



El Juez en el Pensamiento de Rawls y Alf Ross.

Gabriela B. González-Gómez* y M^a de Lourdes González-Chávez**

Resumen.

La inacabada justicia procedimental imperfecta planteada por John Rawls sobre los jueces, puede proyectarse hacia la conciencia jurídica material de Alf Ross si tomamos en consideración al juez como institución y ciudadano cuando aplica la ley en la población que juzga. La teoría de la justicia de John Rawls sólo considera al juzgador como representante de una institución social como lo es el Poder Judicial, pero nosotros sostenemos que debe aplicársele también como ciudadano los principios de la justicia del filósofo norteamericano cuando ejerce su función jurisdiccional como institución, debido a que desde una perspectiva más amplia la teoría de la función jurisdiccional desarrollada por el jurista escandinavo Alf Ross indica que los fallos emitidos por un juzgador no sólo contienen la normatividad jurídica, sino que llevan implícita su propia personalidad, de ahí su trascendencia e importancia social.

Abstract. Imperfect the procedural justice of John Rawls in the jurisdictional function of Alf Ross.

On the other hand, the unfinished imperfect procedural justice raised by John Rawls can project towards the theory of the jurisdictional function of Alf Ross if we took in consideration to the judge like institution and citizen when it applies the law in the population that judges. The theory of the justice of the North American philosopher Rawls only considers to the representing judge as of a social institution as it is the Judicial Power, but we maintain that he must also apply to it him like citizen the principles of justice when exerts its jurisdictional function like institution, because from one more a ampler perspective the theory of the jurisdictional function developed by Scandinavian jurist Alf Ross indicates that the failures emitted by a judge not only contain the law, but that takes implicit their own personality, of there its importance and social importance.

Palabras Claves: Juez, Justicia, Función Jurisdiccional, Poder Judicial, Derecho.

* Maestra en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México. Candidato a doctor por la UAEM. gabriela@pormexico.com

** Doctora en Derecho por la UAEM. Coordinadora de Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México.

I. Preámbulo.

Un juez es ante todo un hombre que no puede sustraerse de su idiosincrasia y medio social. El realismo sociológico explica con detenimiento la influencia de la personalidad del juez y su entorno social al aplicar la norma jurídica, por eso la sentencia a decir de Alf Ross, lleva personalidad del juez con un contenido individual y social, porque se desenvuelve en un medio que quiérase o no lo condiciona.

Nuestros jueces, al aplicar las leyes que le obligan a resolver el caso concreto; al estructurar el proceso en forma lógica, se nutren de una serie de elementos que giran en torno a ellos. No hay que olvidar que todo proceso no es un esquema, sino el desarrollo de una situación real y que el juez no puede hacer abstracción de esa realidad; participa como humano con sentimientos de adhesión, repulsa, simpatía, etc. por más que se le quiera convertir en un ser imparcial. Máxime en un cuerpo de leyes donde el marco discrecional del juez es grande, cada sentencia llevará una fuerte dosis de su manera de pensar e interpretar el medio que le rodea. Creada así, la resolución judicial será un producto mixto; tanto de leyes vigentes codificadas, como de creación del juez¹.

La teoría particular de Alf Ross, adscrito a la tradición escandinava, con un realismo sociológico incluso más avanzado que el norteamericano, desarrolló el principio empirista en el campo del derecho y como exigencia metodológica los tradicionales patrones de experimentación que inspiran a toda ciencia empírica moderna. La escuela escandinava plantea al derecho como ciencia, cuyos principios deben buscarse en relaciones de causa-efecto.

A decir de Carlos Nino, Ross se adhiere al criterio empírico de significado constituido como patrón para determinar que tipo de enunciados puede integrar la ciencia jurídica. Sostiene que las aserciones de la ciencia jurídica son enunciados de probabilidad y supone que ciertas condiciones se mantengan constantes. Afirma que las nociones jurídicas fundamentales deben de ser interpretadas como concepciones sobre la realidad social y conducta del hombre en sociedad. Acepta que el derecho constituya un conjunto de normas de naturaleza directiva que sirve como esquema de interpretación de ciertos fenómenos sociales. La validez es un componente intrínseco al derecho.

Los detractores del modelo de Ross pueden sostener que sólo recogen parte de las actividades cognoscitivas de la ciencia jurídica y que dice muy poco acerca de la sistematización del orden jurídico, que es una de las tareas tradicionalmente atribuidas a la ciencia jurídica y que seguramente requiere el ingenio y la sofisticación metodológica propios de una verdadera ciencia. Pero como acertadamente manifiesta Carlos S. Nino:

"...determinar las leyes de la evolución social con certeza y precisión matemática, es imposible porque la vida social por sí misma ya constituye un elemento de riesgo y azar, pero "si renunciamos a la investigación empírica y nos conformamos sólo con predicciones acerca de la vigencia de normas jurídicas, el resultado es que la ciencia jurídica aparecerá como una actividad rutinaria e intelectualmente poco exigente, que solo abusando del lenguaje podríamos llamar ciencia"².

¹ Cfr. Valenzuela Hernández, Ruben Alfonso. *Realismo Jurídico y la Función Judicial*. Tesis doctoral en jurisprudencia y ciencias sociales. Universidad de El Salvador. El Salvador. 1973. p. 23.

² Nino Carlos. *Algunos Modelos Metodológicos de Ciencia Jurídica*. Distribuciones Fontamara. Primera Edición. México 1985. p. 54.

La importancia que le da Alf Ross a la investigación empírica en el campo del derecho, es relevante al tomar la esencia social de este realismo y en forma moderada lo adapta al ámbito del derecho como normas jurídicas, lo cual hace que sea aplicable en los diversos sistemas jurídicos distintos al anglosajón. Cuando Ross desarrolló el proceso antecedente-consecuente en la conciencia jurídica material del juzgador, donde la forma de pensar derivada del entorno social del juez suele ser decisivo en el sentido de un fallo judicial. Por eso, los principios expuestos por John Rawls en la teoría de la justicia, a nuestra consideración, pueden ser aplicados al juez como institución y como persona, debido a que los principios de la justicia son aplicables a todos los miembros de la cooperación social que forma la sociedad. Por ello, la justicia procedimental imperfecta de Rawls se proyecta y encuentra su explicación en el realismo sociológico.

Para explicar éste contraste es necesario exponer brevemente una parte de la teoría de la justicia de John Rawls para entender la justicia procedimental imperfecta ejercida por el juez.

II. Teoría de la Justicia de John Rawls.

John Borden Rawls³ argumentó que su teoría de la justicia no es original. Sus ideas son clásicas y bien conocidas; básicamente se apoyó en las teorías del contrato social y en el pensamiento Kantiano. Se trata de una teoría sistemática viable, de modo que la idea de elevar al máximo el bien no mantenga el predominio por omisión, donde la imparcialidad prevalezca como parte de una cooperación social. La teoría de la justicia generaliza y lleva a un más alto nivel de abstracción la concepción tradicional del contrato social con constructivismo Kantiano.

En la teoría del norteamericano, la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. En una sociedad justa, las libertades de igualdad en la ciudadanía se dan por establecidas definitivamente. Los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales. Sostiene que una injusticia sólo es tolerable cuando es necesaria para evitar una injusticia aun mayor, siendo las primeras virtudes de la actividad humana, la verdad y la justicia éstas no pueden estar sujetas a transacciones.

De acuerdo al Dr. Rawls, la sociedad es una empresa cooperativa para obtener ventajas comunes y se caracteriza típicamente por un conflicto como por una identidad de intereses. Se requiere de un conjunto de principios para escoger las diferentes disposiciones sociales que determinan la división de ventajas y suscribir un convenio sobre las participaciones distributivas correctas. Estos principios son los principios de la justicia social: proporcionan un modo para asignar derechos y deberes en las instituciones básicas de la sociedad y definen la distribución apropiada de los beneficios y las cargas de la cooperación social.

Por otra parte, las Instituciones son justas cuando no se hacen distinciones arbitrarias entre las personas al asignarles derechos y deberes básicos y cuando las reglas determinan un equilibrio debido entre pretensiones competitivas a las ventajas

³ Filósofo norteamericano (1921-2002), comprendido dentro de la corriente del liberalismo político, sus principales obras fueron: Teoría de la Justicia, Justicia como equidad, y El liberalismo político.

de la vida social. En Rawls: coordinación, eficacia y estabilidad, son la clave social, debiendo ejecutarse sin que las expectativas legítimas de ninguno sean severamente dañadas. Mas aún, la ejecución de estos planes debiera llevar a la consecución de los fines sociales por caminos que sean eficientes y compatibles con la justicia. Por último, el esquema de la cooperación social debe ser estable.

El tratadista está convencido en que la desconfianza y el resentimiento corroen los vínculos del civismo, la sospecha y la hostilidad tientan al hombre a actuar en formas que de otro modo evitaría. Como no podemos evaluar una concepción de justicia sólo por su papel distributivo, tenemos que tomar en cuenta sus conexiones más vastas.

Las instituciones de una sociedad favorecen ciertas posiciones iniciales frente a otras. Estas son las desigualdades especialmente profundas y en ellas deben aplicarse en primera instancia los principios de la justicia social. Justicia social es el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social. La justicia de un esquema social depende esencialmente de como se asignan los derechos y deberes fundamentales y de las oportunidades económicas y las condiciones sociales en los diversos sectores de la sociedad.

El concepto de justicia en Rawls ha de ser definido por el papel de sus principios al asignar derechos y deberes, y al definir la división correcta de las ventajas sociales. Una visión según la cual han de entenderse los fines y propósito de la cooperación social.

El filósofo norteamericano sostiene la posición original como el *statu quo* inicial apropiado y que, en consecuencia, los acuerdos fundamentales logrados en ella son justos. Esto explica lo apropiado del nombre justicia como imparcialidad: transmite la idea de que los principios de la justicia se acuerdan en una situación inicial justa. Igualdad en la repartición de derechos y deberes básicos, en donde las desigualdades de riqueza y autoridad, solo son justas si producen beneficios compensadores para todos, y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad. Cuando las instituciones más importantes de la sociedad están dispuestas de tal modo que obtienen el mayor equilibrio neto de satisfacción distribuido entre todos los individuos pertenecientes a ella, entonces la sociedad esta correctamente ordenada y es, por tanto, justa.

El Dr. Rawls entiende la sociedad humana como una asociación más o menos autosuficiente, regulada por una concepción común de la justicia orientada a promover el bien de sus miembros. Como empresa cooperativa para el mutuo provecho, se encuentra caracterizada tanto por un conflicto, como por una identidad de intereses. A los hombres no les es indiferente el modo en como se distribuyen los mayores beneficios producidos por su trabajo colectivo. De ahí que una concepción de la justicia sea un conjunto de principios para elegir entre los arreglos sociales que determinan ese reparto y para suscribir un consenso en cuanto a las cuotas distributivas apropiadas⁴.

“No hay en principio razón alguna para que las mayores ganancias de algunos no puedan compensar las menores perdidas de otros; o para que la violación de la libertad de unos pocos no pueda quedar rectificadas por el mayor bien compartido por muchos... si creemos que como cuestión de principio cada miembro de la sociedad tiene una inviolabilidad fundada en la justicia y sobre ni siquiera el bienestar de todos puede prevalecer, y que una pérdida de la libertad por parte de algunos no queda rectificadas por una mayor suma de

⁴ Cfr. Rawls John. *Justicia como Equidad*. Materiales para una teoría de la justicia. Editorial Tecnos. Reimpresión. España. 2002 p. 123, 144.

satisfacciones disfrutada por muchos, hemos de buscar otra forma de dar cuenta de los principios de la justicia el principio de utilidad es incapaz de explicar el hecho de que en una sociedad justa las libertades de igual ciudadanía se dan por supuestas, y de que no están sujetas a la negociación política ni al calculo de intereses sociales⁵”.

La teoría de la justicia forma parte de la teoría general de la elección racional formulada por Kant. Los principios de justicia pueden formularse como sigue:

“Primero toda persona que toma parte en una institución o se ve afectada por ella tiene un igual derecho a la más amplia libertad compatible como una similar libertad para todos; Segundo, las desigualdades, en tanto que definidas o alentadas por la estructura institucional, son arbitrarias a no ser que sea razonablemente esperar que redunden en provecho de todos, y con tal que las disposiciones y cargos a los cargos a los que están adscritas o las que pueden ser ganadas sean accesibles a todos. Estos principios regulan los aspectos distributivos de las instituciones controlando la asignación de derechos y deberes a lo largo de la estructura social, empezando por la adopción de una constitución política conforme a la cual han de ser aplicados a la legislación⁶”.

En la sociedad, una desigualdad se permite sólo si hay razón para creer que la institución con la desigualdad, o permitiéndola, redundara en beneficio de toda persona que tome parte de ella. Para eso las desigualdades tienen que beneficiar a la persona representativa de cada posición social relevante. Para establecer cuotas distributivas justas tiene que establecerse y administrarse imparcialmente un sistema de total de instituciones justas. Tiene que haber libertad personal e igualdad política así como libertad de conciencia y de pensamiento⁷.

“... un sistema social que reconozca la variante más fuerte de la idea kantiana, esto es, la idea de tratar a las personas siempre como fines y nunca en modo alguno como medios, tiene que garantizar un fundamento mas seguro al sentido que el hombre tiene de su propio valor, una firme confianza en que lo que hacen y planean hacer es digno de ser hecho. Pues el respeto que nos tengamos a nosotros mismos, que refleja este sentido de nuestro propio valor, depende en parte del respeto que los demás nos manifiesten; nadie puede poseer por mucho tiempo una seguridad en su propio valor cuando tiene entre sí él desprecio permanente e incluso la indiferencia de los otros⁸”.

Al presentar la justicia como imparcialidad, Rawls la contrastó con el utilitarismo, lo hizo, en parte como recurso expositivo, por las diversas presunciones del punto de vista utilitario que han dominado desde hace mucho tiempo la tradición filosófica. El propósito del Dr. Rawls fue elaborar una teoría de la justicia que

⁵ Rawls John. *Justicia como Equidad* Materiales para una teoría de la justicia. Editorial Tecnos. Reimpresión. España. 2002 p. 124.

⁶ Rawls John. *Justicia como Equidad* Materiales para una teoría de la justicia. Editorial Tecnos. Reimpresión. España. 2002 p. 126

⁷ Cfr. Rawls John. *Justicia como Equidad* Materiales para una teoría de la justicia. Editorial Tecnos. Reimpresión. España. 2002 p. 127, 130, 153.

⁸ Rawls John. *Justicia como Equidad*. Materiales para una teoría de la justicia. Editorial Tecnos. Reimpresión. España. 2002 p. 144.

represente una alternativa al pensamiento utilitario en general y a todas sus diferentes versiones. El principio de utilidad lo rechaza como principio de justicia, entendiendo a la utilidad en el sentido tradicional de la satisfacción de un deseo, donde se requiere que las instituciones estén proyectadas para maximizar la suma absoluta de expectativas de las personas. Pero Rawls sostiene que cuando se satisface el principio de utilidad no existe una garantía de que todos se beneficiarán.

Por otra parte, los principios de la justicia son igualitarios y en las instituciones no deberán confundirse con los principios que se aplican a los individuos y a sus acciones en circunstancias particulares. Por institución deberá entenderse un sistema público de reglas que definen cargos y posiciones con sus derechos y deberes, poderes e inmunidades, etc. Estas reglas especifican ciertas formas de acción como permisibles, otras como prohibidas; y establecen ciertas sanciones y garantías para cuando ocurren violaciones a las reglas.

Una institución puede ser injusta aunque el sistema social en conjunto no lo sea. La injusticia es una consecuencia del modo en que están combinadas dentro de un sistema único. Una institución puede promover y parecer que justifica expectativas que son negadas o ignoradas por otras. Estas distinciones son bastante obvias y simplemente reflejan el hecho de que al evaluar las instituciones podemos considerarlas en un contexto más amplio o menos amplio. La regla correcta, tal y como es definida por las instituciones, es regularmente observada y adecuadamente interpretada por las autoridades. A esta administración imparcial y congruente de las leyes e instituciones, cualesquiera que sean sus principios sustantivos, podemos llamarla justicia formal⁹.

“...el derecho y las instituciones pueden ser aplicados igualitariamente y ser sin embargo injustos. Tratar de manera semejante los casos semejantes no es garantía suficiente de justicia sustantiva. Esto depende de los principios conforme a los cuales se proyecta la estructura básica¹⁰”.

En la justicia como imparcialidad, la sociedad es interpretada por Rawls como una empresa cooperativa para beneficio mutuo. La estructura básica es un sistema público de reglas que definen un esquema de actividades que conducen a los hombres a actuar conjuntamente de modo que produzcan una suma mayor de beneficios, al mismo tiempo que le asignan a cada uno ciertos derechos reconocidos a compartir los productos. Se da por supuesto que los miembros de una sociedad bien ordenada son y se ven así mismos como personas morales, libres e iguales. Cada uno de ellos tiene y se ve así mismo con un derecho a un igual respeto y consideración a la hora de determinar los principios por los cuales a de regularse la estructura básica de su sociedad. Las libertades básicas son:

1. La libertad política y la libertad de expresión y de reunión;
2. la libertad de conciencia y de pensamiento;
3. la libertad de la persona que incluye la libertad frente a la opresión psicológica, la agresión física y integridad de la persona;
4. el derecho a la propiedad personal y;
5. la libertad respecto al arresto y detención arbitrarios, tal y como esta definida por el concepto de estado de derecho.

⁹ Cfr. Rawls John. *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica. Tercera reimpresión. México 2002. p. 60, 62, 65, 157, 169.

¹⁰ Rawls John. *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica. Tercera reimpresión. México 2002. p. 66.

Ninguna de estas libertades es absoluta¹¹. Los principios han de ser universales en su aplicación y de carácter público. Los principios generales pueden no ser universales y pueden estar planeados para ser útiles a una clase restringida de individuos¹². Estos principios reflejan en la estructura básica de la sociedad el deseo que tienen los hombres de no tratarse como medio sino únicamente como fines en sí mismos. Tratar a los hombres como fines en sí mismos implica, por lo menos, tratarlos conforme a principios en que ellos contendrían en una posición original de igualdad.

Por otra parte, las expectativas legítimas de acuerdo a Rawls, son establecidas por las instituciones sociales y al formarlas, se aprovecharán los accidentes de la naturaleza y las circunstancias sociales sólo cuando al hacerlo, sea para el beneficio común. Se toman en cuenta los intereses de todos, ya que cada persona es un ciudadano igual y todos tienen un lugar en la distribución del ingreso y la riqueza

La igualdad de oportunidades significa tener la misma oportunidad de dejar atrás a los menos afortunados en la lucha personal por alcanzar influencia y posición social. Una sociedad bien ordenada es una unión social de uniones sociales. Conforme al filósofo norteamericano los principios para las instituciones se escogen primero, por la naturaleza social de la virtud de la justicia y su íntima conexión con las prácticas sociales.

En la condición de publicidad, las partes valorarán las concepciones de la justicia como constituciones de la vida social públicamente reconocidas y totalmente efectivas. Esta condición está claramente implícita en la doctrina kantiana del imperativo categórico en la medida en que exige que actuemos conforme a principios que estaríamos dispuestos. No se pueden evitar supuestos acerca de los hechos generales, del mismo modo que no se puede actuar sin una concepción del bien sobre la cual las partes hayan de jerarquizar las alternativas.

Las partes creen poseer ciertos intereses fundamentales que a consideración de Rawls, han de proteger en lo posible y como personas libres tienen un interés de orden más elevado en mantener su libertad de revisar y alterar dichos fines. Las partes son, personas con determinados intereses (y no meras potencialidades para cualquier interés posible), aun cuando el carácter específico de estos intereses les sea desconocidos. Tienen que tratar de asegurar condiciones favorables para promover estos objetivos específicos, sea los que fueren. Las partes no solo tienen conocimiento de sus objetivos y fines particulares.

Se debe establecer una constitución justa con las libertades de igual ciudadanía. Lo justo debe guiarse por los principios de la justicia, y no por el hecho de que el injusto no puede quejarse. En la etapa de la aplicación de las reglas a casos particulares, hecha por los jueces y administradores, todos tienen ya acceso completo a todos los hechos. No hay ya ningún límite al conocimiento, puesto que se ha adoptado todo el sistema de reglas, aplicándose a las personas por sus características y circunstancias.

En las aspiraciones humanas, la libertad de pensamiento y de conciencia, las libertades personales y las civiles conforme a Rawls, no deben ser sacrificadas en aras de la libertad política, de la libertad a participar igualmente en los asuntos políticos. Las libertades de unos no se restringen para hacer posible una mayor libertad para otros. Una democracia constitucional puede ser disputada de manera que satisfaga el principio de participación.

¹¹ Cfr. Rawls John. *Justicia como Equidad* Materiales para una teoría de la justicia. Editorial Tecnos. Reimpresión. España. 2002 p.172, 177.

¹² Cfr. Rawls John. *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica. Tercera reimpresión. México 2002. p 68, 89, 102, 105-106 108, 109, 112-114. 116-117, 130-132.

El principio de igual participación, exige que todos los ciudadanos tengan un mismo derecho a tomar parte y a determinar el resultado del proceso constitucional que establecen las leyes que ellas han de obedecer. La justicia como imparcialidad comienza con la idea de que, si los principios generales son necesarios y ventajosos para todos, han de ser elaborados desde el punto de vista de una situación inicial de igualdad bien definida, donde cada persona esta justamente representada¹³.

“...la teoría de la justicia tiene un importante papel teórico: define las condiciones en las cuales la coherencia espontanea de intereses y deseos de los individuos no es forzada ni proyectada, sino que expresa una armonía especial acorde con el bien ideal. Los principios de la justicia son compatibles con muy diferentes tipos de regímenes¹⁴”.

En la teoría de la justicia las exigencias institucionales pueden ser evaluadas por las reglas existentes y de su interpretación. En ocasiones es razonable valorar de un modo diferente los deberes y las obligaciones, cuando entran en conflicto porque no se producen del mismo modo. Al menos en algunos casos, el hecho de que las obligaciones sean asumidas libremente, tiene que influir en su valoración cuando chocan con otras exigencias morales. Reconoce que las leyes injustas son obligatorias siempre que no excedan ciertos límites de injusticia.

En la división equitativa, el problema se ejemplifica en los rasgos de la justicia procedimental perfecta. En ésta, hay un criterio independiente para determinar que resultado es justo; y podemos diseñar un procedimiento con garantías de llevarnos a él. En cambio, el caso de justicia procedimental imperfecta lo encontramos en un juicio criminal, en donde el resultado alcanzado puede no ser justo debido a las circunstancias externas que pueden provocar un error judicial¹⁵.

Una concepción de la justicia no es más que una parte de una visión moral. Los derechos de todos tienen que ser determinados mediante los principios de la justicia, en donde la idea de igual se apoya en los hechos generales de la naturaleza y no simplemente en una norma procesal sin fuerza sustantiva. Una sociedad bien ordenada corresponde a la justicia como imparcialidad es en sí misma, como una forma de unión social.

Rawls consideró a la envidia, el rencor y el recelo como vicios. Los vicios son rasgos de base amplia que no se desean porque van en detrimento de todos. Una persona justa no esta dispuesta a hacer determinadas cosas y, si cede demasiado fácilmente a la tentación es porque en realidad ya estaba dispuesta.

Debe hacerse notar que las personas en la posición inicial concebida por Rawls, se ven movidas por una cierta jerarquía de intereses, los cuales deben primero, asegurar sus intereses de orden superior y sus objetivos fundamentales. Aunque los intereses fundamentales en la libertad poseen un objetivo definido, estos intereses pueden no siempre aparecer como rectores. La realización de estos intereses puede imponer ciertas condiciones sociales y un grado de satisfacciones de las necesidades y deseo materiales, por eso, las libertades básicas pueden algunas veces verse

¹³ Cfr. Rawls John. *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica. Tercera reimpresión. México 2002. p 132, 134, 155, 170- 173, 176, 191-193, 209-210

¹⁴ Rawls John. *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica. Tercera reimpresión. México 2002. p 263.

¹⁵ Cfr. Rawls John. *Justicia como Equidad* Materiales para una teoría de la justicia. Editorial Tecnos. Reimpresión. España. 2002 p.152, 153.

restringidas. Las ideas de respeto y de dignidad humana pueden adquirir un significado más definido, una vez que se disponga de la concepción de la justicia¹⁶.

El Dr. Rawls afirma que el criterio fundamental para juzgar cualquier procedimiento es la justicia de sus resultados, sin que nadie pueda juzgar su propio caso. Los juicios deben ser justos y abiertos y no han de ser prejuiciados por el clamor público. La fuerza de la justicia como imparcialidad se deriva de dos cosas: la exigencia que todas las desigualdades se justifiquen ante los menos aventajados, y la prioridad de la libertad. De ahí que los jueces deben ser independientes e imparciales. Consideramos que estos derechos adquiridos de los que habló Rawls, son los de emitir resoluciones sin presiones externas o internas, como protecciones a su función jurisdiccional.

Hasta aquí se encuentra explicada brevemente la teoría de la justicia del filósofo norteamericano que en lo conducente nos sirve para explicar la justicia procedimental imperfecta en el juzgador como representante de una institución social como lo es el Poder Judicial, sin embargo, considerar como ciudadano al juez cuando ejerce la función jurisdiccional, no sólo como representante institucional, se explica desde una perspectiva más amplia en la teoría de la función jurisdiccional desarrollada por el jurista escandinavo Alf Ross, en donde los fallos emitidos por un juzgador no sólo contienen la normatividad jurídica, sino su propia personalidad, cuya teoría exponemos a continuación.

III. La Teoría de la función jurisdiccional de Alf Ross.

La obra de Alf Ross¹⁷ es estudiada en éste artículo de 1940-1958, cuando el jurista escandinavo centró su interés en hacer del derecho, una ciencia integrada con las demás ciencias sociales; principalmente con la sociología y la psicología.¹⁸ En su concepción realista y sociológica del derecho, el fin de la ciencia jurídica no está limitado al análisis del derecho positivo, comprende igualmente las conductas y comportamiento de los jueces y otros sujetos que lo practican.

Las nociones jurídicas fundamentales son interpretadas exclusivamente como concepciones sobre la realidad social, sobre la conducta del hombre en sociedad. Ross rechaza la idea de una validez específica *a priori* que coloca al derecho por encima del mundo de los hechos, y reinterpreta esa idea en términos de hechos sociales. En donde el fundamento de la filosofía del derecho tiene que ser en una perspectiva psicológica.

Derecho, según Ross, es el nombre de un conjunto individual de normas que constituyen un todo coherente de significado. Todos estos órdenes o sistemas son hechos, nos gusten o no nos gusten. Un orden jurídico racional como las normas de ajedrez constituye un sistema individual determinado por una coherencia interna de significado. Por ejemplo, las normas del derecho penal no dicen que a los ciudadanos les está prohibido cometer homicidio. Simplemente indican al juez cual ha de ser su

¹⁶ Cfr. Rawls John. *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica. Tercera reimpresión. México 2002. p 321, 458- 462, 476, 482, 485, 490, 513, 529.

¹⁷ Representante de la escuela del realismo normativista escandinavo (1899-1979). Entre sus obras figuran, además de las estudiadas en este contexto: *La lógica de las normas* y *Deontología*.

¹⁸ Cfr. Monereo Pérez José Luis. Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho. Tomado de la obra de Alf Ross. *Lógica de las Normas*. Traducción por José S. P. Hierro. Colección crítica del derecho. Sección Arte del Derecho. Director José Luis Monereo Pérez. Editorial Comares S.L España. 2000.p. XXII, XXVIII.

sentencia en un caso de esa índole. Esto demuestra que el contenido real de una norma de conducta es una directiva para el juez.

Por eso, estudia los problemas de interpretación que enfrentan los jueces y las otras autoridades de aplicación del derecho y cómo son resueltos esos problemas en la administración de justicia¹⁹. Su postura está en contra de la teoría de la interpretación francesa del siglo XIX.

“La primitiva teoría de la función de la administración de justicia, de naturaleza positivista-mecanicista, ofrecía un cuadro muy simple... Se suponía que el motivo era (o debía ser) la obediencia a la ley, es decir, una actitud de acatamiento y respeto hacia el derecho vigente (concebido como voluntad del legislador). Se suponía que las concepciones operativas consistían en un conocimiento del verdadero significado de la ley y de los hechos probados. El significado de una ley, por supuesto, no es siempre claro. A menudo tiene que ser descubierto mediante la interpretación, pero la interpretación -según este punto de vista- es fundamentalmente una tarea teórico-empírica²⁰”.

Según este resultado, el juez no valora ni determina su actitud ante la posibilidad de interpretaciones diferentes. El juez es un autómatas. Se da por sentado que tiene que respetar a la ley y su función se limita a una función puramente racional. Para Ross, este cuadro no se asemeja en nada a la realidad. La inevitable vaguedad de las palabras y la inevitable limitación de la profundidad intencional hacen que a menudo, sea imposible establecer si el caso está comprendido o no por el significado de la ley. De ahí es donde la interpretación designa la actividad integral del juez que lo conduce a la decisión, inclusive su actividad crítica, inspirada por su concepción de los valores jurídicos, surge de actitudes que están más allá del simple respeto al texto legal.

El uso lingüístico responde al deseo de ocultar la función creadora del juez, preservando la apariencia de que éste no es otra cosa que un portavoz de la ley. El juez no admite en forma abierta que deja a un lado el texto. Mediante una técnica de argumentación que ha desarrollado como ingrediente tradicional de la administración de justicia, el juez aparenta que, a través de varias conclusiones, su decisión puede ser deducida de la verdadera interpretación de la ley.

Sostiene Ross que la administración del derecho no se reduce a una mera actividad intelectual. Sus resoluciones están arraigadas en la personalidad total del juez tanto en su conciencia jurídica formal y material, como en sus opiniones y puntos de vista racionales. Se trata de una interpretación constructiva, con conocimiento y valoración, pasividad y actividad.

Es imposible para el propio juez, así como, para los demás, distinguir entre las valoraciones en las que se manifiestan las preferencias personales del juez y las valoraciones atribuidas al legislador. Para Ross, un juez es una persona calificada de acuerdo con las reglas que gobiernan la organización de los tribunales la designación o elección de los jueces. La acción del juez es una respuesta a un número de condiciones determinadas por las normas jurídicas. Estos hechos condicionantes adquieren también su específico significado de actos jurídicos a través de una interpretación efectuada a la luz de la ideología de las normas.

¹⁹ Cfr. Ross Alf. *Lógica de las Normas*. Traducción por José S.P. Hierro. Colección crítica del derecho. Sección Arte del Derecho. Director José Luis Monereo Pérez. Editorial Comares S.L España. 2000.p. 17-18, 31, 42- 43, 51, 56-57, 58-59, 171.

²⁰ Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Eudeba SEN. Buenos Aires Argentina, Ed. Universitaria de Buenos Aires, Segunda Edición, 1977. p.173.

En este sentido, el test de la vigencia es que el sistema en su integridad, usado como un sistema de interpretación, nos haga comprender, no sólo la manera en como actúan los jueces, sino también que ellos actúan en calidad de tales. Nada se logra con la interpretación conductista, la cambiante conducta del juez sólo puede ser comprendida y predicha mediante una interpretación ideológica, mediante la hipótesis de una cierta ideología que anima al juez y motiva su acción. Conforme al realista escandinavo, el derecho presupone no sólo regularidad en el comportamiento del juez, sino también la experiencia que éste tiene de hallarse sometido a las reglas. El derecho es, al mismo tiempo, algo real en el mundo de los hechos y algo válido en el mundo de las ideas.

Por otro lado, las normas jurídicas son directivas, las proposiciones doctrinarias son aserciones, donde el derecho vigente esta caracterizado a una correspondencia entre el sistema de normas y una realidad social al aplicar el derecho por los tribunales. La correspondencia es tal que al emplear el sistema de normas como un esquema de interpretación estamos habilitados para comprender las acciones de los tribunales como respuestas, pero con significado a condiciones dadas y dentro de ciertos limites para predecir esas acciones.

El Dr. Ross apela a la conciencia jurídica y a consideraciones prácticas y los juristas tratan de establecer una cierta interpretación del derecho con la esperanza de que sus pronunciamientos influirán sobre las decisiones jurídicas futuras. En esta medida sus expresiones no son aserciones sino directivas que toman la forma de consejos, exhortaciones y recomendaciones al juez acerca de como debe decidir este el caso en examen. Son directivas de *sententia serenda*²¹.

En cuanto a la relación de la justicia con el derecho, un aspecto de la idea de justicia consiste en que las reglas jurídicas tienden a quedar fijadas en conceptos dirigidos a alcanzar certeza y objetividad en la administración de justicia. Con frecuencia el ajuste o adecuación obedece a la simple razón de que las reglas de derecho prescribe que el juez se guíe por los estándares morales corrientes. El derecho y la moral difieren considerablemente en cuanto a sus efectos en la vida social, puesto que el derecho es un fenómeno social, un orden integrado común que busca el monopolio de la fuerza. Sin embargo, en Ross el derecho es un fenómeno de la realidad en la medida en que su contenido es un hecho histórico que varia de acuerdo con el tiempo y el lugar, que ha sido creado por hombres y que depende de factores externos de poder, aunque la idea especifica que se manifiesta en el derecho es la justicia.

No podemos observar directamente que es lo que ocurre en el espíritu del juez, pero es posible construir hipótesis referentes a ello, y su valor puede ser comprobado simplemente observando si las predicciones fundadas en aquellas resultan verdaderas²².

“Mi punto de vista es conductista en la medida en que busca hallar consistencia y predecibilidad en la conducta verbal, exteriormente observada del juez. Es Psicológico, en la medida en que la aludida consistencia es la de un todo coherente de significado y motivación, únicamente posible sobre la base de la hipótesis de que en su vida espiritual el juez se haya gobernado y motivado por una ideología normativa cuyo contenido conocemos²³”.

²¹ Cfr. Ross Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Eudeba SEN. Buenos Aires Argentina, Ed. Universitaria de Buenos Aires, Segunda Edición, 1977. p. 57, 63-65, 73, 173, 175.

²² Cfr. Ross Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Eudeba SEN. Buenos Aires Argentina, Ed. Universitaria de Buenos Aires, Segunda Edición, 1977. p. 91 92- 94, 105.

²³ Ross Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Eudeba SEN. Buenos Aires Argentina, Ed.

Lo cierto es que el espíritu de los jueces, como en el de otros ciudadanos, hay un límite para la posible escisión entre la conciencia jurídica institucional y la conciencia jurídica material. En el cumplimiento de su misión el juez se haya bajo la influencia de tradición de cultura porque es un ser humano de carne y hueso y no un autómeta. El juez no es un mero fenómeno biológico, es conforme a Ross un fenómeno cultural. El juez lee e interpreta el derecho en su espíritu, pero la tradición de cultura puede también actuar como una fuente de derecho directa, debido al elemento fundamental que inspira el juez al formular la regla en que basa su decisión.

El juez, de acuerdo al realista escandinavo, puede dejarse orientar directamente por su sentido de justicia o puede intentar racionalizar su reacción mediante un análisis de las consideraciones prácticas sobre la base de un cálculo jurídico sociológico de los efectos presumibles de una regla general u otra. La decisión surgirá de una valoración fundada en los presupuestos de la tradición jurídica y cultural lo que llamamos razón o consideración prácticas es una fusión de una concepción de la realidad y de una actitud valorativa. El juez tendrá que confiar principalmente en lo que íntimamente siente. El positivismo tiene que ser rechazado porque le falta comprensión respecto de la influencia de la atmósfera cultural en la aplicación del derecho²⁴.

“...cualquiera que tenga algún conocimiento real del funcionamiento de los tribunales, especialmente los jueces mismos, sabe que los tribunales tienen parte en la modificación de la ley²⁵”.

El Dr. Ross analiza la práctica de los tribunales y trata de descubrir los principios o reglas que realmente los guía en el tránsito de la regla general a la decisión particular. En la interpretación del derecho vigente se demuestra con claridad que la ciencia jurídica y la política jurídica no pueden en último análisis, ser separadas. Debido a que el poder es un hecho social, es dominio sobre hombres, consiste en la capacidad para motivarlos a actuar de acuerdo con la voluntad de aquel que ejerce el poder. Por eso, un punto de vista realista no ve el derecho y el poder como cosas opuestas²⁶.

Por otra parte, la formación de sentencias está sujeta a las reglas sintácticas del lenguaje, las cuales son de tres clases, gramaticales, lógicas y semánticas. En cuanto a figuras lingüísticas las sentencias debe ser distinguidas de sus significados²⁷. No hay un método universal, para analizarlas. La tarea de la teoría general del método sólo puede consistir en: explicar ciertas presuposiciones fácticas de los problemas de los métodos y subsumir y caracterizar dentro de una tipología general varios estilos de método e interpretación que de hecho se dan.

Universitaria de Buenos Aires, Segunda Edición, 1977. p. 102.

²⁴ Cfr. Ross Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Eudeba SEN. Buenos Aires Argentina, Ed. Universitaria de Buenos Aires, Segunda Edición, 1977. p. 131- 132.

²⁵ Cfr. Ross Alf. *Lógica de las Normas*. Traducción por José S.P. Hierro. Colección crítica del derecho. Sección Arte del Derecho. Director José Luis Monereo Pérez. Editorial Comares S.L España. 2000.p. 43.

²⁶ Cfr. Ross Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Eudeba SEN. Buenos Aires Argentina, Ed. Universitaria de Buenos Aires, Segunda Edición, 1977. p. 55, 85, 143-144.

²⁷ Cfr. Ross Alf. *Lógica de las Normas*. Traducción por José S.P. Hierro. Colección crítica del derecho. Sección Arte del Derecho. Director José Luis Monereo Pérez. Editorial Comares S.L España. 2000.p. 18, 21.

El método tiene que asumir una forma diferente del problema, por ejemplo, en un sistema como el inglés, donde los precedentes son la fuente predominante del derecho, debe aplicarse un método distinto al del sistema donde la legislación es la fuente principal. En el sistema codificado, la legislación es la fuente predominante del derecho y el método tiene el carácter de interpretación de un texto dotado de autoridad. La atención se concentra aquí en la relación existente entre una formulación lingüística dada y un complejo específico de hechos. La técnica de argumentación jurídica por éste método se dirige a descubrir el significado de la ley y a sostener si los hechos dados están comprendidos o no.

Ross sostiene que el lenguaje tiene una función simbólica ya que las palabras individuales carecen de significado independiente y sólo tienen un significado abstraído de las expresiones en las que aparecen. La referencia semántica de la palabra tiene una zona central sólida donde su aplicación es predominante y cierta, y un nebuloso círculo exterior de incertidumbre, donde su aplicación es menos usual, y donde gradualmente se hace más dudoso saber si la palabra puede ser aplicada o no²⁸.

“ La mayor parte de las palabras no tienen un campo de referencia único, sino dos o más, cada uno de ellos construido en forma de una zona central a la que se añade un círculo de incertidumbre tales palabras son llamadas ambiguas²⁹”.

La actividad que se dirige a exponer el significado de una expresión se llama interpretación. La interpretación puede asumir dos formas: puede ser hecha de manera tal que el significado de una expresión sea definido más claramente por medio de una descripción formulada en palabras o expresiones diferentes, cuyo significado sea menos vago. O bien puede ser hecha de manera tal que frente a un conjunto de hechos concretos experimentados en forma definida sea posible decidir con un sí, un no, o un quizá, si el conjunto de hechos constituye o no una referencia de expresión. La interpretación del primer tipo se llama interpretación por significado y las restantes, interpretación por referencia.

En el lenguaje cotidiano el contexto y la situación, para Ross constituyen los factores más importantes en la determinación del significado. El significado de las palabras es relativo o dependiente en un plano totalmente distinto que podríamos llamar sinonímico o sistemático. Esto quiere decir que el significado de una palabra queda determinado si se le compara con otras palabras que pueden ocupar el mismo lugar en una frase y que ofrecen un campo de significado más amplio. Pero puede ocurrir que una interpretación basada en el contexto y en la situación no conduzca a resultado alguno.

A menudo se hace una distinción en las nombradas interpretación subjetiva e interpretación objetiva, en el sentido de que la primera se dirige a descubrir el significado que se intentó expresar, es decir, la idea que inspiró al autor y que éste quiso comunicar, mientras que la última se dirige a establecer el significado comunicado, esto es, el significado que está en la comunicación como tal, considerada como un hecho objetivo. Lo que Ross entiende por interpretación subjetiva es, en realidad, la interpretación que alcanzamos cuando tomamos en consideración no sólo la expresión lingüística, sino todos los datos relevantes; el contexto y la situación, que

²⁸ Cfr. Ross Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Eudeba SEN. Buenos Aires Argentina, Ed. Universitaria de Buenos Aires, Segunda Edición, 1977. p. 145- 146. 148 149.

²⁹ Ross Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Eudeba SEN. Buenos Aires Argentina, Ed. Universitaria de Buenos Aires, Segunda Edición, 1977. p. 150.

incluyen las opiniones política y filosóficas del autor, el propósito claro y el propósito presumido que lo guió al formular la expresión.

La creencia en una interpretación literal es una ilusión. La interpretación se apoya siempre en otros factores: en conjeturas acerca de la idea, el propósito o la intención asociados a la obra. De tal modo que la interpretación objetiva en obvio contraste con lo que la terminología autorizaría a creer, adquiere un tono de mayor inexactitud y arbitrariedad en conflicto directo con la intención del autor.

El papel desempeñado por las conexiones en la determinación del significado proporcionan un fundamento para decidir, sobre la base de ciertas hipótesis, cual de las varias interpretaciones es la más probable. La interpretación por conexión no se apoya en el uso lingüístico y no utiliza como herramientas las palabras empleadas, sino otros datos. Hay que decidir que puede ser aceptado de acuerdo con las circunstancias, contexto y situación. El contexto se extiende hasta donde se pueda suponer que una expresión fue formulada teniendo otra en mente, y que el autor quiso que se aplicaran en forma conjunta. Pero hay que tener en cuenta que sus opiniones, junto con su terminología y su estilo, pueden haber cambiado con el correr del tiempo y se encuentra condicionado por factores no lingüísticos.

Los problemas de interpretación según el autor, son sintácticos, lógicos y semánticos. Los problemas que se refieren a la conexión de las palabras en la estructura de la frase se llaman sintácticos de interpretación. No hay reglas fijas que definan cuando un adjetivo, un pronombre relativo o una preposición se refieren solamente a una palabra y cuando se refieren a más de una. Desde el punto de vista de la sintaxis será dudoso con que miembro primario esta conectada una frase de modificación, excepción o condición. Las formas sintácticas conectivas no tienen una función inequívoca, por eso, los problemas sintácticos no pueden ser resueltos sobre la base de datos de la interpretación puramente lingüísticas. En eso se asemejan a los problemas semánticos en sentido restringido.

Desde el punto de vista de la semántica en sentido restringido, un texto se ve siempre afectado por la inevitable vaguedad de significado de las palabras, y en esa medida nunca resulta claro o libre de ambigüedad. Esto significa que siempre pueden surgir situaciones atípicas frente a las cuales es dudoso si el texto se aplica o no. La certeza de la aplicación en algunas situaciones no justifica la afirmación general de que el texto no es ambiguo. Problemas de interpretación lógicos son aquellos que se refieren a las relaciones de una expresión con otras expresiones dentro de un contexto; inconsistencia, redundancia y presuposiciones.

La inconsistencia se imputa a efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas. No hay en realidad principios fijos para la solución mecánica de problemas semánticos. Pero no son en modo alguno lógicos en el sentido de que puedan ser resueltos con la ayuda de la lógica o de principios de interpretación que operan en forma mecánica. Los problemas semánticos de la interpretación, en sentido restringido, son aquellos que se refieren al significado de las palabras individuales o de las frases³⁰.

“Por ello, tampoco la interpretación semántica es un proceso mecánico. Salvo en los casos de referencia clara obvia, el juez tiene que tomar una decisión que no está motivada por el mero respeto de la ley³¹”.

³⁰ Cfr. Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Eudeba SEN. Buenos Aires Argentina, Ed. Universitaria de Buenos Aires, Segunda Edición, 1977. p. 151- 152, 154-157- 160, 162- 165, 170.

³¹ Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Eudeba SEN. Buenos Aires Argentina, Ed. Universitaria de Buenos Aires, Segunda Edición, 1977. p. 171.

El tratadista piensa que la diferencia no está en el grado de libertad con que goza el juez, como en la franqueza con que esta libertad es reconocida por el propio juez. Las directivas prescriben cómo debe ser interpretado el derecho en la administración de justicia. Estas están fundadas en consideraciones prácticas de ventajas y desventajas sociales apreciadas en relación con ciertos valores presupuestos que equivalen a sugerencias de política jurídica dirigidas al juez.

Es esencial tener una idea clara de la actividad del juez cuando hace frente a la tarea de interpretar y aplicar la ley a un caso específico. En la administración de justicia aun cuando su camino resulta preparado por procesos cognoscitivos, es por su naturaleza propia, sin lugar a dudas, una decisión, un acto de voluntad. Para Ross es inconcebible un estilo de interpretación completamente objetivo, en el sentido de que se funde exclusivamente en las palabras de la ley. La actitud del juez hacia la ley estará siempre influida por una serie de factores, productos de la situación y por la conexión entre la ley y el resto del derecho, es lo que Ross denomina conciencia jurídica material.

La ley es un instrumento de dirección política que se origina en intereses e ideas en conflicto y que apunta a ciertos objetivos sociales. La comprensión de la ley por parte del juez dependerá siempre de su comprensión de los motivos y propósitos sociales de aquella. La interpretación subjetiva de la ley asume entonces el carácter de interpretación histórica de la ley. Toda interpretación tiene su punto de partida en la expresión como un todo en combinación con el contexto y la situación en la que aquella se da. Normalmente los tribunales no se muestran dispuestos a admitir en forma abierta que están restringiendo la esfera de actuación de la ley. Prefieren decir que no es posible suponer que el propósito de la ley o la intención del legislador es que ella se aplique a un caso como el que tienen que decidir³².

“...el juez no admite que su interpretación tiene este carácter constructivo, sino que, mediante una técnica de argumentación intenta hacer ver que ha llegado a su decisión objetivamente y que ésta se halla comprendida por el significado de la ley o por la intención del legislador. Trata así de preservar ante sus propios ojos, o por lo menos ante los ojos de los demás...que la administración de justicia sólo está determinada por el motivo de la obediencia al derecho, en combinación con una captación racional del significado de la ley o de la voluntad del legislador³³”.

El Dr. Ross cita las observaciones realizadas por el Juez Bernard Botein en 1952:

“El juez indaga primero en los hechos, luego indaga en el derecho y por último escudriña su alma. Si las tres pesquisas apuntan en la misma dirección, su tarea será fácil, pero si divergen, no podrá ir muy lejos. Las leyes no están hechas para ser violadas por los jueces, pero en manos sensibles poseen una cierta tolerancia elástica que les permite ceder para hacerse cargo de una situación especial. La ley rebotará (snap back) si es portada demasiado por un juez insensible que la maneje con violencia. Puede ser deformada por un juez impulsivo. El juez experto conformará la ley dentro del ámbito de tolerancia de

³² Cfr. Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Eudeba SEN. Buenos Aires Argentina, Ed. Universitaria de Buenos Aires, Segunda Edición, 1977. p. 171-172, 177- 178, 180, 185.

³³ Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Eudeba SEN. Buenos Aires Argentina, Ed. Universitaria de Buenos Aires, Segunda Edición, 1977. p. 188.

ella, para adecuarla a los perfiles del caso particular. El juez preciso y minucioso no verá esos perfiles, cegado por la regida severidad de su plomada³⁴”.

La función de los métodos de interpretación es establecer límites a la libertad del juez en la administración de justicia. Ellos determinan el área de soluciones justificables. Las máximas de interpretación varían de un país a otro. No existen criterios objetivos que indiquen cuándo debe aplicarse una máxima y cuándo otra. Ellas ofrecen gran amplitud para que el juez llegue al resultado que considere deseable. Las máximas de interpretación no son reglas efectivas, sino implementos de una técnica que dentro de ciertos límites habilita al juez para alcanzar la conclusión que considera deseable en las circunstancias y al mismo tiempo, preserva la ficción de que sólo está obedeciendo la ley y los principios objetivos de interpretación.

El derecho en Ross, está unido al lenguaje como vehículo para transmitir significado, y el significado atribuido a los términos jurídicos está condicionado de mil maneras por presuposiciones tácitas en forma de credo y prejuicios, aspiraciones, estándares y valoraciones, que existen en la tradición de cultura que rodea por igual al legislador y al juez³⁵.

“Aun cuando la obediencia al derecho (la conciencia jurídica formal) esté profundamente arraigada en el espíritu del juez como actitud moral y profesional, ver en ella el único factor o móvil es aceptar una ficción. El juez no es autómatas que en forma mecánica transforma reglas y hechos en decisiones... A sus ojos la ley no es una fórmula mágica, sino una manifestación de los ideales, actitudes, standards o valoraciones que hemos denominado tradición cultural...³⁶”.

La cambiante conducta del juez sólo puede ser comprendida y predicha mediante una interpretación ideológica, es decir, mediante una hipótesis con cierta ideología que anima al juez y motiva su acción³⁷. De ahí que consideramos en esta investigación el estudio realizado por Ross sobre la conciencia jurídica material del juez para darle continuidad al pensamiento de John Rawls en su Teoría de la Justicia, en forma concreta en lo que él denomina la justicia procedimental imperfecta, y así poder aplicarle los principios de la justicia de su teoría en forma global. La compatibilidad de las teorías de Rawls y Ross las plasmamos en razonamientos que a continuación se exponen.

IV. Construcción epistemológica Rawls - Ross.

John Rawls no consideró a la teoría de la justicia con pretensión de ser completa, su propósito fue defender una concepción de la justicia aplicable a un caso especial. A consideración de Miguel Ángel Rodilla, su fuerza es la resuelta intención

³⁴ Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Eudeba SEN. Buenos Aires Argentina, Ed. Universitaria de Buenos Aires, Segunda Edición, 1977. p. 188.

³⁵ Cfr. Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Eudeba SEN. Buenos Aires Argentina, Ed. Universitaria de Buenos Aires, Segunda Edición, 1977. p. 108 130, 190-191.

³⁶ Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Eudeba SEN. Buenos Aires Argentina, Ed. Universitaria de Buenos Aires, Segunda Edición, 1977. p. 174.

³⁷ Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Eudeba SEN. Buenos Aires Argentina, Ed. Universitaria de Buenos Aires, Segunda Edición, 1977. p. 64.

práctica de su obra que proporciona principios que pudieran servir de base para la legitimación racional de sistemas sociales.

Esta resuelta intención práctica en algunos aspectos de la teoría política de Rawls, pensamos, es lo que la hace compatible con la concepción realista del derecho de Alf Ross, tanto por lo pragmático, como por lo político. Rawls es representante del liberalismo político con ciertos rasgos vinculados a la libertad e igualdad y en el filósofo escandinavo Alf Ross, la política y el derecho son indivisibles.

Ya en 1951, Rawls se interesó en los jueces, en *The Philosophical Review* un artículo titulado *Outline of a Decision Procedure for Ethics*, había señalado dos garantías a las personas que emitieran un fallo: Primero, las condiciones deben ser tales como para que la integridad del juez pueda ser mantenida. En segundo lugar, se requiere que el juicio sea dado en condiciones tales que el juez sea inmune a todas las consecuencias razonablemente previsibles de su juicio.

En la Teoría de la Justicia, los ciudadanos son capaces de ajustar sus metas y ambiciones a la luz de lo que razonablemente pueden esperar y de restringir sus pretensiones en materia de justicia a ciertos tipos de cosas. Reconocen que el peso de sus pretensiones no viene dado por la fuerza o intensidad de sus deseos incluso cuando estos son racionales. Considera dos aspectos de la libertad: uno como auto-originante de pretensiones, el otro como independencia.

Rawls toca un punto importante en su teoría cuando trata funciones del Poder Judicial desarrollada en la justicia procedimental imperfecta, la cual puede ser compatible con la conciencia jurídica material del juzgador que contiene la teoría jurisdiccional sostenida por Ross:

“La teoría de los procedimientos judiciales examina qué reglas de prueba, y similares, tienen mayores probabilidades de promover ese propósito en condiciones que sean compatibles con otros fines. Puede que de diferentes procedimientos sea razonable esperar en circunstancia diferente produzcan el resultado debido, si no siempre sí al menos muchas veces. Por ello un juicio es un caso de justicia procedimental imperfecta. Incluso cuando la ley pueda ser cuidadosamente observada y el juicio equitativo y adecuadamente dirigido, puede que el resultado alcanzado será el indebido. Puede que un hombre inocente sea declarado culpable y que se deje en libertad a un hombre culpable. En tales casos hablamos de error judicial: la injusticia no se debe a culpa humana alguna sino a una de circunstancias que frustra el propósito de las reglas³⁸”

Las circunstancias que frustran el propósito de la norma jurídica referida por Rawls, puede tratarse de la conciencia jurídica material del juzgador y al contexto político-social en que se esté ejerciendo la función jurisdiccional explicada por Ross. Rawls mismo, sin darle un seguimiento metodológico lo explica al final de su obra en forma aislada en el siguiente razonamiento:

“Aunque el tribunal tiene la última palabra para salvar un caso particular no es inmune a poderosas influencias políticas que pueden cambiar su forma de interpretar la ley del país³⁹”

³⁸ Rawls John. *Justicia como Equidad*. Materiales para una teoría de la justicia. Editorial Tecnos. Reimpresión. España. 2002 p.153.

³⁹ Rawls John. *Justicia como Equidad*. Materiales para una teoría de la justicia. Editorial Tecnos. Reimpresión. España. 2002 p.169-170.

La tarea interpretativa del juez de acuerdo al filósofo escandinavo, es un problema práctico, de valoración. La respuesta a este problema planteado por Ross en 1953, no fue respondida por él, debido a que no creyó en teorías de justicia por considerarlas subjetivas e imposibles de darles utilidad práctica. Ross sugirió que las definiciones de justicia propuestas son vacuas, ya que son compatibles con contenidos extremadamente diversos. En opinión de Carlos Nino, esta observación pasa por alto la teoría que ha hecho Rawls. Sin embargo, Rawls, veinte años después de los estudios jurisdiccionales de Ross, con una teoría universal renovadora de 1971, puede dar respuesta al problema de valoración planteado por Ross, al indicar que las instituciones deben tener como prioridad suprema ser justas. Una justicia no como valor, sino como cualidad, con una resuelta intención práctica, proporcionando principios que pudieran servir de construcción epistemológica sobre la figura deseable en el juez dentro de su actividad emotiva-volitiva y su importancia social sostenida por Ross.

A diferencia de Roos, Rawls sí encuentra lo justo o no de una ley y su obediencia es obligatoria siempre que no exceda ciertos límites de injusticia. Llama justicia formal al aspecto del imperio del derecho apoyando y asegurando las expectativas legítimas. Centra principalmente el estudio de la teoría de la justicia en las instituciones políticas, representada por el Legislativo como relevante modelo de aplicación de la justicia para con la sociedad. Pero trata someramente al Poder Judicial, de ahí tal vez algunas imprecisiones en su teoría cuando habla de la justicia formal en la práctica judicial al darle mayor relevancia a la actividad institucional del Poder Legislativo y considerando en nuestra opinión como a un mero aplicador de la ley al Poder Judicial:

"Un tipo de injusticia consiste en que los jueces y otras autoridades no se ajusten a las reglas apropiadas o a sus interpretaciones cuando deciden las demandas⁴⁰".

Contradicción en el propio Rawls al estudiar someramente la justicia procedimental:

"A veces es razonable valorar de un modo diferente los deberes y las obligaciones, cuando entran en conflicto precisamente porque no se producen del mismo modo. Al menos en algunos casos, el hecho de que las obligaciones sean asumidas libremente, tiene que influir en su valoración cuando entran en conflicto con otras exigencias morales⁴¹".

La valoración de los deberes y obligaciones a la que se refiere Rawls, pensamos, corresponde a la ley, la cual es aplicada por el juzgador de acuerdo al proceso antecedente-consecuente en la conciencia jurídica material sostenida por Ross y que el mismo Rawls llega a denominar justicia procedimental imperfecta debido precisamente a los factores sociales externos que hacen imposible un fallo procedimental perfecto o institucional como lo denomina el filósofo norteamericano. Confirmación que se hace cuando Rawls sostiene que las exigencias institucionales y las que se derivan de las prácticas sociales, pueden ser evaluadas por medio de las reglas existentes y de su interpretación.

⁴⁰ Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica. Tercera reimpresión. México 2002. p 66.

⁴¹ Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica. Tercera reimpresión. México 2002. p 315.

En la teoría de la justicia de Rawls, una sociedad democrática tiene que actuar tal como cree que se lo exigen los principios de lo recto, pero no puede haber ninguna interpretación jurídica moralmente vinculante de esos principios, ni siquiera por una asamblea legislativa o un tribunal supremo. En este punto el propio filósofo norteamericano rectifica en el sentido que tampoco existe ningún procedimiento infalible para determinar que o quién tiene razón. Reconoce al ciudadano como responsable de lo que hace y cada uno tiene que resolver la cuestión por sí mismo. Tiene que decidir sobre la base de los principios de justicia que subyacen a los principios de interpretación y guían la interpretación de la misma y a la luz de su sincera convicción acerca de como deben aplicarse esos principios a las circunstancias.

Un posible error de Rawls es confundir la justicia material con la formal cuando la aplicó en la actuación del juzgador. Al haberle dado una aplicación judicial, nos encontramos en lo que el mismo Rawls llamó justicia procedimental, y por lo tanto, ya no es justicia formal. De ahí que su exposición sea clara cuando trata solamente la justicia formal en el ámbito legislativo, pero no en el judicial.

Rawls separa los principios de justicia de las instituciones y de los individuos en circunstancias particulares, al considerar dos clases de principios que se aplican a objetos diferentes, analizándolos por separado. Por institución entiende, un sistema público de reglas que definen cargos y posiciones con sus derechos y deberes, poderes e inmunidades. La noción de justicia funciona como un punto de vista común a partir del cual los conflictos de intereses deben ser justamente resueltos. Las personas deberán limitarse en escoger aquellos fines que violen la libertad de los demás así como la libertad que ellos esperan para sí. Los individuos y sus acciones en circunstancias particulares, se regirán por principios de rectitud y de justicia. Las libertades básicas de los ciudadanos requeridas para estos principios serán: libertad política: el derecho a voto así como de ocupar puestos públicos, libertad de discurso y de reunión, libertad de pensamiento y de conciencia, libertad personal, derecho a la propiedad privada y libertad de no ser arrestado y puesto en prisión en forma arbitraria. Además del principio de la libertad igualitaria y el principio de diferencia, en la que no admite desigualdades en las acciones de las instituciones. Sin embargo, de acuerdo a Ross:

"El juez es un ser humano. Detrás de la decisión que adopta se encuentra toda su personalidad. Es un ser humano que presta cuidadosa atención a su tarea social tomando decisiones que siente como correctas, de acuerdo con el espíritu de la tradición jurídica y cultural. Bajo el nombre de conciencia jurídica material esta tradición vive en el espíritu del juez"⁴².

Siguiendo con las decisiones judiciales en Ross, la crítica del juez puede dirigirse contra la decisión en el caso específico, que siente como injusta, no obstante aprobar la regla, o dirigirse contra la regla misma. La crítica puede aparecer en la conciencia del juez como una reacción emocional espontánea. Estas actitudes participan activamente en el espíritu del juez, como un factor que motiva su decisión. En la medida de lo posible el juez comprende e interpreta la ley a la luz de su conciencia jurídica material, a fin de que su decisión pueda ser captada no sólo como correcta, sino también como justa o socialmente deseable. La conciencia jurídica material está presente en todas las decisiones. El juez puede dejarse orientar directamente por su sentido de justicia o puede intentar racionalizar su reacción

⁴² Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Eudeba SEN. Buenos Aires Argentina, Ed. Universitaria de Buenos Aires, Segunda Edición, 1977. p. 174.

mediante un análisis de las consideraciones prácticas sobre la base de un cálculo jurídico sociológico de los efectos presumibles de una regla general u otra. El juez tendrá que confiar principalmente en lo que íntimamente siente. No hay que perder de vista la idea específica que se manifiesta en el derecho y que de acuerdo a Ross, es la idea de justicia.

Opinión que comparte en este último punto el filósofo norteamericano al señalar en las instituciones como prioridad, y supremacía a la justicia. El juez como representante de una institución social, deberá tener como prioridad al ejercer su función jurisdiccional, la justicia.

La teoría de Rawls a pesar de las contradicciones citadas con antelación en la interpretación judicial, señala que la inevitable vaguedad de las leyes en general y el amplio ámbito concedido a su interpretación favorecen la arbitrariedad al tomar decisiones que sólo la lealtad a la justicia puede mitigar

Aquí es donde podríamos construir epistemológicamente a partir de la conciencia jurídica material del juzgador, llamada también emotivo-volitiva y su sentido de justicia evocada por Ross, proyectándola hacia los principios de justicia institucional y ciudadana concebida por Rawls, dadas las especiales características del juzgador en su función jurisdiccional como representante de una institución social como lo es el Poder Judicial que no pueden separarse de su esencia humana.

Conclusiones.

Según los criterios universales de justicia dados por Rawls, consideramos que deben ser aplicados al sentido de la justicia que debe tener un juez al ejercer la función jurisdiccional, en forma conjunta con las características personales del juzgador, en el ejercicio de la función jurisdiccional. Sin embargo, algunas características de la personalidad deseable del juzgador, parecen confundirse con su actividad jurisdiccional, lo cual resulta explicable porque las resoluciones son un producto de su conciencia jurídica de acuerdo con Ross. Además, si bien Rawls hace una división entre los principios aplicables a los particulares y las instituciones, algunos principios expuestos por él son aplicables en estos dos contextos a la figura del juez, sobre todo cuando trata la concepción de la justicia.

Su importancia social la encontramos en la afirmación de Carlos Nino en el sentido de que los seguidores de Rawls, lo toman como base para alcanzar criterios más universales de justicia y por lo tanto su teoría da las bases para una metodología de la justicia posible de ser llevada a la práctica por los jueces.

Bibliografía.

- Nino, Carlos. *La concepción de Alf Ross sobre los juicios de justicia*. Anuario de Filosofía Jurídica y Social. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires Argentina. 1983.
- Rawls John. *Justicia como Equidad. Materiales para una teoría de la justicia*. Editorial Tecnos. Reimpresión. España. 2002 p.237.
- Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica. Tercera reimpresión. México 2002. p 315
- Ross Alf. *Lógica de las Normas*. Traducción por José S.P. Hierro. Colección crítica del derecho. Sección Arte del Derecho. Director José Luis Monereo Pérez. Editorial Comares S.L España. 2000.

- Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Eudeba SEN. Buenos Aires Argentina, Ed. Universitaria de Buenos Aires, Segunda Edición, 1977. p. 468.
- Valenzuela Hernández, Ruben Alfonso. *Realismo Jurídico y la Función Judicial*. Tesis doctoral en jurisprudencia y ciencias sociales. Universidad de El Salvador. El Salvador. 1973