caso *Lochner* en el que destacó el voto disidente de HOLMES, y que se computa como un período que se extendió hasta 1937, conocido como el período del «gobierno de los Jueces». En el caso *Lochner v. New York*, 198, U.S., 45 (1905), se protegió la libertad contractual por medio de la Enmienda decimocuarta a la Constitución americana prohibiendo al Estado de New York regular el máximo de horas de la jornada de los panaderos. En *Adair v. United States*, 208, U.S., 161 (1908) se sostuvo que la libertad contractual garantizada por la Enmienda decimoquinta impide que se prohíba la celebración de los llamados contratos de trabajo *yellow dog*. Esta cláusula en los contratos de trabajo preveía que el trabajador quedaba obligado a no sindicalizarse o a desafiarse si pertenecía al sindicato. En *Adkins v. Children's Hosp.*, 261, U.S., 525 (1923) se prohibió en el Distrito de Columbia prescribir un salario mínimo, también bajo el escudo de la libertad contractual.

Por activismo judicial también se alude a la actuación de la Corte Suprema bajo la presidencia de los Justices WARREN y BURGER (años 50 en adelante hasta la presidencia de WILLIAM REHNQUIST) en que el activismo supuso la lucha contra la segregación y la protección de las libertades civiles hasta llegar a la creación de derechos sustantivos no contemplados ni en la Constitución ni en sus Enmiendas en los Estados Unidos de América- Vid., por ej., del reconocido historiador contemporáneo del derecho americano G. EDWARD WHITE, *The American Judicial tradition. Profiles of leading American Judges*, Oxford University Press, New York, 1976, pp. 317 a 368. y BELTRÁN DE FELIPE, MIGUEL, *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 25 ss.

- 5 Recuerdo el caso de la pensión de viudez en el sistema público a favor del concubino sobreviviente; el del derecho a la reposición del trabajador y no sólo al pago de beneficios sociales en caso de despido arbitrario; el de la incorporación del concepto de la «Constitución ecológica», etc.

La no invasión de territorios ajenos que propone Vergara Gotelli tendría (también) como fin garantizar al inversor la predictibilidad de los mandatos del Tribunal y garantizar sus derechos en una clara alusión a decisiones básicamente de orden laboral, sin dejar de lado la defensa de los derechos fundamentales (que, por lo demás, discute para el caso de las personas jurídicas, sobre lo cual, en esta ocasión, no me detendré, no sin antes manifestar mi sorpresa).

Quisiera pensar que el Presidente se refiere, en lo esencial, a dos aspectos: (i) evitar la participación del Tribunal en casos en los que no hay en juego o en conflicto aquellos temas que reclaman su intervención (derechos fundamentales, valores constitucionales o reglas que sostengan el sistema democrático)⁶ y (ii) evitar la invasión de las esferas de otros órganos estatales. Todo parecería indicar que Vergara podría conducir al Tribunal hacia una suerte de *judicial restraint* allí donde la interpretación y aplicación de la Constitución evite que el Tribunal se convierta en un órgano legislativo (que suplante a los partícipes del juego democrático o que no observe los procedimientos de la misma índole). También (como veremos más adelante) promoverá el uso de la jurisprudencia de su propio Tribunal, lo que, como es evidente, implica que promoverá el apego a la Constitución y el uso de las decisiones del colegiado que preside, pero sin que ese apego a la Constitución lo muestre como un «originalista» en el estilo americano⁷.

En el discurso de Vergara Gotelli no se aprecia ninguna referencia sobre el rol que pudiere corresponder a un Juez Constitucional en aquellas áreas del derecho constitucional que el notable Juez Federal y jurista americano Richard Posner califica como áreas abiertas⁸ (que también llama de razonabilidad), que son aquellas en las que el material legal ortodoxo no basta ni brinda una regla ni una respuesta con la cual se defina la controversia.

Las «áreas abiertas» son, precisamente, las que dejan al Juez un amplio margen de discrecionalidad y dejan sentir la opción elegida por los propios Jueces o Tribunales en el asunto específico, renunciando a una actitud neutral allí donde habrán de recoger los valores e intereses que deban ser balanceados y protegidos de acuerdo con sus preferencias o inclinaciones (su pasado, su formación, su ideología) pero sin dejar que el Juez actúe arbitrariamente al encontrarse condicionado por el contexto [constitucional, institucional y moral] en el que se desenvuelve.

Por lo apenas señalado, no llego a entender, del discurso de Vergara Gotelli, si él percibe que el Tribunal ha actuado arbitrariamente en las áreas en las que no hubiere bastado el material legal ortodoxo o si considera que ha usurpado funciones que no se ciñeron a los procedimientos democráticos (y no sólo a competencias ajenas). En general, no creo que sea esa la conclusión a la que se pueda llegar frente a la labor del Tribunal Constitucional en los últimos años, pero sí creo que su deseo de querer ser el intérprete y defensor de la Constitución podría acarrear el riesgo (y quizá existan algunos casos que su Presidente no mencionó) de querer expresar su opinión en todos los temas candentes sin que en el medio exista una discusión que merezca su participación o que legitime su intervención.

No sé si los miembros del Tribunal han expresado su coincidencia con el contenido del discurso de su Presidente ni sé cuál será su posición sobre una eventual orientación hacia una *judicial restraint* o si son o no conscientes de ello. Dejo a salvo la presencia de figuras de reconocida trayectoria en materia constitucional que de seguro entienden largamente de una manera más autorizada que yo las palabras de su Presidente.

No puedo concluir esta parte del trabajo sin expresar mi preocupación por una eventual autolimitación del Tribunal que produzca una contracción allí donde se requiera y sea legítima su intervención. Los Jueces han sido siempre empujados a una reducida labor. Ahora, mientras el Presidente de la Corte Suprema quiere reconquistar antiguos espacios y ganar credibilidad, el Presidente del Tribunal Constitucional se orienta hacia una limitación autoimpuesta.

3. Los demás Poderes desean contar con Jueces «Legalistas»

Consecuencia directa e inmediata del estrecho [o negado] rol que se pretende reconocer al Juez en la creación del Derecho es el anhelo de los demás Poderes y de la Barra (es decir, de los Abogados) de contar con un Juez que se limite a aplicar e interpretar el material que se conoce anticipadamente (incluidos, cuando existan, los precedentes de observancia obligatoria), es decir, de contar con Jueces legalistas.

No se puede negar que ello traduce una imperativa necesidad de certeza. Los ciudadanos en general, los hombres de negocios y los Abogados esperan que los Tribunales actúen de acuerdo a las

6 Por ello cuestiona la participación del Tribunal en el famoso caso de la propiedad de las botellas de cerveza que generó una batalla entre empresas trasnacionales (STC N.º 1209-2006-PA COMPAÑÍA CERVECERA AMBEV PERU S.A.C.), así como un caso de un arbitraje entre empresas mineras (EXP.N.º 08229-2006-PA COMPAÑÍA MINERA ALGAMARCA S.A.). También deduzco esta orientación al deferir la solución de problemas relativos a la propiedad a la jurisdicción ordinaria y a las figuras que la protegen, desde la reivindicación a las acciones posesorias.

7 Ver nota 18.

8 POSNER, RICHARD A., *How Judges think*, Harvard University Press, 2008, pp. 9, 10, 93, 94 y espec. 269 ss.

probabilidades (o predicciones) que se anticipa a partir del conocimiento previo del conjunto normativo aplicable a cada situación en particular. Pero también existen espacios en los que la labor del Juez encuentra diversas opciones de actuar una norma, de interpretarla. El Juez, igualmente, puede enfrentar casos en los que la ley resulta insuficiente y necesita recurrir a la integración *legis o iuris* o alguna otra forma de interpretación (y al final a los principios generales) bajo la convicción de que el orden jurídico goza de plenitud y no tiene lagunas. No son pocos los casos en que puede haber un encuentro de valores que reclaman ser (uno de ellos) amparados y que aún carecen de protección.

En alguna medida el expresado anhelo de predictibilidad y las críticas que se lanza en contra de los Jueces responde a que éstos a veces adoptan decisiones absolutamente imprevisibles (las hay y muchas, no lo neguemos). En otros casos encontramos que al interior de un mismo Distrito Judicial o ante el mismo Tribunal los criterios o la interpretación y, por tanto, la decisión de casos iguales o similares, reciben respuestas diferentes echando por la borda las predicciones.

Un eventual cambio de opinión que sustituya un precedente de observancia obligatoria y afirme otro, no debería ser –en mi parecer– objeto de preocupación. Si un Tribunal varía una solución lo hace porque considera que el precedente previamente adoptado no era adecuado. La técnica del *overruling* (de superación o de abandono del precedente obligatorio y afirmación de uno nuevo), que no ha sido acuciosamente difundida ni estudiada en nuestra realidad judicial [por la escasa importancia dada a la jurisprudencia], es parte de las técnicas de decisión de conflictos en las Cortes del *Common Law*⁹ que no debiera causarnos desconcierto si no es frecuente.

Las diferencias de criterio al interior de las Cortes obedecen, entre otras causas, a las razones que antes mencioné. No todos los Jueces deben pensar igual. Ni todos tienen la misma formación y experiencia. No todos tienen las mismas habilidades. Las diferencias habrán de ser más complejas en aquellos casos en los que la ambigüedad de la norma provoca interpretaciones diversas o [evocando de nuevo a Posner] en aquellas áreas abiertas del derecho constitucional (o quizá también en otros ámbitos) en las que ni el texto ni los precedentes, ningún material ortodoxo, ofrecen una base para una decisión. Por supuesto, los juristas formados en el *Civil Law* dirán que el sistema de fuentes siempre proveerá una respuesta (aludo de nuevo a los principios generales del derecho).

Por otro lado, he de señalar que existen casos en los que no existe espacio para opiniones disímiles. No está demás recordar que es deseable que los Jueces, de alguna u otra forma, deben tener un acercamiento similar a la justicia de las soluciones que se requieren.

Si en las decisiones también ha de influir [dependiendo de la materia y de los espacios de maniobrabilidad o de discreción] la personalidad del Juez, entonces sus fallos igualmente son pasibles de ser coloreados con los antecedentes, la formación, la proveniencia, la cosmovisión, las impresiones, la extracción y la ideología del Juez. Ellos serán los que, de algún modo u otro, tendrán especial gravitación en los casos en los que la respuesta del Juez se enmarca dentro de un rango de discrecionalidad.

“En alguna medida el expresado anhelo de predictibilidad y las críticas que se lanza en contra de los Jueces responde a que éstos a veces adoptan decisiones absolutamente imprevisibles”.

Si trasladamos lo apenas anotado al derecho constitucional el asunto adquiere mayor interés, precisamente por el sistema de elección de los Jueces constitucionales. La composición del Tribunal no sólo es producto de la aplicación de las normas constitucionales sino, en lo esencial, del juego de las fuerzas políticas del Congreso. La composición, por ello, proviene de pactos, de alianzas combinadas con una suerte de análisis de méritos y aptitudes. Los perfiles de los candidatos, su pasado, su filiación o simpatía partidaria, sus obras, su actuación previa, etc., son parámetros que permitirán anticipar cómo resolverán en aquellos casos en que los materiales legales o constitucionales ortodoxos no bastan y ello es (asumo) considerado de modo especialmente destacado al momento de la elección parlamentaria.

El Juez, a pesar de la presión que ejercen los otros poderes y los protagonistas de la realidad judicial, no tiene por qué ser legalista. Lo puede ser, ciertamente, por convicción o por deseo de mantener su posición. Lo que quiero remarcar, en todo caso, es que si los Jueces son legalistas ello es, en parte, producto de la división de poderes pero también de reglas supuestamente democráticas que asignan al Congreso la responsabilidad de encauzar la labor de los Jueces al ser la legislación (o las normas escritas

9 Uno de los mejores libros escritos en los últimos años sobre la observancia de los precedentes judiciales y las técnicas que usan los Jueces y las Cortes para separarse de dichos precedentes es el libro del conocido y prestigioso Profesor MELVIN ARON EISENBERG, *The nature of the Common Law*, Harvard University Press, 1988. El Prof. EISENBERG es uno de los más destacados juristas americanos que han contribuido al desarrollo de una visión «dinámica» del derecho contractual americano y a la mejor doctrina en materia de corporaciones. El *American Law Institute* le encomendó la redacción de los principios para el *Corporate Governance* que ya tienen varios años de publicación y han sido favorablemente acogidos por la crítica.

no jurisprudenciales) la que de modo casi exclusivo marca la pauta de cómo deberán resolver los Tribunales.

4. Medición del Comportamiento de los Jueces (especialmente en los casos abiertos a la Discreción Judicial)

Las afirmaciones apenas formuladas han desencadenado en países como Estados Unidos diversas teorías que analizan el comportamiento de los Jueces, teorías con adecuado sustento científico que son objeto de debate. Posner¹⁰ ha acopiado hasta nueve teorías sobre el comportamiento judicial, entre las que destacan la teoría que llamaré política (*attitudinalism*), la formalista (con algunas vertientes) y la pragmática.

La primera teoría se relaciona con el proceso de selección de los Jueces Federales en los Estados Unidos de América, los cuales son propuestos por el Presidente y ratificados por el Senado. Es previsible que el Presidente elija a alguien que piense como él¹¹. Los actuales *Justices* de la Corte Suprema de Estados Unidos son en su mayoría conservadores y elegidos por Presidentes republicanos¹². Sin embargo, ello, al menos en dicho país, nunca significa la pérdida de independencia. Los *Justices* se deben a la Corte y no al Presidente¹³. Su procedencia ideológica (más que partidaria), empero, puede permitir intuir cómo resolverán en las denominadas áreas abiertas aun cuando en algunos casos ello pueda terminar siendo todo lo contrario como ocurrió con el fallo *Bush vs. Gore*¹⁴ en que los Jueces conservadores votaron como liberales y los liberales como conservadores.

Para esta teoría también se debe tener en cuenta otros antecedentes de los Jueces: su visión,

experiencia, declaraciones, simpatías políticas o referencias ideológicas, etc., que ofrecen un perfil del Juez y habilitan la predicción en los casos en que las normas y el material jurídico no comprenden una respuesta a casos constitucionalmente abiertos y necesitados de una definición judicial. Quizá habría que decir lo mismo para otros casos no constitucionales en los que el escalón final del sistema de fuentes (nuevamente aparece el recurso «salvador» dado por los principios generales del derecho) tampoco tiene una respuesta inmediata y concreta y la definición no se reduce a un simple juego deductivo.

No debemos olvidar que algunos principios generales del derecho o de determinadas áreas del derecho pueden tener ese rango o condición por ser la máxima expresión, a nivel jurídico, de acogimiento de ciertas políticas (*policies*) por parte del sistema legal. Así, por ejemplo, el principio *pacta sunt servanda* responde a la necesidad del tráfico o de una sociedad orientada o que gira en torno al mercado y que requiere el respaldo del Estado para el *enforcement* de los acuerdos. De modo que la aplicación de ciertos principios puede implicar la identificación de la política favorecida, su eventual vigencia o actualidad y saber si los intereses en juego serán adecuadamente protegidos mediante el recurso a tales principios que, por lo demás, exigirán que el Juez cree una norma o regla a partir de la aplicación del referido principio, o lo aplique directamente (como puede darse el caso con las normas constitucionales que plasman principios).

La teoría formalista, a su turno, explica el apego de los Jueces a los materiales ortodoxos: el derecho escrito, los precedentes, etc., a los cuales acudirán como fuentes de consulta con el fin de dar respuesta a un caso concreto. La regla, para cada juicio, podría

10 POSNER, *How Judges think*, pp. 19 a 56.

11 POSNER, RICHARD A., *The role of the Judge in the Twenty-First Century*, en *Boston University Law Review*, Vol. 86, 2007, p. 1052, dice: «At its crudest, this is the idea that judges and Justice simply vote their political preferences, so if you know whether they are Democrats or Republicans you can predict their decisions; a more refined version substitutes ideology for party affiliation». Dice CHERMERINKSY, ERWIN, *Seeing the Emperor's clothes: Recognizing the reality of constitutional decision making*, en *Boston University Law Review*, Vol. 86, 2007, p. 1078: «Every President in America history, to a greater or lesser extent, has chosen federal judges, in part, based on their ideology».

12 John G. Roberts, Jr. es el actual Presidente de la Corte por decisión de George W. Bush y tomó dicha posición el 29 de Septiembre de 2005. John Paul Stevens fue designado por el Presidente Ford y tomó posición el 19 de Diciembre de 1975. Es el más antiguo. Antonin Scalia, que nos visitó hace algunos pocos años, fue nombrado por el Presidente Ronald Reagan y tomó posición el 26 de Septiembre de 1986. Anthony M. Kennedy, también fue nombrado por Reagan y tomó posición el 18 de Febrero de 1988. David Hackett Souter fue nombrado por el Presidente Bush y se sentó como *Associate Justice* el 9 de Octubre de 1990. Clarence Thomas también fue nominado por el Presidente Bush y tomó posición el 23 de Octubre de 1991. La segunda mujer en ser *Justice* de la *Supreme Court*, Ruth Bader Ginsburg, (la primera fue Sandra Day O'Connor) fue designada por el Presidente Reagan y asumió el cargo el 10 de Agosto de 1993. Stephen G. Breyer fue designado por el Presidente Clinton y tomó posición el 3 de Agosto de 1994. Samuel Anthony Alito, Jr., fue nombrado por el Presidente George W. Bush y asumió el cargo el 31 de enero de 2006. Es el menos antiguo y sustituyó a Sandra Day O'Connor.

13 Así lo han sostenido inclusive el ex *Chief Justice* del Supremo Tribunal de Estados Unidos, el conservador republicano, REHNQUIST, WILLIAM H., en *The Supreme Court*, Vintage Books, New York, 2001, y la ex Jueza de misma Corte, SANDRA DAY O'CONNOR, *The Majestic of the Law: Reflections of a Supreme Court Justice*, Random House, Arizona, 2003.

14 *Bush* contra *Gore*, 531 EE.UU. 98 (2000). La Corte Suprema de los Estados Unidos decidió el caso el 12 de diciembre de 2000, otorgando la victoria en la contienda presidencial al ex Presidente George W. Bush. Only eight days earlier, the United States Supreme Court had unanimously decided the closely related case of *Bush v. Palm Beach County Canvassing Board*, 531 US 70 (2000), and only three days earlier, the United States Supreme Court had preliminarily halted the recount that was occurring in Florida. El Tribunal consideró que el método de recuento de los votos por parte de la Corte Suprema de Florida constituyó una violación de la cláusula de igual protección de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución americana. Al replantearse el recuento, el candidato republicano, sumó 271 votos (con 25 votos de la Florida) derrotando al candidato demócrata Al Gore, quien terminó con 266 votos de los Colegios electorales. A majority (270) of the electoral votes are needed to win the Presidency or Vice Presidency in the Electoral College.

ser creada por el Juez a partir de dichos materiales o quizá estar contenida dentro de aquellos materiales. El resultado dependerá de cada caso¹⁵. En los Estados Unidos se encuentran, dentro de esta tendencia, los denominados textualistas y los (como el famoso Jurista y Juez americano conservador Robert Borke o bien el *Associate Justice* de la Corte Suprema americana, Antonin Scalia) originalistas que buscan en la mente (*original intent*) y palabras de los autores [de la Constitución] las pautas para resolver un conflicto¹⁶.

Finalmente, y dentro de las teorías más destacadas, se encuentra la teoría pragmática. Me gusta la síntesis que hace Posner: el Juez americano –a quien considera como el prototipo del Juez pragmático– resuelve de acuerdo a lo que considera una razonable respuesta anticipando los efectos del fallo y aplica tal solución si los materiales legales (ley, precedentes, etc.) no se oponen a ello por contener algún otro tipo de decisión¹⁷.

En nuestro medio adolecemos de tales enfoques. El comportamiento de los Jueces se mide con parámetros pretendidamente objetivos pero con fines de determinar su permanencia o una eventual promoción dentro de la carrera. Tal vez ello se explique en razón que la ley (me refiero a la Ley de la Carrera Judicial) no aborda ni debe abordar puntos de vista que son dejados a la doctrina y a la literatura judicial.

Creo conveniente precisar que la medición del comportamiento de los Jueces ordinarios puede resultar menos compleja si se tiene en cuenta que ellos laboran en áreas que tienen un más elaborado desarrollo y que dejan poco espacio (o ninguno) a la

discreción judicial¹⁸, pero ello no descarta lagunas o vacíos en aquellas otras materias no constitucionales.

5. La Selección o Nombramiento de Jueces no es Democrática

Debo confesar mi simpatía por el sistema estadounidense de selección o designación de los Jueces Federales que se inicia con la propuesta del Presidente de la República y la ratificación del Senado así como el mandato constitucional de garantizar la permanencia en la función de –todos– los Jueces mientras observen buena conducta¹⁹.

Por el contrario, nuestro sistema de elección de los Jueces ordinarios es realmente complejo.

Alguna norma constitucional me produce la sensación de querer encontrar un fundamento democrático en la labor de servidores que no son elegidos democráticamente. Así, el artículo 138 de la Constitución proclama [también como parte de la herencia de la revolución francesa] que la potestad de administrar justicia emana del pueblo (aunque ello también me hace recordar a las asambleas helénicas que actuaban como Tribunales) y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. Quizá la decisión de hacerlo por medio de Tribunales y Jueces se explique como parte del proceso de superación de las formas de autocomposición de conflictos que tienen antecedente en la venganza.

Ese énfasis se repite [de modo inexacto] en el inciso 17 del art. 139 de la misma Constitución cuando se plasma como principio de la función jurisdiccional: «... La participación popular en el nombramiento y

15 POSNER, *The role of the Judge in the Twenty-First Century*, cit., p. 1051 ss., considera, siempre dentro del contexto de la realidad americana y de la judicatura de Estados Unidos, que los materiales o fuentes influyen en el resultado pero que no lo determinan y que los formalistas necesitan un meta-principio, como lo hacen los textualistas o los originalistas, u otra justificación (aludiendo entre los ejemplos a la interesante obra del *Associate Justice* de la Corte Suprema, STEPHEN BREYER, *Active Liberty: Interpreting our democratic Constitution*, Vintage Books, New York, 2005) que no se encuentra en dichos materiales. Es una forma bastante diferente de lo que nosotros entenderíamos por formalista en nuestro medio, pues los materiales o las fuentes –en la visión predominante– no dejan espacio para que el Juez cree la regla. La regla ya existe y el Juez debe aplicarla.

16 El originalismo estadounidense es una corriente interpretativa relacionada con la posición que debe asumir el Juez en la interpretación de la Constitución (*judicial review*). El originalismo es la tendencia más radical del *interpretivism* o *stric constructionism* que anula (o pretende anular) la discrecionalidad de los Jueces y que los obliga a actuar mediante criterios neutrales para acoger, sin contaminarlos, los valores recogidos por la Constitución y que fueron incorporados por los *Framers* o *Founders*. Vid. BELTRÁN DE FELIPE, MIGUEL, *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, cit., pp. 51 ss. También puede verse CHERMERIKSY, *Seeing the Emperor's clothes: Recognizing the reality of constitutional decision making*, cit., pp. 1070 a 1077

17 POSNER, *The role of the Judge in the Twenty-First Century*, cit., p. 1054 y 1055 considera que los Jueces actúan como legisladores ocasionales, mas no en el estilo únicamente de H.L.A. HART, es decir, cuando el material ortodoxo falla, cuando señala que: «They start by making the «legislative» judgment as to what decision would have good consequences –would be, in other words, good policy– and then see whether that judgment is blocked by the orthodox materials [...] They do not reach a point in a difficult case in which they say the law run out and nod I will do some legislating; what judge does (shot of palpable usurpation) is, by definition, law». Algo similar decía en los años 50 en los Estados Unidos, el jurista estadounidense, fundador de la *sociological jurisprudence*, ROSCOE POUND, cuando afirmaba que: « En gran parte, y cada día con mayor decisión, la práctica de la aplicación del derecho norteamericano ha consistido en que los jurados o los tribunales, según el caso, tomarán las normas jurídicas como guías generales, establecerán [en la traducción, que no es de las mejores se dice: «establecieron»] cuáles eran las exigencias de la justicia y se esforzarán por llegar a un veredicto o dictar una sentencia que cumpliera con tales exigencias sin violentar demasiado el derecho». Cf. su *Introducción a la filosofía del derecho*, TEA, Buenos Aires, 1972 (traducción de la edición americana de 1954 publicada por la Yale University Press) p. 82.

18 POSNER se refiere a un hecho similar en Estados Unidos cuando alude a la aplicación del *Common law* pues a pesar de ser el resultado de la creación de reglas y doctrinas por obra de los propios Jueces (a lo largo de algunos siglos), constituye un cuerpo de reglas definido y consolidado, que lo hace más estable y más objetivo que el derecho constitucional, en el que los Jueces a veces actúan como legisladores cuando se enfrentan a esa áreas que califica de abiertas: *The role of the Judge in the Twenty-First Century*, pp. 1049 y 1050.

19 «ARTICULO III, SECCION 1 (Constitución de los Estados Unidos de América): El poder judicial de los Estados Unidos residirá en un Tribunal Supremo y en aquellos tribunales inferiores que periódicamente el Congreso creare y estableciere. Los jueces, tanto del Tribunal Supremo como de tribunales inferiores, desempeñarán sus cargos mientras observen buena conducta y en determinadas fechas recibirán por sus servicios una compensación que no será rebajada mientras desempeñen sus cargos». Norma similar existe en el inciso 3) del art. 146 de la Constitución peruana.

en la revocación de magistrados, conforme a ley ...». Esta última declaración es letra muerta pues los Jueces no son elegidos por voto popular y el mandato del art. 152 de la misma Constitución sigue viviendo a la espera de una norma que lo desarrolle²⁰.

La búsqueda desesperada por legitimidad democrática se estrella, además, con el sistema de elección a través del Consejo Nacional de la Magistratura dado que la propia Constitución, en su art. 150, contraponen la selección y nombramiento de los Jueces por obra de dicho Consejo frente a aquellos que son elegidos popularmente (como ocurre con algunos Jueces estatales de la Unión americana). Aun más: ni siquiera la composición del Consejo Nacional de la Magistratura le da tinte democrático a la selección y designación de Jueces²¹.

En suma, debemos reconocer que los Jueces no son elegidos democráticamente (o por voto popular), ni siquiera de modo indirecto, pues los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura son elegidos por una pequeña fracción de la población.

Sin embargo, ello no debe causar temor ni desconcierto. Simple y llanamente es necesario mirar con otros ojos aquel predicado que advertimos del art. 138 de la Constitución. Los representantes del soberano (en la Asamblea Constituyente) fueron quienes decidieron [de acuerdo a procedimientos democráticos] crear un sistema de nominación que no es, en esencia, democrático en su origen y que, por ende, debe ser visto como un entramado de reglas que pretende organizar la tarea de administrar justicia por medio de la participación de determinados sectores que definen la conformación del órgano seleccionador de los Jueces.

Este matiz es más crítico en el caso de la selección de los Jueces Constitucionales pues no sólo no son elegidos por voto popular sino que además son Jueces que gozan del poder de derogar normas de, entre otros, órganos o autoridades elegidos democráticamente.

La ley de la Carrera Judicial contiene una serie de pautas sobre la selección de los Jueces ordinarios.

Siempre insistente con la idea de «carrera» (típico de los Jueces del *Civil Law*: ser servidores de carrera) garantiza que un 30% de las plazas se destine a Jueces Superiores y Jueces Especializados o Mixtos se destine a aquellos que pertenecen a la carrera.

En mi opinión, las Cortes, especialmente el Tribunal Supremo y las Cortes de Apelación o Superiores, deberían tener una composición balanceada: un tercio debería ser de carrera, un tercio de la Cátedra y el restante tercio de la Barra, es decir, de los Abogados en ejercicio. Cada cual aportaría algo distinto y evitaría que se impongan los usos burocráticos como podría ocurrir en caso que todos fueren de carrera, refrescándose la visión de las Cortes por medio de la experiencia (fuera de los Tribunales) del Abogado en ejercicio y del investigador que proviene de las Universidades y que puede haber sido un crítico de la jurisprudencia. No me he detenido a pensar si una distribución de este tipo merecería el juicio de los constitucionalistas para saber si contraviene alguna norma constitucional.

En los Estados Unidos ser Juez Federal es, en algunos casos, tanto como empezar una segunda carrera. Una parte de los Jueces Federales son personas que acceden a tales posiciones pasado los cuarenta años o bien a los cincuenta años y algo más. Otra parte (en aumento, curiosamente) proviene de Jueces promovidos o ascendidos. Pero el sistema funciona bastante bien con el balance de distintas fuentes de proveniencia y quizá valdría la pena intentar darle alguna oportunidad en nuestro medio.

La composición del actual Tribunal Constitucional se acerca a esta propuesta (pero como consecuencia del juego de las fuerzas políticas del Congreso).

6. Jueces, Académicos y Abogados

Lo que apenas acabo de anotar no implica que pretenda equiparar la labor de los Jueces con la de los Profesores ni con la de los Abogados. Lo que ocurre es que me parece interesante hacer confluir las visiones de tres experiencias distintas. ¿Y en qué son distintas?

20 Aplica el artículo 69 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Así lo resolvió el Artículo Primero de la Resolución Administrativa N° 102-2001-CE-PJ.

21 Artículo 155 (Constitución).- Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura

Son miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, conforme a la ley de la materia:

1. Uno elegido por la Corte Suprema, en votación secreta en Sala Plena.
2. Uno elegido, en votación secreta, por la Junta de Fiscales Supremos.
3. Uno elegido por los miembros de los Colegios de Abogados del país, en votación secreta.
4. Dos elegidos, en votación secreta, por los miembros de los demás Colegios Profesionales del país, conforme a ley.
5. Uno elegido en votación secreta, por los rectores de las universidades nacionales.
6. Uno elegido, en votación secreta, por los rectores de las universidades particulares.

El número de miembros del Consejo Nacional de la Magistratura puede ser ampliado por éste a nueve, con dos miembros adicionales elegidos en votación secreta por el mismo Consejo, entre sendas listas propuestas por las instituciones representativas del sector laboral y del empresarial.

Los miembros titulares del Consejo Nacional de la Magistratura son elegidos, conjuntamente con los suplentes, por un periodo de cinco años.

Comienzo con tomar algunas ideas de un notabilísimo jurista americano, Charles Fried²², que también fue *Justice* de la Corte Suprema de Massachusetts y que, entre otros méritos, tiene el de haber relanzado la teoría liberal clásica del contrato en un afamado y muy comentado libro²³.

Para el Prof. Fried, el Académico tiene libertad de elegir el tema objeto de su investigación y a lo sumo el riesgo de su trabajo es que no sea útil ofreciendo una nueva visión del tópico y no persuada ni sea considerado como material que será empleado por las Cortes. Puede criticar ampliamente la ley, tratando de incidir en la creación de nuevo material legal o jurisprudencial. El Juez, por su parte, no escoge el tema de cada conflicto que resuelve. Puede interpretar libremente [hasta ciertos límites] la ley, el derecho, puede proponer enmendar la ley, pero no puede actuar en contra de ella. El Académico toma los tiempos que la investigación y el financiamiento le permite. El Juez vive constreñido con los plazos.

Los Profesores critican a los Jueces. O los halagan. Los Jueces evalúan si lo que hacen los Académicos les es útil. El Profesor ejerce influencia con las razones que elija para exponer su punto de vista. El Juez ejerce poder guiado por la razón, ejerce autoridad y, como destaca Fried, es la única autoridad que reclama que las razones que esgrime son parte de esa autoridad²⁴.

Si bien Jueces y Académicos son también Abogados²⁵, cuando me refiero a estos últimos aludo a quienes ejercen la profesión como defensores. Algunos pueden ser Académicos, pero la mayoría no lo son lo que, por cierto, no los descalifica.

Los Abogados miran el proceso bajo otra perspectiva: la de ser el mecanismo de resolución de algún conflicto, de afirmación o de acogimiento de una pretensión, de tutela judicial o de protección de los intereses de sus clientes. Y, en esa medida, pueden contribuir con exponer de manera correcta los hechos ante el Juez o bien jugar con las reglas sin ningún propósito saludable que, lamentablemente, termina empañando el rol del Juez y no necesariamente la actuación del defensor. Existe, en mi opinión, un juego dialéctico, una actitud a veces bifrontal o multiforme por parte de algunos Abogados que exigen creatividad al Juez, lo inducen o convencen de ello [de ejercer discreción en un cierto sentido, cuando la ley lo permite] y luego lo acusan de prevaricato. Ese juego hipócrita merece ser puesto en su lugar y no irradiar sus efectos al Juez que tuvo espacio y poder, así como razones para actuar dentro

de una de esas zonas o casos en los que se ejerce discrecionalidad o bien cuando la decisión que adopta es producto del ejercicio mismo de la labor judicial que exige la conjugación de un mandato con la realidad (plagada de intereses y de valores con los que se juzgan dichos intereses) a la que se interpreta a través de determinados conceptos, nociones, la aplicación de normas técnicas o de herramientas de ciencias auxiliares a las que el Juez debe recurrir obligadamente. Toda esa tarea, incardinada en el plano de lo sociológico-existencial, puede conllevar decisiones no automatizadas como las que usualmente se espera en casos de sencilla resolución.

Los Abogados, también es cierto, pueden ser grandes defensores y en no pocos casos ser los auténticos forjadores de la impecable argumentación que el Juez acoge en el fallo que emite, sin que ello se sepa tras conocerse el resultado. Pero pueden, igualmente, ser los causantes de que el proceso se dilate o se convierta en un campo de batalla (que, por cierto, el Juez debe evitar).

Muchas veces son los mismos Abogados dedicados a litigios los que más cuestionan la labor judicial. Quizá porque perdieron indebidamente un proceso y no tienen cómo explicar a sus clientes las razones por las que la causa tuvo el final que tuvo. O tal vez porque no sabe cómo explicar su propio descuido en el planeamiento o en el asesoramiento del proceso. Son tan variadas las motivaciones pero por desgracia todas apuntan el dedo hacia el Juez y pocos son los Abogados que reclaman a sus colegas el uso de estrategias vedadas y son menos (o ninguno) los que confiesan sus pecados ante sus clientes.

Esa brecha que existe entre Jueces y Abogados debe ser recortada por obra de la Cátedra, por obra de las Universidades y la necesaria formación ética como parte del aprendizaje que contemple una apreciación renovada de la labor de los Jueces.

7. La Formación de los Jueces y el Recurso a Materiales que sirvan a su Labor

Los Jueces, valga verdad decirlo, hoy en día cuentan con mejores ingresos, pero me parece que aún son insuficientes o poco atractivos.

Aunque las verdades suelen ser provocadoras de molestia o enojo, los bajos o insuficientes ingresos que se ofrecen a los Jueces no atraen necesariamente a los Abogados más reconocidos en el medio. Estos prefieren ejercer privadamente organizados en pequeñas, medianas o grandes Firmas en las que sus expectativas pueden ser mejor colmadas. Los Jueces

22 FRIED, CHARLES, *Scholars and Judges: reason and power*, en Harvard Journal of Law and Public Policy, 2000, Vol. 23, N° 3, pp. 811-812.

23 FRIED, CHARLES, *Contract as a promise. A theory of contractual obligation*, Harvard University Press, 1981.

24 FRIED, *Scholars and Judges: reason and power*, p. 832.

25 También hay Jueces que son Académicos.

saben eso pero a veces temen asumir el riesgo de incursionar en la práctica privada, lo que no niega, por lo demás, que existan Jueces que son llamados a dicha tarea por vocación y que tienen como objetivo ser buenos Jueces. Y muchos lo son.

Por otro lado, también es cierto que el mercado laboral de los Jueces, como bien ha señalado Posner, muestra un monopsonio pues el Estado es el único que compra los servicios de aquellos a los cuales se admite a la carrera judicial²⁶. Los Jueces sólo pueden comparar sus ingresos con los de aquellos que están fuera de la estructura judicial y, por ende, los parámetros de medición son bastante dispares. Quizá la única comparación que les queda es la de Jueces de países de condiciones similares pero no me parece la mejor referencia.

Los Jueces deberían gozar de una remuneración que no tiene por qué estar atada, como lo está constitucionalmente, a los ingresos de los congresistas. Sus ingresos deberían permitirles un alto grado de satisfacción material. Pero la realidad muestra que no sólo sus ingresos son menores a los de los Abogados de Firmas o Estudios prestigiosos sino que, adicionalmente, carecen de condiciones materiales y de soporte en aspectos tan elementales que nada hace avizorar que podrán tener un mejor trato en un futuro inmediato. Siempre me ha llamado la atención que los edificios abandonados por otras dependencias públicas que no son de la simpatía del Ejecutivo sean asignados al Poder Judicial. Ello no me parece ni adecuado ni muestra de un buen trato.

Quiero detenerme en el tema de la formación de los Jueces. Existe, afortunadamente, en la nueva Ley de la Carrera Judicial una clara garantía de respetar la especialidad de los Jueces. La especialidad, claro está, se puede lograr con estudios sectoriales o especializados, por medio de la docencia o a través de la experiencia. A estas observaciones debo añadir que debe ser una marcada característica del rol del Juez el que este exhiba necesariamente el dominio de una determinada área de conocimientos jurídicos. Los Jueces generalistas pueden contar con mucha experiencia pero la falta de profundidad impide un mejor uso de los materiales legales con los que se debe resolver conflictos.

Me preocupa la insistencia de la Ley de la Carrera Judicial en el incremento de cursos relacionados con la gestión judicial. Aunque a algunos les parecerá

que mi crítica muestra una posición tradicional, siempre he creído que los Jueces no son administradores de negocios y que, en todo caso, la provisión de medios tecnológicos y la asistencia de profesionales especializados en gestión de recursos humanos y materiales (comúnmente formados como administradores de empresas) podrían ser parte del equipo de los Jueces para que estos se dediquen a la labor que les compete y para la cual son seleccionados. No estoy proponiendo regresar a la imagen de un Juez que no sepa nada de gestión de su propio despacho o agenda, pero me parece exagerada la insistencia de querer convertir a todo funcionario público en una especie de gerente como ha sido usual en la propaganda de algunos políticos candidatos a cargos públicos que exhiben como distintivo el haber sido exitosos en sus empresas o negocios privados. Los programas informáticos pueden ayudar, entre otras cosas, a mejorar la gestión de los despachos judiciales mediante la alimentación de bases de datos que den cuenta de las etapas del proceso o de los vencimientos de los plazos para pasar a la siguiente etapa o para resolver la causa o algún recurso pendiente.

“(...)los bajos e insuficientes ingresos que se ofrecen a los Jueces no atraen necesariamente a los Abogados más reconocidos en el medio. Estos prefieren ejercer privadamente(...)”.

Adicionalmente, me parece que los Jueces deberían tener una formación que trascienda las fronteras del campo legal. Los Jueces bien podrían y pueden valerse de otras ciencias o disciplinas. Ser lo que alguna vez el ex Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, William Rehnquist, calificó como «científico amateur»²⁷. Y, de esa forma, recurrir a la economía, a las estadísticas, al cálculo probabilístico, antropología o al uso de herramientas de la economía para analizar las reglas jurídicas (como lo hace, y lo he retratado de una manera muy pero muy simplista, el análisis económico del derecho)²⁸. Se me ocurre, entre otras cosas, que un adecuado análisis y definición de mayores derechos entre los convivientes podría tener como sustento el Censo del año 2007 que muestra que el 24,6% de la población vive en la situación de concubinos²⁹.

26 POSNER, *How Judges think*, pp. 57 ss.

27 La preocupación por la relación entre el derecho y la ciencia no es nueva en los Estados Unidos, especialmente el recurso a la historia y a la economía. Vid. HOLMES, OLIVER WENDELL, *Law in science, science in Law*, en *Collected Legal Papers*, New York, Peter Smith, 1952, pp. 210 a 243. También HOLMES se refirió al hombre del futuro como el hombre de la economía y el maestro de las estadísticas en HOLMES, *The path of the Law*, en *Collected Legal Papers*, cit., 187.

28 Sobre el recurso a las estadísticas y cálculos probabilísticos, vid. FAIGMAN, DAVID L., *Judges as «amateur scientists»*, en *Boston University Law Review*, cit., p. 1207 ss.

29 INEI, *Censos Nacionales 2007: XI de Población y VI de Vivienda*, Segunda Ed., agosto 2008, pp. 51 ss. En mi libro *Las nuevas fronteras del derecho de familia*, Trujillo, Colegio de Abogados de la Libertad, 2005, pp. 106, utilicé el censo del año 1993 que mostraba como promedio la tasa del 16,07% de convivientes entre la totalidad de parejas censadas. La opción del concubinato ha ido *in crescendo*.

No son pocos los Juristas y Jueces que han creído que la economía es una ciencia de extrema importancia para el derecho. Pero seguirle el paso a la ciencia en general no es una tarea fácil³⁰.

El Presidente de la Corte Suprema ha aludido en su discurso a su intención de buscar el auxilio de otras disciplinas; a la necesidad de considerar que los costos de transacción entre agentes económicos institucionales ineficientes elevan los costos, retraen el comercio. La eficiencia, por el contrario, reduce costos y fomenta los intercambios beneficiosos. Villa Stein alude al rol del Poder Judicial en la solución y arbitrio neutral e imparcial³¹ de conflictos para garantizar la seguridad, estabilidad y desarrollo económico.

No sé si la Academia de la Magistratura es consciente de la necesidad de ampliar los horizontes y el recurso a otras herramientas que supere los moldes tradicionales de los estudios de post-grado que suelen ser, mayoritariamente, repeticiones de los cursos con los que se que forma (y, en algunos casos, deforma) al estudiante de una Facultad de jurisprudencia. No digo que no sea necesario refrescar conceptos o confrontarlos con hechos nuevos que los ponen en cuestión y que obligan a flexibilizarlos o a dejarlos de lado frente a nuevas realidades. Lo que pretendo afirmar es que la Academia tiene un rol que no puede ser de simple inducción para aspirantes o de mero repaso para los Jueces. Debe ser el más importante espacio de debate, de confrontación de ideas, de análisis de situaciones atípicas, de cuestionamiento de las leyes inaptas o de la jurisprudencia errada o de afirmación de las tendencias judiciales, etc., entre Jueces, Académicos y Abogados, pero también de receptividad de las herramientas que ofrecen o pueden ofrecer las ciencias auxiliares u otras disciplinas. Mientras el arbitraje permite a las partes elegir árbitros no abogados para la solución de controversias que requieren del conocimiento que sólo pueden aportar profesionales especializados, la justicia ordinaria cree que el Juez es capaz de entender e interpretar las opiniones profesionales y técnicas de peritos (que pueden acoger o no) pasándose por alto que una mala lectura, una comprensión errónea o el no entendimiento de una pericia, pueden producir una decisión científicamente insostenible.

Por otro lado, al momento de adoptar una decisión los Jueces pueden recurrir a todos los materiales a su disposición y citarlos de modo expreso. Los Jueces

ingleses, por ejemplo, jamás citan opiniones doctrinarias ni a autor alguno, pese al prestigio o a la influencia que algún Académico pudiere tener sobre el Foro. Los Jueces de los Estados Unidos de América, en cambio, son a veces exagerados en hacerlo, pero en todo caso es una costumbre de las Cortes del país del norte citar opiniones doctrinarias que se asumen como autorizadas, racionales o convenientes para el *holding* o bien los *dicta* de los fallos.

No niego que la apoyatura doctrinaria sea persuasiva y seductora, que crea la sensación de consenso, que traduce la necesidad de encontrar respaldo cuando se intenta resolver un caso complejo y no rutinario. No niego, tampoco, la eventual manipulación de las fuentes o de las citas o bien el uso de opiniones no autorizadas. Pero de allí a llegar al extremo de la tesis del Presidente del Tribunal Constitucional hay una gran diferencia.

En su discurso de asunción, Vergara Gotelli dijo³²:

«Nuestras sentencias deben ser cortas, con crisis y sin ella, simples, claras, pues deben dirigirse a los justiciables que no son abogados y no solo a sus defensores que así se convierten en necesarios intérpretes de lo que decimos a través de ellas, sin reflejar disputas académicas ni llenar hojas con citas bibliográficas como si una sentencia fuera una monografía en temática de especialidad, o un libro.»

Cada cosa en su lugar. Una sentencia es la decisión de jueces sobre un caso concreto en el que se persigue la solución del conflicto que trae el demandante, en camino hacia la cosa juzgada. Ya Manuel Atienza, filósofo español de la Universidad de Alicante, aquí en nuestra casa se encargó de hacernos una crítica severa sobre este punto.

En dicha oportunidad el maestro español descartó las citas de jurisprudencia extranjera en nuestras sentencias. Creo que en tal sentido esta práctica en nuestro medio resulta peligrosa dado que en materia de jurisprudencia, aquí y allá, ayer y hoy, siempre se podrá encontrar decisiones en un sentido y en otro sobre el mismo tema –porque los tribunales están conformados por jueces de distinta opinión o porque a veces cambian- prestándose a la manipulación. Incluso me atrevería a decir que estamos ante una forma sutil de prevaricación porque es posible buscar la jurisprudencia que más conviene al sentido del fallo que uno quiere. La decisión, pues, debe ser construida en base al derecho vigente y a los hechos concretos del caso. Las citas deben ceñirse a lo que el propio Tribunal

30 POSNER, *The role of the Judge in the Twenty-First Century*, cit., p. 1049, considera, no obstante, que el rápido avance de la ciencia va a poner en dificultades a los Jueces. La era de rápidos cambios tecnológicos y científicos los tomará por sorpresa pues el énfasis de su formación es en asuntos legales, opina Posner.

31 Tal apreciación parece revelar que Villa Stein cree en la imparcialidad o en la neutralidad de los Jueces. Si con ello se refiere al hecho de que el Juez no debe tener predisposición para favorecer a alguna de las partes del proceso puedo entenderlo, pero si se refiere a que el Juez no filtra, de alguna u otra manera, su cosmovisión, sus valores, su experiencia, etc., *allí donde debe optar por alguna solución que la ley y los materiales legales no bastan o no contienen una respuesta que no sea la que estructure discrecionalmente*, entonces creo que se equivoca.

32 Extraído de http://www.tc.gob.pe/notas_prensa/discurso_presidente.html. Sitio visitado el 09 de marzo de 2009.

Constitucional viene diciendo homogéneamente en sus resoluciones».

No entiendo por qué no se pueda hacer uso de citas de doctrina, de bibliografía, ni el anhelo de reducir las citas a las resoluciones del propio Tribunal.

Las sentencias, por otro lado, no son diarios ni periódicos dirigidos al ciudadano común. Puede existir una compleja discusión, que inclusive se arrastre desde la doctrina, sobre un determinado asunto sin que por ello se pueda cuestionar el uso de opiniones de terceros. Las sentencias no son siempre cortas ni sencillas, ni se prestan todas a ser vehículos para hacer docencia.

Me sorprende aún más la poco afortunada alusión al Abogado como mediador (en el deseo de Vergara Gotelli, no necesario) de lo que dice el Tribunal en sus sentencias. Sería bueno preguntarle al Presidente de la Corte Constitucional si todos los ciudadanos están en condiciones de defender sus derechos sin la asistencia de un Abogado.

Peor aún. Me golpea el desconocimiento de Vergara Gotelli de que las Cortes en el futuro casi inmediato estarán expuestas a un mayor influjo de la globalización y serán, como dice Posner, más cosmopolitas. La presencia de factores externos [extranacionales y extrajudiciales], la nueva *lex mercatoria*³³, las corrientes migratorias mundiales que ocasionarán la lucha entre diversas idiosincrasias y valores³⁴, etc., obligarán a los Jueces a renunciar a una actitud localista y de villorrio³⁵. Y, por supuesto, para ello deberán conocer o tendrán que verse precisados a conocer experiencias ajenas o a resolver conflictos de leyes o a aplicar leyes extranjeras y conocer cómo se han actuado tales leyes por la jurisprudencia de otros países. Parece que el Presidente del Tribunal Constitucional solo tuvo en cuenta una crítica del Prof. Atienza que parece haberlo embrujado y conducido por un camino ajeno al contexto mundial.

No veo por qué se deba temer al uso de materiales extranjeros. Las declaraciones de Vergara Gotelli

traen a la memoria la polémica desatada en los Estados Unidos por el Juez Supremo Antonin Scalia al pretender que se prohíba la cita de leyes extranjeras, polémica que generó, inclusive, iniciativas legislativas en las Cámaras pero que afortunadamente no llegaron a nada³⁶ pues a la postre el propio Scalia y quienes actuaron como sus corifeos, olvidaron que en las Cortes americanas y los propios *Framers* de su Constitución siempre utilizaron material no nacional³⁷.

Creo, sin hesitación alguna, que Vergara Gotelli debe corregir sus aseveraciones y modificar el sesgo que quiere imprimir al Tribunal en este asunto. No existen Cortes ni Tribunales autárquicos ni nos hace bien tener Jueces chauvinistas que sólo confíen en sus fallos como fuente de inspiración.

No le falta razón a Galgano cuando señala que en la era de la globalización, las coordenadas de tiempo y espacio identifican una realidad distinta a la precedente. El Derecho no es más ni puede ser más una comunidad de codificaciones. El Juez ya no es el custodio de valores inmutables. Él produce y aplica en la práctica el derecho que es necesario³⁸. Tal como añade este notable jurista italiano, y es algo que valdría la pena que lo tuviere presente el Presidente de nuestro Tribunal Constitucional, en la actualidad se da espontáneamente otro fenómeno de uniformidad de la jurisprudencia en el espacio. La discontinuidad de los sistemas legislativos nacionales enfrenta una tendencia homogeneizante de las orientaciones jurisprudenciales³⁹ basándose en ejemplos como el de la nulidad del contrato por prestaciones desequilibradas que ha resuelto la Corte Constitucional alemana y un juez de mérito italiano. Los Jueces han adquirido una visión cosmopolita que los hace ver al derecho como un fenómeno universal.

La labor de los Jueces en un mundo globalizado conducirá a colocar a la *jurisdictio* por encima de la *legislatio*, poniendo en tela de juicio la visión tradicional de la división de poderes⁴⁰. Y si a ello se opone el temor a la incertidumbre, habrá que responder, como lo hace el propio Galgano, invocando la autoridad del precedente y de una

33 FRANCESCO GALGANO, *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna, 2001, pp. 238 ss, señala que: «... per nuova *lex mercatoria* si intende un diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati».

34 Sobre tan complejo tema como parte de los retos que el Juez deberá afrontar en el futuro, vid. JUAN R. TORRUELA, *What will determine the role of the Judiciary in the Twenty-first century?*, en Boston University Law Review, Vol. 86, 2007, pp. 1461 ss.

35 Dice GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 236 (en el contexto de una Europa como mercado común, claro está) que: «... un tempo si statuiva che il principio *iura novit curia* vale solo per il diritto nazionale. Il diritto straniero era considerato come un fatto, non un diritto, e come tale doveva essere provato dalla parte interessata. Per la Cassazione ha statuito, anticipando la legge (l. 31 maggio 1995, n. 218, art. 14), che il giudice nazionale deve conoscere il diritto straniero e deve applicarlo, ove ne ricorrano i presupposti, anche se la parte interessata non ne ha provato l'esistenza».

36 SEIPP, DAVID J., *Our Law, their Law, History, and the citation of foreign Law*, en Boston University Law Review, Vol. 86, 2007, pp. 1417 a 1446.

37 Cf. CALABRESI, STEVEN G., «A shining city on a hill»: *American exceptionalism and the Supreme Court's practice of relying on foreign Law*, en Boston University Law Review, Vol. 86, 2007, pp. 1336 a 1416.

38 GALGANO, FRANCESCO, *La globalización en el espejo del derecho*, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2005, p. 127.

39 GALGANO, *La globalización en el espejo del derecho*, cit., p. 128.

40 En este sentido, GALGANO, *La globalización en el espejo del derecho*, cit., pp. 132 ss.

doctrina tan importante como la del *stare decisis* que da estabilidad al sistema y que elimina el temor a la incerteza, a la inseguridad y a la arbitrariedad que suelen ser invocados como razones para oponerse a la capacidad creativa de los Jueces, olvidando, además, que un sistema como el *Common Law* tiene esa estructura, sin negar, claro está, el creciente rol del Estado y de las agencias administrativas durante el siglo XX⁴¹.

8. ¿Qué clase de Jueces queremos?

Hay algo que me parece acertadísimo en el deseo de perfilar el modelo de Juez más adecuado que intenta (bastante bien, por lo demás) el Prof. galo François Ost⁴²: todo ello depende del concepto y modelo que tengamos del derecho.

Ost, siguiendo en parte a Ronald Dworkin, intenta tres modelos. El primero es el modelo jupiterino, basado en la imagen de Júpiter⁴³. Como dice el autor, «... siempre proferido desde arriba, de algún Sinaí, este Derecho adopta la forma de ley. Se expresa en el imperativo y da preferencia a la naturaleza de lo prohibido. Intenta inscribirse en un depósito sagrado, tablas de la ley o códigos y constituciones modernas. De este foco supremo de juridicidad emana el resto del Derecho en forma de decisiones particulares. Se dibuja una pirámide, impresionante momento que atrae irresistiblemente la mirada hacia arriba, hacia ese punto focal de donde irradia toda justicia. Evidentemente ese Derecho jupiteriano está marcado por lo sagrado y la trascendencia».

Al referirse al segundo modelo, Ost señala que el segundo modelo, «... el modelo herculeano [de Hércules⁴⁴] ... nos trae sobre la tierra, toma la figura de revolución –gesto iconoclasta que hace del hombre, más concretamente del juez, la fuente del único Derecho válido-. En la huella de las diversas corrientes que se declaran realistas –pensamos especialmente en el «realismo americano» y particularmente en la *sociological jurisprudence*-, entra en juego un modelo que calificaría de embudo (pirámide invertida). Es Ronald Dworkin, como es sabido, quien, revalorizando hasta el extremo la figura

del juez moderno, le da los rasgos de Hércules ... [...] A partir de aquí no hay más Derecho que el jurisprudencial; es la decisión y no la ley la que crea autoridad. Al Código lo sustituye el *dossier*; la singularidad y lo concreto del caso se superponen a la generalidad de la abstracción de la ley. Este cambio de perspectiva nos lleva desde las cimas de la trascendencia de la ley hacia la inmanencia de nuestros intereses en conflicto. La pirámide sugería lo sagrado y lo real; el embudo evoca la materia, lo profano, incluso lo alimenticio»⁴⁵.

Como bien añade Ost, el modelo jupiteriano satisface las exigencias del Estado liberal o Estado de Derecho del siglo XIX y el modelo herculeano el del Estado asistencial del siglo XX.

Dado que se trata de modelos en crisis que responden (según Ost) a épocas bastante delineadas, nuestro autor considera que la sociedad y el derecho postmoderno merecen otro modelo, para lo cual representa dicha tercera opción bajo los rasgos de Hermes, el mensajero de los dioses⁴⁶. Como tal, siempre se mueve entre lo divino y lo humano, como un sabio traductor que sabe combinar la majestuosidad de la ley y el pragmatismo de la jurisprudencia, superando el modelo rousseauiano de culto exagerado y fanático de la ley (y del derecho escrito en general, de aplicación lineal y vertical, desde la primera fuente de validación de las normas de rango inferior hacia estas según la imagen piramidal kelseniana) que respondió a una época y al anhelo de racionalización, de monismo jurídico, de consolidación de la soberanía del pueblo representado en las asambleas y de consagración de un modelo deductivo que perfiló al Juez y al hombre de derecho como un especialista en lógica. El modelo de Hermes también intenta superar el atomismo jurisprudencial, a no dejar sentada la imagen de un derecho creado por los Jueces y a no limitar el concepto del derecho a lo que ocurra en los pasillos de los Tribunales, a las profecías holmesianas o a la proliferación de decisiones judiciales que aterrizan en lo singular, en lo concreto o a veces en lo anecdótico.

41 FRIEDMAN, LAWRENCE M., *Law in America*, The Modern Library, New York, 2004, pp. 123 ss.

42 OST, FRANÇOIS, *Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez*, en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 14, 1993, pp. 169 ss.

43 En la mitología romana, **Júpiter** tenía el mismo papel que Zeus en la mitología griega como principal deidad del panteón. Fue llamado *Iupiter Optimus Maximus Soter* ('Júpiter el mejor, mayor y más sabio') como dios patrón del estado romano, encargado de las leyes y del orden social. Fue el dios jefe de la Tríada Capitolina, que formaba junto a Juno y Minerva. Se creía que Júpiter estaba a cargo de la justicia cósmica y en la Antigua Roma la gente juraba por Júpiter en los tribunales de justicia, lo que llevó a la expresión común «¡por Júpiter!», usada aún como un arcaísmo en la actualidad.

44 **Hércules** era el nombre en la mitología romana del héroe de la mitología griega **Heracles**. Era hijo de Júpiter, el equivalente romano del dios griego Zeus, y la mortal Alcmena. Llevó a cabo doce grandes trabajos, llamados *Los doce trabajos de Heracles* y fue divinizado. Los romanos adoptaron la versión griega de su vida y trabajos sin cambios esenciales, pero añadieron detalles anecdóticos propios, algunos de ellos relacionando al héroe con la geografía del Mediterráneo occidental. Los detalles de su culto también fueron adaptados a Roma. Lo resaltante es, en todo caso, para efectos de entender el modelo a que se refiere el texto, fue que Hércules representó la encarnación de lo divino en *lo humano*.

45 OST, *Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez*, cit., p. 170.

46 En la mitología helénica **Hermes** es el dios olímpico de las fronteras y los viajeros que las cruzan, de los pastores y las vacadas, de los oradores y el ingenio, de los literatos y poetas, del atletismo, de los pesos y medidas, de los inventos y el comercio en general, de la astucia de los ladrones y los mentirosos. El rasgo principal en las tradiciones sobre Hermes consiste en su papel de heraldo de los dioses, puesto éste en el que aparece incluso en los poemas homéricos, compartiendo esta función con Iris. De Hermes deriva la palabra «hermenéutica» para el arte de interpretar los significados ocultos. Su carácter original de divinidad desaparece gradualmente en las leyendas. Como heraldo de los dioses, preside sobre la habilidad en el uso

Hermes intentaría ser un gran sintetizador y algo más de aquellos dos modelos, por lo que tendrá que dar necesariamente un salto y reconocer los signos de la sociedad postmoderna⁴⁷: (i) la multiplicidad de actores jurídicos y no sólo uno: desde el Estado hasta los particulares y la necesaria asociación entre unos y otros en determinados (y crecientes) sectores de la economía; (ii) la proliferación de funciones diversas a las tradicionales en los poderes tradicionales; (iii) la multiplicación de los entes con poder (p. ej., las regiones, los municipios, los entes autónomos, etc.) que, en efecto, conducen a la necesidad de un adecuado diálogo, de una permanente y necesaria comunicación, de un mensajero entre el Código y la sentencia, entre el Juez y el legislador, entre el Estado y los particulares, entre otras cosas.

El Derecho, en mi opinión, y de allí ha de derivar el modelo de Juez que queremos, no sólo se debe asentar en el Derecho escrito sino, y sobre todo, en principios que son la fuente de aquel Derecho escrito pero que también orienta al Juez en la elección del Derecho o en su interpretación y aplicación. Esos principios no son otra cosa que la concreción de valores con los cuales se sopesa los intereses en conflicto o que deben ser balanceados, ya sea por el legislador, ya sea por el Juez. No existe sistema jurídico que deje un caso sin resolver, pero allí donde los materiales legales ortodoxos no bastan, el Juez debe dar una respuesta orientado por aquellos principios a los que me refería y, claro está, cuando encuentra que el caso que tiene frente a sí tiene una respuesta, debe aplicarla sin perder de vista que no sólo aplicará normas sino también conceptos, estándares basados las más de las veces no en criterios técnicos sino de experiencia, prudencia, sentido común e intuición, mirando, a la vez, qué han dicho los Tribunales precedentemente y no sin perder de vista que la Constitución (que recoge principios) puede darle luces y variar el sentido de la aplicación. Esa aplicación, valga decirlo, es ya una tarea creativa del Juez en no pocos casos. La identificación o individualización de la regla al caso concreto a partir del uso de los materiales legales no se agota (como hemos dicho) ni en un puro trabajo deductivo (lineal y vertical, de arriba hacia abajo) ni en una aplicación incolora e insípida de las normas con las que debe trabajar.

Si queremos tener Jueces que no sean legalistas, que superen la mentalidad del Juez parido por el

Estado de Derecho del siglo XIX y, por supuesto, que no nos conduzcan a la difuminación de las soluciones por medio de una incontrolada jurisprudencia que no se apresta a las predicciones (a lo que nunca hemos llegado), entonces será necesario que los Jueces se basen en el modelo hermesiano que sepa combinar la dosis adecuada de respeto a la tradición y en el mayor espacio que el mismo sistema debe reconocer al trabajo creativo en la labor hermenéutica de los Tribunales.

“...será necesario que los Jueces se basen en el modelo hermesiano que sepa combinar la dosis adecuada de respeto a la tradición y en el mayor espacio que el mismo sistema debe reconocer al trabajo creativo en la labor hermenéutica de los Tribunales...”

9. Ideas finales

Es curioso notar como en un país como Estados Unidos de América la aproximación a la teoría americana del derecho atraviesa por la actuación de los Jueces, la que es defendida como una labor creadora de Derecho o perfilada únicamente como una labor de aplicación del derecho existente o que el Juez declara (porque lo descubre) pero que no crea⁴⁸.

Ese necesario vínculo entre la teoría del Derecho y la labor judicial obedece a que el *Common Law* ha sido y es un sistema históricamente conformado por las decisiones de los Tribunales, lo que trae como resultado que la imagen del Juez sea muy diferente.

El Juez, en los Estados Unidos de América, es un personaje admirado; hace ciencia no sólo desde su Despacho o en las Cortes; también lo hace por medio de enseñanzas universitarias o por una marcada vocación, como es el caso de uno de los Jueces más representativos del siglo XX, Oliver Wendell Holmes, quien apenas fue profesor por unos escasos meses

de la palabra y la elocuencia en general, pues los heraldos son oradores públicos en las asambleas y otras ocasiones. Como diestro orador, era especialmente empleado como mensajero, cuando se requería elocuencia para lograr el objeto deseado. De ahí que las lenguas de los animales sacrificados le fueran ofrecidas.[] Como los heraldos y mensajeros solían ser hombres prudentes y circunspectos, Hermes era también el dios de la prudencia y la habilidad en todas las relaciones de intercambio social. Estas cualidades estaban combinadas con otras parecidas, tales como la astucia, tanto en las palabras como en las acciones, e incluso el fraude, el perjurio y la inclinación al robo. Los actos de este tipo eran cometidos por Hermes siempre con cierta habilidad, destreza e incluso elegancia. Hermes fue identificado con el dios romano Mercurio, quien, aunque heredado de los etruscos, desarrolló muchas características parecidas, como ser el patrón del comercio.

Todos los datos relativos a Júpiter, Hércules y Hermes los he tomado de Wikipedia (<http://es.wikipedia.org>). []

47 Ost, *Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez*, cit., pp. 183 y ss.

48 Como en su momento lo hizo notar el notabilísimo Profesor inglés H. L. A. HART, en su ensayo *Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericano: la pesadilla y el noble sueño*, en El ámbito de lo jurídico, Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, eds., Critica, Barcelona, 1994, pp. 327 a 350

antes de ser convocado a la Corte Suprema de Massachussets, y cuya obra provino de su espíritu creativo y decididamente científico (además de pragmático). Los Jueces han escrito grandes obras o han revolucionado la jurisprudencia, sentando precedentes que han pasado a ser la fuente de inspiración y de decisión de los propios Tribunales.

Los Jueces son reverenciados por los Abogados y por otros Jueces y Académicos, que a su vez escriben biografías sobre Jueces.

Mucho de la conformación y revolución del derecho americano se estudia por medio de la vida y obra de sus Jueces. La razón, reitero, es que el *Common Law* ha sido fundamentalmente creado por obra de los Jueces.

Puede haber (y de hecho lo hay) cuestionamiento de algunas decisiones de la Corte Suprema norteamericana, pero la estabilidad que da al sistema la doctrina del *stare decisis* y las técnicas de anticipar cómo se tratará o decidirá un conflicto en el futuro

(para evitar la aplicación retroactiva de una solución novedosa), son dignas de elogio. El ciudadano común y corriente, los hombres de negocios y los mismos políticos, en los Estados Unidos, confían en las decisiones de los Jueces. Estos son conscientes de ser ese último bastión del sistema democrático y del sistema económico estadounidenses.

No pretendo proponer «trasplantes» que no respondan a la realidad histórica del país. Pero ansío que nos despojemos de prejuicios y que permitamos que los Jueces sean creativos dentro del ámbito institucional en cual despliegan su labor. Ansío, como muchos, que las resoluciones de los Jueces ordinarios pasen a ser un referente más que necesario para conocer el derecho. Ello exige, por supuesto, no sólo un cambio de actitud de los propios Jueces. También exige, más que solo buenos Jueces, buenos políticos, buenos legisladores, buenos Abogados, mejor formación en las Universidades y mejores condiciones de trabajo y de estabilidad a favor de los Jueces 