

Sustratos ideológicos y compromisos éticos en las decisiones judiciales*

Ideological background and ethical commitment in court decisions

Por María L. Tulián**

Resumen

Al ejercer su función, los jueces definen situaciones conflictivas mediante el derecho y, a la vez, actualizan un “poder de decir y decidir” que es social e institucionalmente reconocido. Este poder es, también, un poder simbólico de nominación, que a través de las resoluciones judiciales, instaura o instituye una verdad acerca de las situaciones fácticas a resolver.

En este proceso los jueces trabajan con materiales jurídicos que interpretan y a los que asignan diversas significaciones, para llegar a una resolución y motivarla suficientemente. Pero, además, intervienen en esa actividad otros factores; entre ellos, la plataforma ideológica propia de cada juez, que incide en grados diversos en sus decisiones y en los argumentos que esgrime, orientando su accionar.

Este sustrato ideológico se configura, así, como una dimensión constitutiva, inerradicable de las sentencias, que puede operar de forma sutil, velada pero persistente. Más aún: compromete a los jueces, en un plano profundo y personal en su relación frente al derecho, y exige de su parte un claro posicionamiento ético.

A partir de asumir estas nociones, el presente trabajo se propone indagar sobre pautas éticas mínimas y procedimentales con el fin de contribuir a una magistratura dotada de más y mejores habilidades y actitudes éticas.

Palabras clave:

jueces, sentencia, interpretación, ideología, ética

* Recibido el 17/11/14 y aprobado para su publicación el 11/11/15

** Poder Judicial de Córdoba

Abstract

Throughout the period in which judges perform the Legal profession, they define cases through Law, and at the same time, make use of their "power to say and decide", which is socially and institutionally recognized.

This acknowledged power is also symbolic, which means that Court resolutions constitute facts of truth about situations to be solved.

During the process, judges deal with Court cases which must be interpreted and which can hold diverse significations, through which a final decision is taken and backed up objectively. But there are other factors which take part as well, such as the ideological background of each judge, which may influence his decisions and the argumentation that follows.

This ideological background, in its constitutive dimension, is inseparable of sentences, operating in a subtle but persistent way. Moreover, it involves judges in a deep personal issue in their relationship to the Law, demanding from them clear ethical principles to be followed.

Assuming these notions as a starting point, this report will try to inquire into the ethical guidelines and procedures which may contribute to the performance of all members of the court of justice, providing them with enhanced abilities and ethical attitude.

Keywords:

judges, sentence, interpretation, ideology, ethics

Introducción

El derecho, en tanto que sistema de normas, valores y prácticas, evidencia una dimensión en la que puede ser reconocido como productor o generador de un “discurso constituyente” ya que tiene la potencialidad y capacidad operativa para asignar significaciones especiales a los hechos y a las palabras (Ruiz, 2006,p.116). Esta facultad socialmente reconocida -y reafirmada en la práctica-, con que están dotados los jueces puede considerarse como “*poder de la palabra*”. Es el “*poder decir*” el discurso jurídico, resignificado en la actividad interpretativa, si cumple con las reglas de procedimientos establecidas al interno del mismo sistema jurídico.

Este poder se pone en juego dentro del “*campo jurídico*” que Bourdieu (2001, p. 169) describe como

...el lugar de una concurrencia por el monopolio del derecho de decir el derecho, esto es, la buena distribución (*nomos*) o el buen orden en el que se enfrentan agentes investidos de una competencia inseparablemente social y técnica, que consiste esencialmente en la capacidad socialmente reconocida de *interpretar* (de manera más o menos libre o autorizada) un corpus de textos que consagran la visión legítima, recta, del mundo social.¹

¹ El término “campo” es una construcción analítica de este autor, que alude a espacios sociales de juego específicos y estructurados históricamente, con instituciones propias y leyes de funcionamiento, en los que se producen permanentes luchas por la obtención y monopolio de un *capital* -real o simbólico- considerado valioso, y por el cual los involucrados ponen en marcha estrategias (mediante *hábitus* y

Al interior del campo jurídico, el *judicial* aparece como un espacio social fuertemente reglado, en el que ingresan una diversidad de conflictos, de *realidades preprocesales*, que a través de los procesos judiciales son transmutados, redefinidos y resignificados mediante su inserción en el universo de las categorías y del lenguaje jurídico, hasta constituir *realidades procesales y judiciales* (Andruet, 2005, p.203), que serán objeto de la tarea judicial en tanto potestad de decidir mediante la palabra. En el proceso de nombrar jurídicamente aquello que en su origen era pura facticidad, se crea una realidad nueva, *se instituye una verdad en el plano jurídico*, que por el poder simbólico de nominación del derecho (Bourdieu, 2001, p. 200), opera en el plano de la realidad extra jurídica y extra procesal.

Los jueces, en la tarea interpretativa, trabajan con diferentes materiales jurídicos (leyes, normas, principios, jurisprudencia y doctrina) en una actividad que no es ajena a su propio sistema de valores, creencias, preferencias y a su ideología. Más allá de las ambigüedades del concepto, la ideología concierne aquí a la relación imaginaria que los hombres crean con su propia realidad y la de los demás sujetos. Dicho de otro modo, a los aspectos inconscientes que operan en los individuos como consecuencia de los procesos de socialización a los que han estado expuestos. A las referencias étnicas, religiosas, culturales, de clase social y educación que han constituido su entorno de formación como sujetos y que ha construido en cada uno de ellos una mirada “cargada”, predisuelta y deformante respecto de la “realidad”

En virtud de la transcendencia que tiene la capacidad de instituir verdad, resulta importante reflexionar sobre sus alcances, como sobre la incidencia que la plataforma ideológica de los jueces tiene en el proceso interpretativo, y a partir de ello, considerar las implicancias y compromisos éticos en juego. Indagar sobre estos puntos, y sobre las pautas éticas mínimas que deberían considerar los jueces en torno a ello, es lo que se propone el presente trabajo.

La sentencia judicial como instituyente de verdad

Huelga decir que existen numerosas definiciones y conceptos de sentencia, pero la siguiente noción postulada por Armando Andruet (2005, p. 226), resulta particularmente interesante por la visión integral que propone, al sostener que existe una sentencia

...en la medida que se conforma un documento escrito donde se realiza el análisis de los hechos y de la prueba con adecuada suficiencia lógica, lingüística y gramatical, y donde no se descuida la preocupación valorativa que reposa en una plataforma siempre ideológica, propiciada desde una determinada cosmovisión del sentenciante.

A ello, pueden agregarse otros dos aspectos característicos: *cumplir una función de clausura, en tanto conlleva la virtualidad de resolver autoritativamente situaciones judicializadas, y ello, con vocación de instituir verdad.*

prácticas) para modificar y mejorar sus posiciones en el campo, y para mantener o redefinir las reglas de juego. Con esta noción teórica Bourdieu aspira a dar cuenta simultáneamente de los aspectos estructurales y dinámicos, como las relaciones de fuerza y poder que se producen y reproducen en estos espacios. Cf. Gutierrez (2005, p.31); Chauviré y Fontaine (2008, p.14).

Esta noción amplía los márgenes analíticos que posibilitan las conceptualizaciones jurídico-dogmáticas tradicionales de la sentencia como acto y documento estrictamente procesal, abarcando otras dimensiones. En este sentido, las resoluciones judiciales, y en especial la sentencia, tienen una *función de clausura* en tanto establecen un límite conclusivo a la discusión planteada, en una decisión que es portadora de una “*verdad judicialmente establecida*” que, al menos simbólicamente, *instaura* realidad².

No se alude aquí a las nociones de verdad como *correspondencia, adecuación o conveniencia* que se vinculan con la idea de verdad real en tanto objetivo del proceso penal³, ni con la verdad *consensuada* asociada a la idea de verdad formal de los procesos civiles y que atienden a la función teleológica que se le asigna al término como objetivo del proceso judicial. Estas nociones de verdad se proyectan fundamentalmente hacia el pasado y tienen la vocación de dar una imagen de certeza actual y presente a acontecimientos pretéritos, para, a partir de allí, atribuirles consecuencias jurídicas.

Por el contrario, cuando se propone considerar como nota tipificante de la sentencia la circunstancia de conllevar “*vocación de instituir verdad*”, se alude a la potencialidad que tiene para definir situaciones problematizadas jurídicamente, instituyendo judicialmente una verdad sobre ellas, no sólo con relación a los hechos pasados, sino atendiendo también a los *efectos simbólicos y futuros* que el texto de la sentencia connota y que *se instauran a través del sentido de la resolución, de los argumentos que se esgrimen y las significaciones asignadas en ellos*.

Se trata de una “verdad práctica”, consagrada en la sentencia luego del proceso intelectual efectuado por el juez, orientado por una finalidad concreta. Esta *verdad* es más que la mera verdad correspondencia en términos especulativos, ya que además de pretender -con mayor o menor rigor- verificar la adecuación “especular” del enunciado con la realidad que efectivamente aconteció, aspira a definir esa realidad y a establecer sus consecuencias en orden a un principio de justicia.⁴ No es una verdad que sólo

² En una idea similar Andruet (2005, p.114) se refiere a la “...*construcción de realidad que desde lo jurídico es lo que hacen (los jueces) cuando dictan resoluciones...*”, pero hemos preferido utilizar los términos “instituir” e “instaurar”.

³ La verdad como “correspondencia”, “adecuación” o “conveniencia”, se atribuye en filosofía a Aristóteles, continuada por la escolástica (Ferrater Mora, 2009, p. 3660). En los procesos penales la correspondencia se establece entre lo enunciado en la sentencia sobre los hechos cuya existencia -o no inicialmente, se desconocen-, y la realidad fenoménica de ellos, correspondencia que debe ser conocida y probada mediante el proceso penal, lo que según Ferrajoli (1998, p.36) se funda en una epistemología judicial que denomina “cognocitivismo”. Sobre el carácter utópico e históricamente determinado de esta verdad puede verse Coppola y Cafferata Nores (2000), y la obra clásica de Michel Foucault que afirma: “...hay dos historias de la verdad. La primera es una especie de historia interna (...) tal como se hace en o a partir de la historia de las ciencias. Por otra parte, creo que en la sociedad, o al menos en nuestras sociedades, hay otros sitios en los que se forma la verdad, allí donde se definen un cierto número de reglas de juego, a partir de las cuales vemos nacer ciertas formas de subjetividad, dominios de objeto, tipos de saber y, por consiguiente, podemos hacer a partir de ello una historia externa, exterior, de la verdad. Las prácticas judiciales -la manera en que, entre los hombres se arbitran los daños y las responsabilidades, el modo en que, en la historia de Occidente, se concibió y definió la manera en que podían ser juzgados los hombres (...) o, si se quiere, todas esas prácticas regulares modificadas sin cesar a lo largo de la historia -creo que son algunas de las formas empleadas por nuestra sociedad para definir tipos de subjetividad, formas de saber y, en consecuencia, relaciones entre el hombre y la verdad...”(1998, 17).

⁴ Señala Ana M. González (1998) que “...hay verdad especulativa en los juicios de nuestro entendimiento cuando éste refleja -«espejula», «espejea»- el orden real, es decir: cuando pone junto lo que en la realidad está junto, y separa lo que en la realidad está separado. En cambio, la verdad práctica no es de

refleja, sino que se construye, se busca y moldea en el proceso de laboreo del juez con los materiales jurídicos de que dispone.

En este sentido, y en el marco de la hermenéutica que aquí se propone, la verdad

...no es principalmente la proposición que describe fielmente, desde el exterior, un estado de cosas, sino que es evento, respuesta a los mensajes que provienen de una tradición, interpretaciones de estos mensajes y acaecimiento de un mensaje nuevo transmitido a otros interlocutores... (Vattimo, 1991, p.63).⁵

Es también una verdad procedimental, que se genera y se instituye en el proceso argumentativo, y está —o debería estar— orientada por la finalidad de buscar una respuesta justa. Gestada en el plano de lo argumentativo, se mueve como señala Vigo (2001, 484), en el ámbito de lo dialógico, lo verosímil y probable dentro del campo de las opciones racionalmente posibles, delimitado entre lo racionalmente necesario y lo racionalmente imposible.

La “*verdad*” que las resoluciones conllevan hace referencia a su *potencialidad* o *poder simbólico* para “instaurar realidad” a partir de la asignación de significados, posiciones, roles y obligaciones, que se imponen a los involucrados directos en la contienda como a otros que, sin serlo en lo inmediato, están igualmente sujetos a los efectos simbólicos de lo resuelto por el juez. Tal lo expresa Bourdieu (2001, p. 98) al sostener

El poder simbólico como poder de constituir el dato a través del enunciado, de hacer ver y creer, de confirmar o transformar la visión del mundo y mediante eso, la acción sobre el mundo, por consiguiente el mundo, poder cuasimágico que permite obtener el equivalente de lo que se obtiene por la fuerza (física o económica), gracias al efecto específico de la movilización, que no se ejerce más que si es *reconocido*... Lo que genera el poder de las palabras y las palabras de orden, el poder de mantener el orden o de subvertirlo, es la creencia en la legitimidad de las palabras y de quien las pronuncia...

ninguna manera un simple «reflejo» (...) es una verdad que se pone por obra, es una verdad de la acción, hasta el extremo de que si en su propia naturaleza no va implícita esa orientación a la acción, no podrá hablarse propiamente de una verdad práctica.”

⁵ La tradición teórica y filosófica de la hermenéutica planteada por Heidegger, Gadamer, Apel y Habermas, entiende que “...la interpretación no es ninguna descripción por parte del observador “neutral”, sino un evento dialógico en el cual los interlocutores se ponen en juego por igual y del cual salen modificados; se comprometen en la medida en que son comprendidos dentro de un horizonte tercero, del cual no disponen sino en el cual y por el cual son dispuestos (...) el pensamiento hermenéutico pone el acento en la pertenencia de un observante y observado a un horizonte común, y en la verdad como evento que, en el diálogo entre dos interlocutores, “pone en obra” y modifica, a la vez, tal horizontes” (Vattimo, 1991, pp. 61-62).

Lo ideológico como dimensión inerradicable de la sentencia

De la noción de sentencia propuesta por Andruet, destacamos la puesta en relieve de “*la preocupación valorativa que reposa en una plataforma siempre ideológica, propiciada desde una determinada cosmovisión del sentenciante*”, como un componente o una dimensión constitutiva.

Esta afirmación implica asumir que siempre, y en todos los casos, hay una plataforma ideológica propia del juez. Es un sustrato que opera como catalizador de las normas, condicionando su interpretación, sus elecciones. Se despliega o se repliega, se exhibe o se oculta, pero su presencia –más o menos relevante-, es absolutamente innegable y su influencia al momento de la aplicación del derecho, es ineludible.

Podría entenderse que esta *plataforma ideológica* se refiere al conjunto de principios y fines políticos fundantes del sistema jurídico de que se trate (abarcador tanto de aspectos normativos e institucionales) y que como tales son externos al juez, se le imponen *ex ante* de su decisión. Si existiese la posibilidad de pensar que los jueces coincidirán siempre y en todos los casos con esta plataforma, el mandato dirigido a ellos de actuar con neutralidad valorativa, y aplicar las normas en el sentido marcado por estos principios y fines políticos resultaría evidentemente superfluo, superabundante, y la referencia a esta plataforma ideológica no agregaría nada a la noción de sentencia.

En un segundo sentido, esta plataforma ideológica podría hacer referencia a cierto núcleo de principios y fines políticos fundantes que constituyen acuerdos indiscutidos, aceptados, estabilizados, que son también externos, anteriores al juez, pero a partir de los cuales se despliegan diversas intelecciones posibles sobre los modos, normas y mecanismos más aptos para actualizar, para concretizar estos acuerdos.

Estas posibilidades, al generar alternativas, suman a los acuerdos nucleares opciones de acciones concretas, cuyo acierto o desacierto, corrección o error, viabilidad o no, dependerán de las elecciones que hagan al interpretar y aplicar las normas. En este caso, a la exterioridad de la plataforma ideológica, debe sumarse su propiciamiento desde una “determinada cosmovisión del sentenciante”, que operaría en algún nivel o momento del proceso de toma de decisión, favoreciendo determinadas alternativas de interpretación y aplicación del derecho, pero en el entendimiento de que son las que mejor contribuyen a la concreción de los acuerdos –principios y fines- políticos fundantes del sistema.

Esta plataforma ideológica adquiere peso como pauta valorativa y hermenéutica para el juez, y se vuelve un elemento relevante de la noción de sentencia, en tanto opera como límite externo e imperativo teleológico de las opciones interpretativas disponibles, y podría actuar incluso como criterio desestabilizador de normas jurídicas contrarias, obstaculizadoras o inconducentes a la ideología fundante.

En alguna medida, esta forma de concebir la “plataforma ideológica” se condice con algunas posiciones tradicionales respecto del margen de discrecionalidad y creatividad que puede tener el juez al aplicar las normas jurídicas, que básicamente postulan su neutralidad valorativa.

Finalmente, puede considerarse que esta plataforma ideológica es subjetiva, individual, y hace referencia a los principios y fines políticos con los que acuerda el

propio juez, y que pueden o no coincidir, ya sea total o parcialmente, con los contenidos en la plataforma ideológica que sustenta al sistema.

La cosmovisión del juez, entendida como el conjunto de sus ideas, opiniones y percepciones sobre el mundo y la realidad en la que opera, resultará un factor absolutamente relevante en la conformación de esta plataforma ideológica y estará con ella en permanente y mutua interacción. Esto constituye, según Andruet, (2000, p. 176) la *justificación profunda o última* de las resoluciones, que permanece en el plano óptico de la sentencia, y por ello es -en principio- inaccesible, ininteligible. Opera como una suerte de *meta* premisa no explicitada -ni explicitable- que, en la estructura del razonamiento jurídico genera un *nudo entimemático* (2000, p. 111) que no es controlable ni fiscalizable mediante los criterios y pautas interpretativas tradicionalmente postulados por el derecho y las ciencias jurídicas para verificar las corrección lógica, la verdad, la justicia, la adecuación normativa, o lo que se quiera controlar de las resoluciones judiciales. Pero, no obstante, deja huellas.

Entendida así, la existencia de una plataforma ideológica propia del juez a partir de la que se hacen opciones valorativas que orientarán su interpretación y aplicación de las normas, como el sentido de la decisión, se vuelve un elemento subjetivo que especifica de modo determinante la noción de sentencia y pone de relieve la importancia radical de la subjetividad del juez en el acto y en el proceso sentencial, en posición contraria al tradicional postulado de neutralidad valorativa del juez, como exigencia típica y específica de su tarea.

La noción de plataforma ideológica, como categoría conceptual, adquiere mayor poder explicativo si se concibe no como una base rígida, compacta y homogénea de postulados ideológicos identificables con una determinada ideología política con la que el juez tendría siempre un compromiso interno de efectivización o concreción, sino más bien como un conjunto de preferencias, de inclinaciones o tendencias ideológicas, que pueden agrupar postulados de posiciones políticas encontradas y que operan de modo “semiconsciente” (Kennedy, 2010, p.37) pudiendo pasar incluso inadvertidas para los propios actores.

Podría cuestionarse que una tal amplitud en la conceptualización de una categoría de análisis la vuelve vaga e inconsistente y, por tanto, que nada o poco permite especificar, no obstante la apertura de la noción sólo se manifiesta en cuanto a las diferentes inclinaciones o preferencias que puedan tener los jueces, pero no en el carácter ineludible de su presencia e influencia en el proceso y el acto de juzgar.

Por ello debe entenderse a esta noción en referencia a la subjetividad del actor y en este orden, conlleva un importante grado de flexibilidad en cuanto a las múltiples y diversas conformaciones que puede adquirir en cada caso en particular, y no debe ser entendida como indicador de la identificación total o con una plena adhesión del juez con un proyecto político ideológico determinado.

Igualmente lo *ideológico* no se entiende aquí como un tipo de discurso en sí mismo, sino como una *dimensión de análisis* que permite una aproximación al derecho capaz de dar cuenta de aspectos que resultan desatendidos, soslayados o ignorados por los análisis dogmáticos mayoritarios o más frecuentes, en los que se tiende a identificar -reduccionistamente- al derecho con la norma. Supone asumir que el derecho -lo jurídico, en todas sus manifestaciones y expresiones-, está atravesado por lo ideológico, y que la ideología, como sistema de ideas, nociones, discursos, proporciona a los

operadores jurídicos una serie de representaciones desde las cuales “conocen y explican la formación social en su conjunto, su propia situación y las intervenciones en ella...” (Karz, 1970, p.95 citado por Ruiz, 2006, p.102).

Es en esta plataforma donde la ideología, desde su modo de expresión más sutil, se torna materialmente operativa: en la medida en que contribuye a la definición y estructuración de los individuos, e incide de modo inconsciente en sus prácticas, orienta sus elecciones y determina sus representaciones. Michele Taruffo se refiere a la ideología del juez como una “...variable fundamental constituida por el modo en que el juez se comporta frente al sistema de valores “vigente” en el ámbito social y jurídico en el cual él opera concretamente...” (2011, p.292).

Por otra parte, como lo señala A. Ruíz, considerar lo ideológico como una dimensión de análisis importa reconocer que existen otras dimensiones posibles e igualmente válidas (2006, p. 106),⁶ desde cuyas perspectivas se puede abordar también el fenómeno jurídico, que interactúan y se expresan en y a través de lo jurídico, al igual que lo ideológico. .

Señala Guillermo Moro, al introducir a la obra de Kennedy⁷, que éste

...desarrolla la idea de que siempre es **posible** para un juez (y para cualquier intérprete del derecho en general) trabajar **en pos de** la obtención de un resultado determinado (aunque nada lo obliga a ello, y nada le garantiza que “tendrá éxito” en su intento) sin estar violando el deber de fidelidad al derecho –más aún, a veces por requerimiento de éste-. El resultado puede estar, y a menudo está, motivado por **preferencias ideológicas** del intérprete, que sin ser más “determinadas” que las normas jurídicas o los precedentes interpretados- orientan su “agenda” en el contexto de su posición institucional” (comillas y destacado en el original) (2010, p.15).

Kennedy se detiene en el *punto de interacción* entre el conjunto de normas, los materiales jurídicos, y el intérprete – juez- al momento de la aplicación del derecho- y asume una visión fenomenológica del derecho en tanto “*acontecimiento*” que se re-crea, se reproduce – o se produce-, todas y cada una de la veces en este punto de interacción. Busca explicar y sacar a la luz los mecanismos o estrategias que pueden desarrollar los jueces en la instancia de interpretación y aplicación de los materiales jurídicos de que disponen, y que a su vez constriñen, limitan su trabajo y su libertad de acción.

La labor interpretativa del juez conlleva la posibilidad de optar por alguna de las soluciones posibles al caso que pueden derivarse del derecho, y por medio de ella, los

⁶ La autora sostiene que “...Ya no resulta convincente una conceptualización “topológica” del tema de la ideología que la ubique como una instancia de la superestructura social. El descubrimiento “del lugar de lo ideológico no es suficiente.”(2006, p. 102).

⁷ Sobre ello, Moro refiere: “Dado el difundido y persistente malentendido según el cual la teoría jurídica crítica sostiene la tesis de ‘la indeterminación radical del derecho’, no es redundante aclarar aquí una vez más que Kennedy se posiciona absolutamente en contra de dicha tesis (a la que considera ingenua y torpe, propia de académicos que ‘jamás leyeron una sentencia judicial’ y que creen que pueden comprender los problemas específicos del derecho a la luz de alguna herramienta filosófica de moda, v.g., la reconstrucción). Por eso Kennedy habla de una *interacción*: los materiales jurídicos (tal como son percibidos, progresiva y variablemente, por el sujeto intérprete) son vividos como una restricción, un freno, un límite... pero que no puede ahogar la libertad de intentar moverlo, desplazarlo, malearlo, a menudo con ‘éxito” (2010, p. 17).

jueces pueden desplegar estrategias de selección y ponderación de los materiales jurídicos –normas, leyes, principios – de que disponen, y tratar de trabajar por una argumentación plausible y convincente de que la solución que se propone es la adecuada al caso.

En esta elección opera siempre –con mayor o menor incidencia- una motivación externa, de carácter ideológico, que hace a la solución que el juez estima correcta a partir de sus propias convicciones. Es posible que esta solución coincida -total o parcialmente- con las soluciones mayoritaria o tradicionalmente adoptadas y que están más o menos estabilizadas. Pero cuando esta coincidencia no existe, se debilita, o en aquellos casos en los que no hay todavía regulación positiva ni jurisprudencia previa, el juez se enfrenta a la posibilidad de trabajar en la búsqueda de argumentos con los cuales sustentar una interpretación tal que le permita presentar la solución del caso que él estima correcta, como aquella que necesariamente corresponde adoptar. La hipótesis de ausencia de normas o de criterios jurisprudenciales anteriores que regulen la situación a resolver, no es más que la de los “casos difíciles” de Dworkin, “de la zona de penumbra” de Hart y en general, hay una suerte de acuerdo extendido de que en estos casos los jueces “crean” derecho y que en esa suerte de actividad legislativa-judicial resultaría casi natural la presencia de elementos ideológicos que determinan la respuesta escogida. En ese sentido, como indica Nino (2007, p.21): “Todo orden jurídico padece de indeterminaciones, generadas por lagunas, contradicciones, ambigüedades, imprecisiones, y ellas no pueden ser resueltas sin acudir directamente a consideraciones valorativas”.

Hay sin embargo otra posibilidad, donde la influencia de lo ideológico es menos evidente, y en general, negada. Son situaciones en las que la respuesta que el juez considera correcta no coincide con las que *a priori* se desprenderían de los materiales jurídicos aplicables al caso, de modo que se ve constreñido a un especial esfuerzo argumentativo para tratar de fundar su decisión de modo tal que resulte, ante sus destinatarios, “*como*” jurídicamente – o normativamente- determinada.

Son casos en los que el juez, en palabras de Taruffo –y desde la tradición continental europea-, tiene que justificar “*elecciones de ruptura*” respecto de los “*lugares comunes preconstituidos*” (2011, p.291), es decir aquellas interpretaciones estabilizadas, consolidadas y genéricamente aceptadas por la comunidad jurídica. Estas decisiones de ruptura determinan mutaciones jurisprudenciales que inciden en la totalidad del ordenamiento con mayor o menor impacto.

Kennedy señala que esta es sólo una posibilidad que cada juez, en cada caso, decidirá llevar adelante o no, en tanto estime que el caso merece ese esfuerzo. Deberá, entonces, trabajar para lograr argumentar de modo tal que su decisión aparezca como derivada necesariamente del cuerpo normativo. Pero el juez está constreñido por el marco normativo y el conjunto de materiales jurídicos con los opera, y puede ocurrir que, a pesar de sus esfuerzos, no logre argumentar suficientemente en pos de la decisión que estima correcta, y deba adoptar aquella que se desprende *a priori* del derecho – como conjunto de normas, jurisprudencia, principios-, aun cuando no acuerde con ella.

También es posible que los jueces opten por no hacerse cargo del conflicto entre sus convicciones ideológicas y la solución que surge de una interpretación ya aceptada de la norma, y no problematizar la interpretación de modo de no comprometerse. En estas hipótesis, aparentemente no hay ninguna inclinación ideológica que opere significativamente en el proceso interpretativo, pero cabe advertir que esta posición de

inercia o apatía viene de algún modo también determinada por ciertas preferencias ideológicas o ideosincráticas.

La tarea de interpretación que hacen los jueces es el punto donde puede tener lugar la interacción entre los materiales jurídicos y sus preferencias ideológicas, pero es difícil medir el grado de impacto que estas últimas puedan tener en la decisión, así como probar mediante metodologías positivas su existencia e incidencia. En principio, parece sólo plausible detectar su presencia a partir de rastrear, mediante una tarea también interpretativa, las huellas o marcas que aparecen en las resoluciones de los jueces, tanto en el tipo de solución adoptada como -y tal vez principalmente-, en el desarrollo argumental y en la utilización de los medios retóricos que hace el juez.

En la mayoría de los casos la única base para imputar una preferencia ideológica es “interpretativa”, de modo que el observador sólo puede intentar argumentar que la sentencia resulta más comprensible o tiene más sentido si se la concibe en el marco de ciertas preferencias ideológicas. Esta interpretación resulta inevitable ya que en general, los jueces se esfuerzan por desarrollar estrategias argumentales que hagan aparecer su decisión como valorativamente neutra, no influenciada por factores extrajurídicos o extra normativos, es decir puramente técnicas. De modo tal que el intérprete debe indagar con mayor profundidad en el discurso del juez a fin de poder detectar y evidenciar la presencia de influencias ideológicas, más allá de que existan también jueces que rechacen o desistan de hacer un esfuerzo semejante, y redacten resoluciones en las que expongan abiertamente argumentos de contenido claramente ideológico. Pero en tales casos resulta también evidente que este tipo de resoluciones ofrecen a las partes muchos flancos de ataque y facilitan el cuestionamiento de la decisión por las vías recursivas previstas legalmente.

Finalmente debe aclararse que de la afirmación que la plataforma ideológica del juez interviene interactuando con los materiales jurídicos de que dispone, no se sigue necesariamente que el juez suscriba una tal o cual ideología como proyecto político general del cual participe activamente o hacia el que oriente activa y sistemáticamente sus resoluciones.

Desde esta perspectiva, el juez se enfrenta a un doble compromiso ético: primero, reconocer y asumir la orientación que hacia una determinada solución lo inclinan sus propias posiciones ideológicas, y la decisión de trabajar e intentar “reprocesar” los materiales jurídicos de que dispone, para que se corresponda con su idea de justicia y arribar a esta solución. Y en segundo lugar, tiene el compromiso de aplicar la solución jurídica que se derive de las interpretaciones aceptadas o estabilizadas cuando, a pesar de sus esfuerzos, no logre desvirtuarlas.

Este segundo aspecto es marcado por este autor, como una suerte de reaseguro, una condición de resguardo impuesta por el mismo sistema, que le exige al juez aplicar la norma si no logra desestabilizarla mediante las técnicas de interpretación jurídicamente válidas. Este compromiso ético aparece como un acuerdo no negociable, no susceptible de ser puesto en cuestión sin riesgo de desestabilizar las bases estructurales del sistema, y opera igualmente como un limitador de la dispersión interpretativa y anarquizante que supone el primer postulado.

La aparente paradoja de la indeterminación radical

En relación con lo anterior, Nino sostiene que, en última instancia, subyace a estas posiciones una pregunta básica sobre las relaciones entre derecho y moral, y sus implicancias en el plano interpretativo. Si se asume que en la tarea interpretativa siempre opera una premisa valorativa que depende de las preferencias o de la subjetividad del juez, entonces hay que concluir que “...de los materiales jurídicos se podría inferir absolutamente cualquier proposición”, (2007b, p. 107) lo que configura una *indeterminación radical* del sistema.⁸ Ello, a su vez, entraña los riesgos de la incoherencia, una dispersión anarquizante e irrefrenable, y de una consecuente inseguridad jurídica, que llevada a extremo, volvería fútil y pueril el marco normativo. Sin embargo, Nino señala que esta paradoja puede superarse si se piensa en el derecho como una práctica social, una acción colectiva, en la que la actividad de los jueces no se realiza en un aislamiento individual, no funciona como una acción individual que se lleva adelante en solitario, en la que el juez se enfrenta sin historia, sin futuro -es decir, sin contexto-, con los materiales normativos y su sola e individual concepción moral – ideológica-. Por el contrario, la acción del juez se genera y se inserta en el campo de la práctica social, cuyos presupuestos –morales e ideológicos- lo condicionan y limitan, ya que la mejor decisión que pueda tomar, no queda librada a su sólo arbitrio individual, sino que debe ser “la mejor decisión que pueda tomar dentro del sistema normativo” que se asume y construye en esa práctica social colectiva.

En este orden, el derecho –en lo que hace al plano o dimensión normativa –leyes, precedentes jurisprudenciales- y en el plano teórico –doctrina, ciencias jurídicas- existe, opera y “construye”, “limita” al juez, pero este tiene siempre la *posibilidad* de intentar mover este límite, y también *la libertad para decidir hacer o no hacer* el esfuerzo interpretativo y argumental que ello requiere.

El compromiso ético del juez frente a la dimensión ideológica de la sentencia

Cuando se vincula la función social y jurídica del juez como portador de un “poder de la palabra” con la labor interpretativa y el carácter inerradicable de lo ideológico que se ha señalado como propio del acto de juzgar, se impone pensar en un *modelo de juez* consciente y responsable de estos aspectos que son constitutivos y estructurales respecto de su rol y su función. Este modelo supone una visión del juez más transparente y realista, en tanto ser humano que asume su propio techo ideológico, desde el cual interroga al contexto normativo en el que se desenvuelve.

Dado que lo ideológico no se muestra claro ni evidente, sino que opera de un modo sutil, en una especie de “inasibilidad”, que lo hace difícilmente detectable o identificable aún para los propios actores, y posiblemente por esto mismo resulte más eficaz, es necesario apartarse de la ficción jurídica de un juez mecanizado,⁹ y procurar

⁸ Apunta R. Gargarella que “...insistir en su carácter fundamentalmente indeterminado implica contradecir una de la premisas y promesas esenciales del Estado de derecho, que nos dice que la “ley es igual para todos” y que su aplicación es “imparcial” por cuanto no depende de la voluntad discrecional de nadie (comillas en el original).” (2012, p. 10).

⁹ Este modelo se diferencia del paradigma de juez absolutamente neutro y mecánico, que al decir de Montesquieu es “...la boca muda que pronuncia las palabras de la ley... seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor”. Al respecto afirma Angela Aparisi Miralles que “Esta visión, al negar la

identificar la existencia de las plataformas ideológicas, sincerarlas, sacarlas a luz y advertir luego cuando, y utilizando qué mecanismos y herramientas, el juez la pone en conexión -en discusión- con el contexto jurídico y fáctico, que lo condiciona, lo precede pero que también, él puede modificar. Por otra parte, el modelo al que se alude, tampoco se conforma con la visión de un juez que busca entre los pliegos de la ley -dentro del margen de discrecionalidad reglada-, que encuentra una de entre las varias opciones posibles, igualmente valiosas, pero negando toda influencia de aspectos ideosincráticos o ideológicos, y que mantiene la convicción de que sólo descubrió una opción ya contemplada por la norma.¹⁰

En general el imperativo ético que exige a los jueces el esfuerzo de no dejar que la propia ideología interfiera o determine las decisiones, se vincula a los requisitos de independencia e imparcialidad que se esperan de su función, y parece hacer referencia a una suerte de asepsia ideológica que debería caracterizar las decisiones judiciales (Andruet, 2008, p.18). En rigor, esto deviene de pensar lo ideológico en orden a las ideologías –políticas o religiosas- de las que pudiera adherir un juez, en tanto proyectos de realización colectivos e individuales que constriñen y orientan a la acción, y que siendo una pauta o criterio no jurídico, no puede ni debe influir en el proceso decisorio ni en el ánimo del juez.

En este sentido, también aparece como un conjunto de convicciones a las que voluntaria y conscientemente adhiere, que por lo tanto pueden ser claramente identificadas por él, y a partir de allí, susceptibles de ser aisladas y mantenidas fuera del campo de la decisión judicial. Esto es ciertamente correcto, deseable y posible en tanto lo ideológico se asimile por caso, a posiciones políticas o religiosas más o menos definidas, como lo serían los proyectos políticos partidarios. En este sentido las discusiones teóricas y doctrinarias han girado en torno a la tensión entre el respeto por la libertad ideológica del juez y la exigencia funcional de su rol que le impone abstenerse de juzgar según sus estas preferencias y en detrimento del ordenamiento jurídico.¹¹ Rosario Serra Cristóbal señala que

A priori, hay una convicción socio-política generalizada de que el juez debe abstenerse de manifestar su propia ideología y de involucrarse en actividades de naturaleza política. Esta convicción, derivada del concepto de juez imperante en el sistema jurídico europeo-continental, se ha traducido en la inclusión en los ordenamientos de determinados límites al ejercicio de ciertos derechos por los jueces. (s/f)

existencia de cualquier resquicio no resuelto tajantemente por la ley (ya sea de tipo jurídico o moral), conduce a una visión reductiva -y falsa- de la profesión” (2006, p. 283). Esto sin desconocer el valor y la trascendencia histórica -jurídica y política- de estas corrientes de pensamiento, que han signado el camino del derecho, de la ciencia jurídica y de la organización política e institucional de Occidente.

¹⁰ Agradecemos al Dr. Federico Abel sus aportes en este punto.

¹¹ La radicalidad de esta exigencia se observa por ejemplo en Benéitez Merino (2005, p.352, citado por Andruet, 2008, p.87) cuando afirma “La justicia de la resolución judicial, que es su cualidad más excelsa, comienza por una actitud interna del Juez, que se concreta en la interiorización de un imperativo de decidir sin más consideración que la realización del derecho. De modo que cualquier inspiración, pasión, emoción o deseo distintos de la pura realización del derecho deben ser excluidos drásticamente de la mente del juzgador en el momento de pronunciar su sentencia. Este imperativo ético interiorizado en la conciencia del juez es el llamado a dirigir su actividad procesal y más concretamente a determinar el sentido de su decisión”.

La autora destaca dos “vertientes” de la libertad ideológica, una interna, que “no puede estar sometida a controles o limitaciones de ningún tipo” y que hacen al derecho que tiene todo ciudadano de tener su propio sistema de creencias, ideas, valores y opiniones personales sobre cualquier tema y plantea la dificultad de poder determinar hasta qué punto pudo haber influido esta ideología en su función, sin que nada asegure que en la toma de decisión hayan influido condicionantes de la personalidad del juez (tipo de educación, la religión que profesa, sus convicciones políticas o de clase social-, por caso), a pesar de las limitaciones que impuestas por los textos normativos, los valores y principios constitucionales y las reglas de interpretación.

La segunda vertiente es la manifestación externa de la ideología que haga el juez. Señala la autora que sólo esta exteriorización puede ser tomada como “*elemento probatorio*” para determinar si una decisión ha sido adoptada a partir de esta influencia ideológica afectando la imparcialidad del juzgador. Y apunta citando lo especificado por el Tribunal Constitucional español,¹² que es necesario contar con “*indicios externos o sospechas objetivamente justificadas*” para afirmar que el juez ha sido parcial.

Estas últimas consideraciones parecen hacer referencia a aquellos casos en los que la ideología del juez -claramente o no- importa una cooperación con los intereses de una de las partes. De otro costado, la exigencia asume un carácter excepcional ya que impone una restricción a lo que sería una forma de expresión de las propias ideas y convicciones puestas en acto, y que se dirige a los jueces exclusivamente a partir de su obligación de someterse estrictamente al derecho, plus que se fundamenta en su función poder para decidir sobre el destino, la vida y los bienes de los otros conciudadanos.¹³ La irrelevancia de la posición moral del juez frente a la norma es una afirmación que responde al esquema de neutralidad valorativa que se espera del juez, pero se desentiende de la cuestión de la imposibilidad de erradicar esta posición moral de la praxis cotidiana,¹⁴ como si el postulado mismo, en tanto imperativo de funcionamiento, determinara como por obra de magia, la anulación de la operatividad concreta del plano ideológico en el hacer diario de los jueces.

¹² STC 64/2001 “Manrey”.

¹³ Al respecto en la Exposición de Motivos del Código Iberoamericano de Ética Judicial se expresa: “IV. *La ética judicial y la necesidad de armonizar los valores presentes en la función judicial.* Cabe recordar que en el Estado de Derecho al juez se le exige que se esfuerce por encontrar la solución justa y conforme al Derecho para el caso jurídico que está bajo su competencia, y que ese poder e *imperium* que ejerce procede de la misma sociedad que, a través de los mecanismos constitucionales establecidos, lo escoge para tan trascendente y necesaria función social, con base en haber acreditado ciertas idoneidades específicas. El poder que se confiere a cada juez trae consigo determinadas exigencias que serían inapropiadas para el ciudadano común que ejerce poderes privados; la aceptación de la función judicial lleva consigo beneficios y ventajas, pero también cargas y desventajas. La ética judicial debe proponerse y aplicarse desde una lógica ponderativa que busca un punto razonable de equilibrio entre unos y otros valores: si se quiere, entre los valores del juez en cuanto ciudadano y en cuanto titular de un poder, cuyo ejercicio repercute en los bienes e intereses de individuos concretos y de la sociedad en general.” http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?folderId=27110&name=DLFE-1306.pdf

¹⁴ Gargarella afirma que “La posibilidad de la “independencia” de los jueces (...) reconoce límites muy claros. Se puede hablar de “independencia” frente a poderes externos o poderes internos (propios de la estructura judicial), pro no puede reclamarse la independencia” de los jueces respecto de la política, o respecto de sus propias orientaciones ideológicas. Enfrentados a la necesidad de aplicar una norma, y a interpretarla de una cierta manera, los jueces no pueden mantener su “neutralidad”: deben tomar, por una u otra razón, una cierta decisión final...” (comillas en el original) (1996, p.235).

Ricardo Guibourg (2001, p.234) afirma

...el conflicto que vincula el sistema normativo con el poder de los jueces, suele traducirse en la práctica en un ocultamiento. Quien interpreta la ley, ejerce un poder, pero ese poder se emplea con discreción, ya que hacerlo de modo abierto restaría credibilidad a su ejercicio. La forma típica de ocultar lo que en verdad se hace, consiste en presentar la propia interpretación como la *única posible*, de tal suerte que el intérprete se exhiba como un simple transmisor de una voluntad ajena(...) La interpretación es el poder que se ignora, el poder que se oculta, el poder el que no se puede hablar. Su ejercicio es indispensable, pero la luz pública lo debita.¹⁵

La relevancia de la actividad interpretativa de los jueces, en cambio, es asumida y abordada en diversos instrumentos normativos que ubican el tópico como un aspecto fundamental del compromiso ético del juez. En este orden el Código de Ética para Magistrados y funcionarios de la Provincia de Córdoba, establece entre las Reglas funcionales, la Imparcialidad, y en la Regla 3.8 expresa, en lo que podría considerarse una pauta de interpretación originaria y positivizada que:

“Hace a la imparcialidad rechazar cualquier trato discriminatorio en los procesos, y oponerse con firmeza a cualquier prejuicio que lo estimule por razones ideológicas, culturales, políticas, sexuales, regionales, raciales o religiosas.”¹⁶

El art. 3 del Estatuto Universal del Juez¹⁷ establece:

“En el ejercicio de su actividad profesional, el juez no debe estar sometido más que a la ley y no puede decidir más que con respecto a esta.”

Los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial¹⁸ postulan al desarrollar el valor Corrección:

“4.6 Un juez, como cualquier otro ciudadano, tiene derecho a la libertad de expresión y de creencias, derecho de asociación y de reunión pero, cuando ejerza los citados derechos y libertades, se comportará siempre de forma que preserve la dignidad de las funciones jurisdiccionales y la imparcialidad e independencia de la judicatura.”

¹⁵ A renglón seguido señala, como si se tratase simplemente de una atrofia o patología del sistema que sólo puede ser plantada pero no problematizada, que “...el poder de los jueces (y entre ellos, la función interpretativa) no conoce límites dentro del sistema jurídico; pero si llegase a interferir demasiado con la estructura del sistema tal como es entendida por el consenso de la comunidad, tal poder quedaría aniquilado (...) o bien consolidado a expensas del sistema. Esto último es políticamente dudoso, por lo que el aplicador de la norma debería sopesar bien sus riesgos antes de incurrir en excesos interpretativos. En cuanto a qué debe entenderse por exceso, cada cual habrá de conjeturarlo bajo su propia responsabilidad.”

¹⁶ TSJ Córdoba, Acuerdo Reglamentario N° 693, Serie “A”, del 27.11.03.

¹⁷ Aprobado por la Asociación Internacional de Jueces el 17.11.1999, puede verse en <http://www.apdh-argentina.org.ar/piajal/normativa/Estatuto%20Universal%20del%20Juez.pdf>

¹⁸ Borrador del Código de Bangalore sobre la Conducta Judicial de 2001, aprobado por el Grupo Judicial de Reforzamiento de la Integridad Judicial, revisado en la Reunión en Mesa Redonda de Presidentes de Tribunales Superiores, La Haya, Países Bajos, 26.11.02, <http://www.apdh-argentina.org.ar/piajal/normativa/Los%20Principios%20de%20Bangalore%20sobre%20la%20Conducta%20Judicial.pdf>

El Código Iberoamericano de Ética Judicial aborda el tópico en los siguientes artículos¹⁹:

“Art. 2º.- El juez independiente es aquel que determina desde el Derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al Derecho mismo.

Art. 4º.- La independencia judicial implica que al juez le está éticamente vedado participar de cualquier manera en actividad política partidaria.

Art. 17.- La imparcialidad de juicio obliga al juez a generar hábitos rigurosos de honestidad intelectual y de autocrítica.

Art. 38.- En las esferas de discrecionalidad que le ofrece el Derecho, el juez deberá orientarse por consideraciones de justicia y de equidad.”

Cuando la imparcialidad se vincula a la rigurosidad de un permanente control del juez sobre sí mismo, intelectualmente honesto y autocrítico, es posible pensar que lo que se le reclama y espera de él, es una especial atención a un plano subjetivo más profundo, en el que debería incluirse la vertiente interna de su libertad ideológica. De otro costado, el imperativo de la justicia y la equidad como pauta de orientación de la decisión en las “esferas de discrecionalidad” de derecho, deja abierto un espacio para que cada juez decida a partir de lo que él estime que es justo para el caso.

Dos aspectos suponen una implicancia particular como compromisos éticos de *reconocer y asumir las propias posiciones ideológicas* así como la decisión de trabajar con los materiales jurídicos *para procurar alcanzar una solución acorde con la propia idea de justicia*. Es decir que hay un primer imperativo ético consistente en el deber de actuar según la propia conciencia y hacer los esfuerzos necesarios para llegar a una decisión capaz de satisfacer lo que el juez considera justo. Dicho compromiso apunta a un plano de respeto del sujeto para consigo mismo y a la dignificación de su propia persona, en tanto mantiene una conducta de fidelidad a sí mismo. Se trata de una habilidad ética *ad intra*, ontológica (Andruet, 2008, pp. 58-59). Importa un compromiso mucho más profundo que la simple o mera evaluación de riesgos a título personal.

Y en segundo lugar, el compromiso *de fidelidad al derecho y de aceptación de la restricción* que los materiales jurídicos imponen. Esto es asumir el respeto incondicional de esta regla que opera como reaseguro del propio sistema. Más allá de que éste es un deber jurídico expreso, interesa aquí resaltar este particular compromiso ético, a partir de enmarcarlo en la *consciencia profesional* del juez, como tipo especial de conciencia que se apoya en el *ethos* de su profesión. La fidelidad al derecho impone al juez dictar una resolución en el sentido que se desprende de los materiales jurídicos con los que trabaja, si no logra encontrar y elaborar argumentos jurídicos suficientemente capaces de desestabilizar esa conclusión y fundar otra acorde a su sentido de justicia. Esta resulta ser una norma fundamental que adquiere un valor axiomático, no discutible, y que el juez debe aceptar sin condicionamiento ni restricción de ningún tipo, en tanto decida dedicarse a esa profesión. Es una regla de juego no cuestionable ni transable, porque su no aceptación supone salirse del campo jurídico o quebrantar un pilar esencial para el funcionamiento del sistema. Podría decirse que si no acepta someterse a esta pauta ética, no puede aceptar jugar el juego al que ingresa.

¹⁹ No se advierten referencias puntuales respecto a lo ideológico en el sentido que se le otorga en este desarrollo, en el Estatuto del Juez Iberoamericano – Canarias 2001-.

Esta actitud ética no sería en realidad ni un plus, ni un esfuerzo adicional sino una consecuencia de asumir la existencia y la influencia de condicionantes ideológicos que son inescindibles de la persona del juez. No obstante, tales actitudes implican poder contar con habilidades éticas de control y autocrítica permanente que no surgen por generación espontánea, por el contrario los postulados éticos constituyen un ideal a alcanzar y en el camino es necesario educar y formar esta conciencia ética personal y profesional, para poder contar con mayores herramientas morales y cognitivas que posibiliten un mejor ejercicio de la libertad, ya que como indica Aparisi Miralles

...permite actuar conociendo todas las dimensiones y consecuencias del obrar personal. (...) La exigencia de la formación de la conciencia es especialmente necesaria para el ejercicio de las profesiones jurídicas. No sólo redundaría en la dignidad del profesional, sino también en la función social y los valores individuales y colectivos que quedan afectados por el correcto ejercicio de la profesión (2006, p.224).

En la toma de conciencia profesional no puede dejar de considerarse que el poder real y simbólico que tienen los jueces les impone un rigor ético particular, que adquiere mayor relevancia tratándose de Cortes supremas y tribunales de alzada.

Las dos reglas mencionadas son reglas procedimentales que sólo señalan una forma de comportamiento ético frente a la actividad de juzgar, pero nada dicen del contenido de las decisiones. Constituyen una expresión del procedimentalismo moral en tanto intentan determinar un procedimiento que guíe los cursos de acción de cada quien, dentro de su autonomía y en la interacción con otros, de manera que sean justos en tanto procedimientos, pero queda librada a cada quien la determinación del contenido de la acción.

El procedimentalismo moral supone la posibilidad de indagar sobre la corrección o la justicia de las normas en un proceso dialógico, en el que cada involucrado tiene la posibilidad de argumentar a favor de su posición, respetando ciertas reglas que regulan el proceso comunicativo y de diálogo, y las condiciones de su producción (Cortina, 2000, p.64).²⁰

Estas reglas tienen el carácter de máximas para orientar el comportamiento ético individual de los jueces, con aspiración de ser universalizables en tanto reglas procedimentales. Sin embargo, como Adela Cortina advierte, este procedimentalismo instrumenta un piso ético mínimo, que sólo asegura -con el cumplimiento de estas reglas por quienes participan en el diálogo, judicial en este caso-, que el juego se desarrolle de manera limpia y justa. No garantiza que el contenido de las decisiones a que se llegue sea igualmente justo por su adecuación a los fines perseguidos por el Derecho. Propone por ello, complementar las reglas éticas que para los discursos argumentales propusieron filósofos como Otto Apel y Jürgen Habermas, con la consideración de la capacidad de *estimar la justicia*, en tanto contenido de la conducta y de la decisión concreta de que se trate (2007).

En el caso de la actividad de juzgar, el compromiso ético debería ser entonces no sólo con el procedimiento que orienta una conducta, sino con un mínimo de eticidad que limite o condicione el contenido de la conducta, en este caso de la decisión del juez, y

²⁰

También en Fernández García (2008).

que según propone Cortina, está dado por el respeto de los derechos pragmáticos, que son los que garantizan el diálogo y el discurso argumental (derecho a justificar su pensamiento, a participar de la discusión y a que los intereses de todos y cada uno sean tenidos en cuenta), y de los derechos humanos, que son condición de posibilidad de los anteriores, entre los que se encuentran el derecho a la vida, a la libre expresión y formación de conciencia, y al goce de un nivel material y cultural que permita a los involucrados empoderarse y participar del diálogo en la mayor condición de simetría.

Estas capacidades pueden ser promovidas y desarrolladas en aquellos que participan de esta instancia dialógica en la que se determina argumentalmente la justicia y corrección de las normas jurídicas, delineando así un *ethos* profesional que pueda ser consciente y responsable de esta actividad.

Finalmente, puede anotarse otra implicancia ética que se vincula con el desarrollo argumental que realizan los jueces para sustentar su decisión. El esfuerzo interpretativo que los jueces hagan en su interacción con los materiales jurídicos, se plasma siempre y necesariamente en una construcción argumentativa con la finalidad de persuadir acerca de la corrección y necesidad de la decisión que toma. La verdad simbólica que conllevan las decisiones judiciales, como sostiene Bandieri (2004, p. 25), al igual que toda verdad "...exige ser defendida; ella no resulta evidente por sí misma, y sólo resplandece por medio de la adecuada tarea de producir persuasión a su respecto (también el práctico sabe que cualquier mentira *puede* ser defendida con los mismos instrumentos)..."

De manera que en este punto, se impone un reclamo ético por demostrar y persuadir utilizando todos los recursos argumentales disponibles pero sin caer en una manipulación deliberadamente desleal. Esto constituye también un límite al margen de maniobrabilidad que puede realizar el de las herramientas y recursos cognitivos – jurídicos y extrajurídicos – así como de las habilidades técnicas con las que opera.

Bibliografía

- Andruet, A. S. (2005). *Teoría general de la argumentación forense*. Córdoba, Argentina: Alveroni.
- Andruet, A. S. (2008). *Códigos de ética judicial*. Buenos Aires: La Ley.
- Aparisi Mirelles, A. (2006). *Ética y deontología para juristas*. España: Universidad de Navarra.
- Bandieri, L. M. (2004). Argumentación y composición de conflictos jurídicos. En Puy Muñoz, F. y Portela, J. (coords.) *La argumentación jurídica –Problemas de concepto, método y aplicación* (pp. 17-57). Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio científico.
- Bourdieu, P. (2001). *Poder, derecho y clases sociales* (2a ed.). Bilbao: Desclée.
- Chauviré, C. y Fontaine, O. (2008) *El vocabulario de Bourdieu*. Buenos Aires: Atuel-Anáfora.
- Coppola, P. y Cafferata Nores, J. I. (2000). *Verdad procesal y decisión judicial*. Córdoba: Alveroni.

- Cortina, A. (2000). *Ética mínima* (6a ed.). Madrid: Tecnos.
- Cortina, A. (2007). Ethica cordis. En *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, 37, 113-126. Recuperado de www.isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/download/112/112
- Entelman, R. (2006). Discurso normativo y organización del poder. En *Materiales para una teoría crítica del derecho* (2a ed. amp.). (pp. 209-220). Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Fernández García, E. (2008). Los jueces buenos y los buenos jueces. Algunas sencillas reflexiones y dudas sobre la ética judicial. *Revista Derechos y Libertades*, 19 (pp. 17-35). Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de http://www.academia.edu/3356438/Los_jueces_buenos_y_los_buenos_jueces._Algunas_sencillas_reflexiones_y_dudas_sobre_la_%C3%A9tica_judicial
- Ferrajoli, L. (1998). *Derecho y razón –Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Ferrater Mora, J. (2009). *Diccionario de filosofía* (T. IV). Barcelona: Ariel.
- Foucault, M. (1998). *La verdad y las formas jurídicas*. España: Gedisa.
- Gargarella, R. (2012) Introducción. Volver a Duncan Kennedy. En Kennedy, D. *La enseñanza del derecho como forma de acción política*, (pp. 9-12). Buenos Aires: Siglo XXI.
- Gargarella, R. (1996). *La Justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Buenos Aires: Ariel.
- González, A. M. (1998). Verdad y libertad. Su conexión en la acción humana. Recuperado de http://mercaba.org/Filosofia/Antropologia/verdad_y_libertad.htm
- Guibourg, R. (2001). La interpretación del derecho desde el punto de vista analítico. En Cabrera, C. y Vigo, R., (coord.). *Interpretación y argumentación jurídica –Problemas y perspectivas actuales* (pp. 211-237). Buenos Aires: Marcial Pons.
- Gutierrez, A. (2005). *Las prácticas sociales: una introducción a Pierre Bourdieu*. Córdoba, Argentina: Ferreyra.
- Kennedy, D. (2010). *Izquierda y Derecho –Ensayos de teoría jurídica crítica*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Kennedy, D. (2012). *La enseñanza del derecho como forma de acción política*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Laporta, F. (2009). La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente. En Ferreres, V. y Axiol, J. A. *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. (pp. 11-42). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Moro, G. (2010). Introducción. En Kennedy, D. *Izquierda y Derecho- Ensayos de teoría jurídica* (pp. 11-26). Buenos Aires: Siglo XXI.
- Nino, C. S. (2007a). *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación* (2ª ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C. S. (2007b). *Derecho, Moral y Política I*. Buenos Aires: Gedisa.

Ruiz, A. (2006). Aspectos Ideológicos del discurso jurídico (desde una teoría crítica del derecho). En Entelman, R. *Materiales para una teoría crítica del derecho* (2a ed. amp.) (pp. 9-139). Buenos Aires: Lexis Nexis.

Serra Cristobal, R. (s/f) *Algunas reflexiones sobre la libertad ideológica del juez*. Recuperado de <http://congreso.us.es/cidc/Ponencias/judicial/RosarioSerra.pdf>

Taruffo, M. (2011). *La motivación de la sentencia civil*. Madrid: Trotta.

Vattimo, G. (1991). *Ética de la interpretación*. Barcelona: Paidós.

Vigo, R. (2001). Argumentación constitucional. En Cabrera, C. y Vigo, R., (coord.). *Interpretación y argumentación jurídica –Problemas y perspectivas actuales* (pp. 463-491). Buenos Aires: Marcial Pons.