

JURISDICCIÓN Y EL PAPEL DEL JUEZ EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO: UN CAMBIO PARADIGMÁTICO EN AMÉRICA LATINA

JURISDICTION AND THE ROLE OF THE JUDICIARY IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW: A PARADIGMATIC TRANSFORMATION IN LATIN AMERICA

Antônio Gomes de Vasconcelos¹

RESUMEN

El modelo de Estado adoptado por las democracias occidentales en la post-guerra implica una transformación paradigmática, teórico y pragmático, de la práctica jurisdiccional y de la función del Poder Judicial. En esta perspectiva, el Poder Judicial es llamado a contribuir, eficazmente, a la realización del proyecto constitucional de la sociedad democrática. Tal exigencia requiere una nueva epistemología indispensable para la comprensión de los fenómenos sociales, económicos, políticos y jurídicos en su complejidad, con la superación de la racionalidad jurídica tradicional de carácter liberal-técnico-positivista derivada y que subyacente a la práctica jurisdiccional del Estado liberal. Hay, en América Latina, una progresiva auto-comprensión de los tribunales constitucionales acerca de la misión constitucional del Poder Judicial en el Estado Constitucional Democrático de Derecho.

Palabras-clave: Jurisdicción. Papel del juez. Estado Democrático de Derecho. América Latina.

ABSTRACT

The model of the democratic state of law adopted by post-war Western democracies implies a paradigmatic, theoretical and pragmatic transformation of the jurisdiction and role of the judiciary. In this perspective, it is incumbent upon the Judiciary to contribute, effectively, to the realization of the constitutional project of the democratic society. That requirement implies a change to a new epistemology to the understanding of social, economic, political and juridical phenomena, which must be capable of overcoming the traditional juridical rationality of the liberal-technicist-positivist jurisdictional practice associated with the model of the liberal state. In Latin America there is a gradual self-understanding of the constitutional courts and the judiciary of the constitutional mission conferred on it by the Constitutional Democratic State of Law.

Keywords: Jurisdiction. Role of the judge. Democratic State of Law. Latin America.

¹Doctor en Derecho por la Universidad Federal de Minas Gerais (2007). Master en Derecho por la Universidad Federal de Minas Gerais (2002). Especialización en Derecho Público FDMM (1989) es licenciado en Derecho por la Universidad Federal de Minas Gerais (1987), de la graduación en Filosofía de la Universidad Católica de Minas Gerais (1978). Profesor de la Universidad Federal de Minas Gerais (Brasil). Coordinador del “Programa Universitario de Apoyo a las Relaciones de Trabajo y a la Administración de la Justicia de la UFMG” – PRUNART-UFMG. Juez del Trabajo. E-mail: angovas@gmail.com

1 INTRODUCCIÓN

Al reflexionar sobre el sentido de la jurisdicción y el papel del juez en el Estado Democrático de Derecho, creo que es apropiado utilizar el término paradigma. Con ella, y según Thomas Kuhn, quiero referirme al "conjunto de creencias, de valores reconocidos y de técnicas comunes a los miembros de un determinado grupo"; o, de otra manera, los "esquemas fundamentales de pensamiento, suposiciones o creencias"(KUHN, 2003, *passim*). En este sentido, como señala Morin, el paradigma "controla no sólo las teorías y razonamientos, sino también el campo cognitivo, intelectual y cultural en que nacen teorías y razonamientos"; condiciona "la epistemología que controla la teoría y la práctica que deriva de la teoría" (MORIN, 2001: 258-265). El paradigma es invisible y, por lo tanto, se convierte en indiscutible y no falsable; por eso, por de cierto modo también ciega. No hay otra razón por la que Foucault, para quien "el hombre no es más que una invención epistémica," designó por "arqueología del saber" a la ciencia de la *episteme* (Idem: 264).

Una transformación paradigmática altera enormes evidencias y despierta una enorme resistencia por que (Ibidem: 285/286):

Todas las teorías, ideas o opiniones que sean incompatibles con el paradigma (dominante) aparecen, por supuesto, como contrarias a la lógica, estúpidas, delirantes, absurdas... La revolución paradigmática amenaza no sólo los conceptos, ideas y teorías, sino también el estatus, el prestigio, la carrera de todos los que viven material y psíquicamente de la creencia establecida.²

Por otro lado, reaccionar a los cambios de forma conservadora es más cómodo que asumir los riesgos del cambio paradigmático.

Mi proposición es que, a pesar de la contingencia de una reflexión autorreferencial, es posible reflexionar sobre el paradigma que preside nuestra visión del mundo y confrontarlo con otras visiones del mundo, diferentes de la nuestra.

La práctica jurídica, la jurisdicción y la administración de la justicia están sujetas a un paradigma, por lo que tiene sentido reflexionar sobre el paradigma que las preside. Sobre todo cuando se consideran que ciertos cambios que se producen en el plano paradigmático, como los que alteran la forma de estado o de gobierno, el régimen político en una determinada sociedad. Ellos pueden implicar cambios profundos en las concepciones sobre el papel de la justicia, en el papel de los jueces y, en consecuencia, en la actividad jurisdiccional.

² Traducción libre.

Sin otras consideraciones, paso a ponderar que los cambios políticos y constitucionales en evolución en América Latina, resguardadas las singularidades de cada país, sugieren, en la opinión de muchos estudiosos, un cambio de paradigma. Por supuesto **hay**, en América Latina, una progresiva auto-comprensión de los tribunales constitucionales acerca de la misión constitucional del Poder Judicial en el Estado Constitucional Democrático de Derecho.

Se trata de reconocer una función transformadora asignada al Poder Judicial contemporáneo. Tal exigencia requiere un cambio indispensable hacia una epistemología apta a la comprensión de los fenómenos sociales, económicos, políticos y jurídicos en su complejidad, con la consecuente superación de la racionalidad jurídica tradicional de carácter liberal-técnico-positivista derivada y subyacente a la práctica jurisdiccional del Estado liberal. Este cambio cultural es una condición *sine qua non* para que la Justicia pueda cumplir su papel transformador de la realidad, según el proyecto constitucional de la sociedad a que sirve.

2 EL CONSTITUCIONALISMO Y EL PROCESO DE TRANSFORMACIÓN CULTURAL DEL PODER JUDICIAL EN AMERICA LATINA

A lo largo de las últimas décadas, en América Latina, se produjeron transformaciones en el modelo de Estado, formas de gobierno y regímenes políticos. Países en los cuales se consolida el estado democrático constitucional de derecho y que fundan, en la visión de muchos juristas, un nuevo constitucionalismo democrático y garantista que establece formas legítimas de justicia constitucional, de garantía de derechos, y tutela de los derechos fundamentales individuales, sociales, colectivos y difusos. En el nuevo constitucionalismo principios y valores, como normas jurídicas, fundamentan y condicionan todo el sistema jurídico, la acción del Estado y sus instituciones. El constitucionalismo contemporáneo corresponde, por lo tanto, a una nueva tendencia teórica, ideológica y metodológica en el análisis, interpretación y aplicación del derecho.

Creo que se puede considerar que hubo un cambio de paradigma. Sin embargo, paradójicamente, la jurisdicción predominante en América Latina es todavía fuertemente tributaria de la cultura jurídica forjada en el paradigma formal, tecnicista, positivista del Estado liberal. Por eso, debido a una formación académica y profesional

conformada a esta racionalidad jurídica o por la fuerza de las opciones políticas e ideológicas contrarias al espíritu del nuevo constitucionalismo, esta cultura tiende a absorber muy lentamente nuevos instrumentales teóricos, metodológicos o jurisprudenciales orientados a la realización del proyecto social establecido en la Constitución.

El debate sobre los desafíos de "la justicia, la institucionalidad y la interculturalidad para América Latina", que se propone este Congreso, con miras al desarrollo de la cooperación judicial orientada a la integración regional, implica necesariamente el cuestionamiento del paradigma que preside la administración de justicia, con el objetivo de identificar posibles puntos de convergencia que puedan constituir un paradigma común entre los jueces de los diversos países acerca de la función de la justicia y la jurisdicción en consonancia con el cambio paradigmático del nuevo constitucionalismo.

Se constata en los estudios sobre el tema, que el constitucionalismo latinoamericano originario del siglo XIX, no se apartó de la colonización y la dependencia de la cultura jurídica conformada en el modelo hegemónico eurocéntrico caracterizado por la incorporación y la adaptación del liberalismo individualista y el positivismo, sin cualquier ruptura significativa en el orden económico, social y político. La tradición constitucional latinoamericana consagró abstractamente la "igualdad formal ante la ley, la independencia de los poderes, la soberanía popular, garantía liberal de derechos, ciudadanía cultural hegemónica, y la condición idealizada de un 'estado de derecho' universal" (WOLKEMER; MELO, 2013: 23). Las constituciones liberales y la doctrina clásica del constitucionalismo corresponden a los intereses de los sectores de las élites hegemónicas lejos de los intereses de los segmentos sociales mayoritarios.

Del mismo modo, el constitucionalismo del Estado de bienestar no sirvió a la protección de los derechos sociales, una vez excluidos del sistema de protección de los derechos civiles y políticos, como señala Cabo Carlos Martín en *La crisis del estado social* (MARTÍN, 1986: *passim*). De hecho, señala el jurista Luis Roberto Barroso, los derechos sociales proclamados por el Estado Social confrontan intereses particularmente poderosos con fuerte influencia en los propios órganos del Estado que, por "connivencia o impotencia", no logran desencadenar mecanismos coercitivos para su concretización (BARROSO, 2006: 83).

Esta es la razón por la que el constitucionalismo del Estado social no pudo proteger el estado de bienestar, frente a las políticas neoliberales.

Por otro lado, en los dos modelos de estado liberal y autorit ario se erigió una cultura jurídica y un paradigma jurisdiccional hegemónico que han tenido lugar en América Latina.

Sin embargo, en el ámbito judicial, el paradigma y la cultura jurídica no aliados con los objetivos del nuevo constitucionalismo, constituyen poderoso obstáculo a la efectividad de los nuevos derechos oriundos de este cambio. Sin dejar de lado los factores determinantes de esta falta de efectividad, esta reflexión se limitar  a los aspectos culturales y paradigmáticos del problema.

Parece irrefutable la concepción oriunda de la ciencia política, que comprende la administración de la justicia como una instancia política y los tribunales como un sub-sistema global del sistema político, como señala Boaventura Sousa Santos. Esto significa que la Justicia recibe *inputs* externos bajo la forma de estímulos, presiones, exigencias sociales y políticas, y produce *outputs* (decisiones) que impactan política y socialmente a los demás subsistemas. En este sentido, el comportamiento, las decisiones y sus fundamentos, pasaron a ser vistos como variables dependientes resultantes de componentes subjetivos del juez, como el origen social, la educación, la edad, y sobre todo la ideología política y social de los jueces, desmitificando el "paradigma" de la neutralidad del juez encargado de hacer justicia por encima y equidistante de los intereses de las partes, propio al Estado liberal (SANTOS, 1986, *passim*). En este contexto, los estudios ilustrativos de Renato Treves sobre las tendencias ideológicas de la judicatura italiana identifica una *tendencia conservadora* que enfatiza los valores de orden, equilibrio, seguridad social y la certeza jurídica; *otra tendencia* que enfatiza el cambio social y la reforma del sistema judicial y de la sociedad, teniendo en la mira la profundización de la democracia en el marco jurídico-constitucional del Estado de Derecho; y *la tendencia de inspiración marxista* que aboga por el uso alternativo del derecho con el objetivo de construir una sociedad más justa y igualitaria (TREVES, 1972, *passim*).

Buenaventura llama la atención sobre el hecho de que esta constatación confiere importancia estratégica a los sistemas de formación y reclutamiento de los jueces para la consolidación del nuevo constitucionalismo en América Latina. Por tanto, es indispensable que les proporcione el conocimiento cultural, sociológico y económico suficiente para que el

reconocimiento y la conciencia de la importancia política de sus opciones teóricas y metodológicas en una sociedad cada vez más compleja y dinámica (SANTOS, 1986, *passim*).

Sustentado en las bases teóricas, ideológicas y metodológicas de la teoría constitucional contemporánea (neoconstitucionalismo), el constitucionalismo latinoamericano (ilustrado en el ejemplo de las últimas constituciones de Colombia, Brasil, Bolivia, Ecuador, Paraguay, Venezuela) se caracteriza por su carácter emancipador, democrático y garantista, que conforma una nueva cultura jurídica que, entre otros aspectos:

- a) comprende la Constitución como normativa y dirigente que condiciona todo el orden jurídico, así también la actividad jurídica y política de los poderes del Estado y la sociedad;
- b) reconoce los principios y los valores constitucionales como normas fundamentales del ordenamiento jurídico;
- c) enaltece y reconoce el papel de los jueces en la interpretación de la Constitución.

El nuevo constitucionalismo acrece a la Constitución la función de protección de los derechos humanos, los derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales, individuales, los derechos colectivos y difusos, dando al Estado la tarea de promover la justicia social y el desarrollo bajo la bandera del pluralismo democrático. El nuevo constitucionalismo, exige de los poderes estatales y de los actores sociales el máximo acercamiento entre la constitución normativa y la realidad social.

Estos cambios representan una transformación del paradigma de la hermenéutica, la interpretación y aplicación de la ley. Se atribuye al Derecho Constitucional y a la Constitución una posición de centralidad en los ámbitos filosófico, político, jurídico, económico y social, como instrumento de consagración de nuevos derechos económico-sociales y no sólo como técnica de protección a la libertad y a la propiedad, y de organización del poder.

Tales perspectivas confrontan también el modelo neoliberal de justicia que pretende imponer un modelo de justicia subordinada a los intereses del mercado global. Esta concepción intenta moldear el campo de la justicia por el paradigma económico, en el que se evidencia la figura del Juez-objeto, visto como una tecnología al servicio del mercado, para producir juzgamientos útiles, eficientes, seguros y rápidos, como observa Antoine Garapon. El modelo "neoliberal" de justicia ha conquistado espacio en el movimiento

reformista del poder judicial en América Latina, bajo los auspicios del BIRD y el Banco Mundial, con un énfasis en la gestión, en la tecnología y en la planificación orientadas a la seguridad jurídica formal, la eficiencia, la productividad y la agilidad del sistema de justicia, con desprecio por los aspectos cualitativos de la jurisdicción, en el sentido de garantizar la efectividad de los derechos y la realización de la justicia.

Esta realidad impone inevitablemente al magistrado la necesidad de elegir entre opciones políticas, ideológicas, teóricas y filosóficas determinantes de su modo de comprender el derecho, el significado y el ejercicio de la jurisdicción. La opción por el ideal del nuevo constitucionalismo lo coloca en la posición de garantizador de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, bajo una ética de la responsabilidad social que le obliga a anteveer las consecuencias sociales del ejercicio de la jurisdicción.

Junto a esto, emerge la necesidad de comprender críticamente algunas cuestiones:

a) la función del poder judicial y del juez en la sociedad contemporánea, confrontando las exigencias del nuevo paradigma a los estereotipos cristalizados en el viejo paradigma;

b) la crisis de la justicia y el papel del juez en los esfuerzos para superarla y su participación en los procesos de renovación de la Justicia;

c) las tendencias políticas e ideológicas que subyacen al movimiento global de reforma del poder judicial en los países de América Latina, descifrando sus trazos conservadores de aquellos compatibles con las directrices del nuevo constitucionalismo;

e) la necesidad de una nueva cultura jurídica, con especial atención al sistema de reclutamiento y de formación de los jueces, considerando las múltiples posibilidades teóricas e instrumentales que se ponen a servicio de la jurisdicción y la conformidad de sus consecuencias sociales con las directrices de la Constitución;

f) la necesidad de la sociologización del derecho, de la función jurisdiccional y de la administración de justicia;

g) y, sobre todo, la necesidad de la interacción de los jueces con la sociedad como una forma de conexión de la jurisdicción con la realidad y de legitimación constitucional de la práctica jurisdiccional.

Esta realidad apunta a la necesidad de la superación teórica y pragmática del mito del apoliticismo de la función judicial y induce a los jueces al ejercicio colectivo de la

ciudadanía en búsqueda de la necesaria reconstrucción neoparadigmática de la función jurisdiccional, en lo que la Escuela Judicial de la RedLaj, a mi ver, podrá desempeñar un rol importante.

Por otra parte, parece necesario tener en cuenta que cualquier análisis del poder judicial precisa tomar como punto de partida el papel del juez. Sin embargo, el protagonismo judicial en el Estado constitucional democrático de derecho no sigue el voluntarismo ideológico del juez, pero si la ideología constitucional establecida por el poder constituyente que da sentido a la idea de democracia y de justicia que preside su actuación.

Este punto de vista confiere al juez una función polivalente convirtiéndolo en protector de los derechos, en intérprete y configurador del sistema del orden jurídico hacia la realización de los derechos fundamentales y del proyecto constitucional de la sociedad, más allá, por lo tanto, de la condición de árbitro de los conflictos particulares (GARCÉS, 2012:51).

La Sociedad convoca al juez para participar en la determinación de los niveles de democracia substantiva y a comprender y se posicionar frente a los problemas políticos y sociales en nombre de la Constitución. En este sentido el juez es también, al lado de los demás poderes, un agente de transformación social por la vía del derecho y del diálogo social.

Mi proposición es que la reconstrucción del sentido de la jurisdicción implica la consideración de cuestiones tales como:

I- La metáfora y la ficción creadas por el formalismo y el racionalismo occidental de la soberanía del Estado visto como una entidad unitaria y abstracta cuyas voluntad y acciones se manifiestan a través de sus órganos, fue sustituida por la soberanía de la Constitución (ZAGREBELSKY, 2005:12);

II- Los principios y los valores desempeñan un papel constitutivo del orden jurídico incidiendo directamente en la realidad, definen el contenido de la interpretación y aplicación de las normas de jerarquía inferior...; esto significa la relativización de los postulados clásicos de certeza y seguridad jurídicas, en favor del principio de justicia constitucionalmente establecido (ZAGREBELSKY, 2005: 12);

III- La consideración de las consecuencias prácticas de la jurisdicción es uno de sus elementos integrantes, siendo que la actividad jurisdiccional no se limita a estar al servicio de la voluntad del legislador; las exigencias de efectividad de los derechos fundamentales en

el nuevo constitucionalismo, pesan más que la voluntad legislativa cuando esta se convierte en un obstáculo para la realización de aquel objetivo (Idem: 112);

IV El juez, al depararse con la multiplicidad de métodos y concepciones jurídicas, desplaza el problema de indagar sobre la más correcta concepción del derecho y su interpretación, para el problema de definir cuáles son los fines constitucionales de la jurisdicción y cuáles son las concepciones que le permiten realizar el principio de justicia establecido por la Constitución.

V - las tensiones derivadas de las presiones de las fuerzas políticas y hegemónicas que buscan neutralizar tales transformaciones (SANTOS, 1986, *passim*);

VI - dificultades para definir los deberes inherentes a la función de la gestión y gobierno del poder judicial, en particular, la definición eminentemente política del contenido de la formación de los jueces;

VII - dificultades en armonizar la necesidad de una cierta unidad ideológica de los jueces en torno del nuevo paradigma con la también necesaria abertura del sistema de reclutamiento de los jueces al pluralismo ideológico.

3 CONCLUSIÓN

El nuevo constitucionalismo atribuye a la constitución una función normativa y dirigente, y promueve la ascensión del poder judicial al estatus de poder político, con la tarea de contribuir a la concretización del proyecto constitucional de la sociedad, restándole la tarea de elegir los instrumentales teóricos, metodológicos y jurisprudenciales esenciales para cumplirla.

En el constitucionalismo del Estado Democrático de Derecho, se convoca el Poder Judicial a contribuir para la realización del proyecto constitucional de la sociedad, por lo tanto, a realizar la justicia substantiva según los parámetros establecidos en la constitución, asumiendo la condición de agente de transformación social.

Este es el desafío que se presenta a los poderes judiciales latino-americanos. Sin embargo, el nuevo paradigma encuentra resonancia en las actuaciones del poder judicial de algunas cortes constitucionales, dentre las cuales se destaca la experiencia de la Corte colombiana, cuyo ejemplo reconocido en todo el mundo, es una demostración de que, como señala Boaventura Sousa Santos, se debe aceptar el riesgo de un poder judicial culturalmente

preparado para manejar el nuevo derecho constitucional y sus implicaciones políticas, económicas y sociales.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luíz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar: 2006.
- DE CABO MARTÍN, Carlos. *La crisis del Estado Social*. Barcelona: Promociones y Publicaciones, 1986.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia o Guardiã das Promessas*. 2008.
- GARCÉS, Andréa Viana. “Perspectivas para um análisis comparado de la estructuración orgánica del gobierno del poder judicial”. IN *LUQUE, Luis Aguiar de. El gobierno del poder judicial – una perspectiva comparada*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Editora Perspectiva, 2003.
- MORIN, Edgar. *O método – As ideias- Habitat, vida, costumes, organização*. Porto Alegre: Sulina, 2001.
- SANTOS, Boaventura S. “Introdução à sociologia da administração da justiça”, In *Revista Crítica de Ciências Sociais*, N. 21, Coimbra, nov/1986.
- TREVES, R. *Giustizia e Giudici nella Società Italiana.*, 3ª. ed. Bari: Laterza, 1972.
- WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. *Constitucionalismo latino-americano – tendências contemporâneas*. Porto Alegre: Juruá, 2013.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 6ª. ed. 2005.

Artigo recebido em 03.09.2016

Aprovado em 05.10.2016