

# EL DESAFÍO DE LA MAGISTRATURA ANTE LOS CAMBIOS SOCIALES Y ECONÓMICOS

Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto\*

Introducción. 1. La noción de Justicia y la concepción normativa-legal del Derecho. 1.1. Concepción normativa kelseneana. 1.2. El pensamiento de Alf Ross. 2. Derechos civiles y políticos frente a la Internacionalización de la Economía. 3. Los cambios sociales y económicos, la producción legislativa y el reflejo en la actividad judicial. 4. Crítica que el nuevo paradigma de la Ciencia pos-moderna trae para la Ciencia del Derecho. Conclusiones. Referencias.

## Introducción

El objetivo del presente ensayo es tejer algunas reflexiones sobre los desafíos de la magistratura en la actualidad, para ello abordamos el concepto de Justicia, con vista a un análisis del normativismo jurídico y su insuficiencia en la aplicación del Derecho; adentramos en el campo de actuación de los Derechos Humanos con el breve examen del concepto moderno de ciudadanía en sus aspectos civiles y políticos, analizando los desdoblamientos de los procesos de Internacionalización de los Derechos Humanos y de la Economía; presentamos el fenómeno de la globalización de los mercados y su decurso en el contexto legislativo y judicial; enfocamos la crítica que el nuevo paradigma de la Ciencia post-moderna trae para la Ciencia del Derecho, demostrando la necesidad de obtener nuevos abordajes por la vía multidisciplinar.

En ese sentido, se buscó responder a las siguientes indagaciones: 1. ¿En qué medida podemos relacionar la concepción normativa-legal del Derecho con la propia noción de Justicia? 2. ¿Cómo regular los Derechos civiles y políticos frente a la

---

\* Jueza de Derecho del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territórios en Brasil.  
Maestra en Derecho por la Universidad Federal del Pernambuco (UFPE) en Brasil.  
Doctoranda en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad del Museo Social Argentino (UMSA) en Argentina.

globalización de la Economía? 3. ¿Cómo es posible la producción legislativa en contextos marcados por la velocidad e intensidad de las transformaciones económicas y por la proliferación de situaciones sociales nuevas y aún no estructuradas? 4. ¿Cuál es la crítica que el nuevo paradigma de la Ciencia post-moderna trae para el campo de la Ciencia jurídica? ¿Qué orden del discurso está produciendo el conocimiento jurídico hoy?

Procuramos, en fin, delinear los desafíos de la magistratura moderna, destacando entre ellos la necesidad de la concretización de los Derechos de ciudadanía, del fortalecimiento de la cultura de Derechos Humanos y del debate sobre la propia actuación del juez en la implementación de los Derechos Fundamentales.

## 1 La noción de Justicia y la concepción normativa-legal del Derecho

Hans Kelsen, al formular una Teoría Pura del Derecho, a inicios del siglo XX, objetivó eliminar del campo de la Ciencia jurídica los elementos sociológicos o datos de la realidad social, estableciendo que cabría a la Filosofía del Derecho las consideraciones sobre valores, como la Justicia, el bien común, etc.

Para el formalismo kelseneano, tendríamos como objeto de la Ciencia jurídica la cognición de las normas y no su prescripción. Para esa concepción, al operador del Derecho no le importa el contenido o valor de las normas, sino tan solo, su vinculación formal al sistema normativo. Para Miguel Reale (2003), la valerosa contribución de Kelsen se cñe en la determinación de la naturaleza lógica de la norma jurídica. Mientras para Karl Larenz (1996), el extraordinario mérito de la Teoría Pura del Derecho fue el de ser el primer ensayo notable de una teoría que tenía el propósito de conferirle cientificidad.

El Derecho, en la actualidad, se ve como una Ciencia histórico-cultural y comprensivo-normativa. Es una Ciencia normativa ética. No hay como depurar los aspectos fácticos y valorativos en la Ciencia jurídica, una vez que son aspectos significativos de la experiencia humana que deben considerarse en la argumentación y en el fundamento de las decisiones. De esta forma, los elementos normativos, sociológicos y axiológicos son esenciales para la interpretación y aplicación del Derecho.

En este trillar, se verifica que, para la realización de la Justicia, es fundamental que las decisiones sean razonables y justas. El Derecho es un medio para alcanzar los fines colimados por el hombre en actividad; y su función es eminentemente social, constructora; donde no prevalece su papel antiguo de entidad ciega, indiferente a las ruinas que inconscientemente o conscientemente pueda diseminar.

### 1.1 Concepción normativa kelseneana

Para comprender la concepción normativa-legal del Derecho tenemos que, inicialmente, examinarla a la luz del pensamiento de su mayor exponente – Hans Kelsen. Este jurista y filósofo presentó la Teoría Pura del Derecho como una crítica a las concepciones dominantes existentes a inicios del siglo XX. Tal Teoría es decurrente de la decadencia del capitalismo-liberal. Ella es también oriunda de un mundo en el que las ideologías totalitarias nacientes y sus primeras experiencias concretas convivían con un liberalismo democrático en su fase conservadora.

El positivismo jurídico de la teoría kelseneana fue muy importante para la Ciencia del Derecho en todo el mundo. La Teoría Pura del Derecho considera que el método y el objeto del Derecho deberían tener un enfoque normativo, desprendido de cualquier hecho social o valor. En sus enseñanzas, en la referida obra, Kelsen admitió la posibilidad de la existencia de consideraciones axiológicas, solamente no permitió que tales aspectos se aplicaran a la Ciencia del Derecho, y, en su metodología jurídica, basada en el axioma de la pureza, dispone, al lado de la Ciencia del Derecho, una Teoría de la Justicia y una Investigación Sociológica del Derecho.

Es incontestable que a partir de Kelsen surgieron diversas teorías, o para que se afiliaran a esa concepción normativa-legal, o para que se contrapusieran a ella. Ejemplos de teorías opuestas a la teoría kelseneana son: 1) la teoría sistémica deducida por Niklas Luhman, que investiga el fenómeno jurídico a partir del ámbito social; 2) la teoría tridimensional del Derecho, que examina el derecho bajo la óptica del hecho, valor y norma, fue consagrada por el jurista brasileño Miguel Reale.

Kelsen entiende que el jurista debe caminar de norma en norma, hasta la norma hipotética fundamental. Él considera la estructura lógica del orden jurídico como piramidal, o sea, el legislador, al elaborar la ley, está aplicando la norma constitucional y el juez, al sentenciar, está aplicando a ley. La mayoría de los juristas de la actualidad considera que el concepto del Derecho no puede identificarse con el de norma, presentando objeciones a la Teoría Pura del Derecho de Kelsen frente a su carácter fragmentario y de la propia insuficiencia de la concepción normativa-legal frente a la complejidad de los cambios sociales.

## 1.2 El pensamiento de Alf Ross

Para Alf Ross, hay una conexión entre el Derecho vigente y la idea de Justicia. Dentro de este pensamiento se puede distinguir dos puntos: primero, la exigencia de que haya una norma como fundamento de una decisión; segundo, la exigencia de que la decisión sea una aplicación correcta de una norma. Y, por eso, el problema puede ser formulado de dos maneras, a saber:

a) Podemos indagarnos sobre el papel desempeñado por la idea de Justicia en la formación del Derecho positivo, en la medida en que se entienda con una exigencia de racionalidad, esto es, una exigencia de que las normas jurídicas se formulen con la ayuda de criterios objetivos, de tal manera que la decisión concreta tenga la máxima independencia posible delante de las reacciones subjetivas del juez y sea, por eso, previsible.

b) Se puede preguntar, entonces, qué papel desempeña la idea de Justicia en la administración de la Justicia, en la medida en que esa idea se entienda como una exigencia de que la decisión del caso individual aplique correctamente el Derecho vigente. (ROSS, 2000, p. 326-330).

Respondiendo a la primera indagación, Alf Ross destaca que, sin un mínimo de racionalidad (previsibilidad, regularidad), sería imposible la existencia de una orden jurídica. Por otro lado, defiende que la regularidad objetiva o racionalidad formal es una idea fundamental en todo Derecho, pero no es única. Establecidas en categorías determinadas por criterios objetivos, las normas se presentan como valoraciones formalizadas de la tradición cultural. Sin embargo, la regla jurídica formalizada nunca

puede expresar exhaustivamente todas las consideraciones y circunstancias relevantes. Inevitablemente, cuando se aplica al caso individual, es posible que la norma conduzca a resultados que no pueden ser aprobados por la consciencia jurídica como la expresión espontánea, no articulada, de aquellas valoraciones fundamentales.

Todo Derecho y toda administración de la Justicia, por tanto, están determinados, en aspectos formales, por un conflicto dialéctico entre dos tendencias opuestas. Por un lado, la tendencia a la generalización y a la decisión conforme con criterios objetivos y, por otro lado, la tendencia a la individualización y a la decisión a la luz de las valoraciones y apreciaciones subjetivas de la consciencia jurídica – o, más sumariamente – por un lado, la tendencia para la Justicia formal, y, por otro, la tendencia para la equidad concreta (ROSS, 2000, p.330).

En lo que se refiere a la segunda indagación, en cuanto al papel que desempeña la idea de Justicia en la administración de la Justicia, en la medida en que se defiende esa idea se entiende como una exigencia de que la decisión del caso individual aplique correctamente el Derecho vigente, responde Alf Ross que

La justicia, concebida de esta manera como un ideal para el juez (para todo aquel que tiene que aplicar un conjunto determinado de reglas o padrones), es una idea poderosa en la vida social. Representa lo que se espera de un buen juez y el propio juez la acepta como padrón profesional supremo. En lo que respecta a esto, la idea de justicia tiene sentido. Se refiere a hechos que se pueden observar. Calificar una decisión de injusta quiere decir que no fue realizada de acuerdo con el derecho y que atiende a un error (injusta en sentido objetivo), o a un desvío consciente de la ley (injusta en sentido subjetivo) (ROSS, 2000, p. 330).

Sin embargo, es oportuno destacar que es difícil delimitar precisamente la palabra injusticia, principalmente teniendo en cuenta que ninguna situación concreta proporciona una aplicación única de la ley. Esto es verdad, inclusive, en aquellos casos en los que existe una regla definida, expresa en términos fijos; y es verdad, ciertamente, en un grado aún mayor, cuando se juzga el caso de acuerdo con padrones jurídicos. En ese paso, ¿cuáles serían los principios de interpretación correctos? ¿Y qué libertad se le debe proporcionar al juez? Para Alf Ross,

Tal vez la única manera de responder a la cuestión sea por medio de una referencia a lo típico y normal en la aplicación efectiva de la ley. Decidir con objetividad es hacerlo de forma típica normal; decidir subjetivamente es incurrir en desvíos excepcionales. La decisión es objetiva (justa en sentido objetivo) cuando cabe dentro de principios de interpretación o valoraciones que son corrientes en la práctica. Y subjetiva (injusta en sentido objetivo) cuando se aleja de eso (ROSS, 2000, p. 330-331).

Actualmente la mayoría absoluta de los juristas, en varios países, quiere libertar de la letra de la ley el que juzga, por lo menos cuando de la aplicación rigurosa de los textos resulte injusta dureza, o incluso el simple antagonismo con los dictámenes de la equidad. Carlos Maximiliano destaca la célebre oración proferida por Ballot-Beaupré, primer presidente de la Corte de Casación, de Francia, al solemnizar el centenario del Código Civil, después de afirmar el carácter obligatorio del texto legal, resaltó:

Pero, cuando el dispositivo presenta alguna ambigüedad, cuando comporta divergencias acerca de su significación y alcance, entiendo que el juez adquiere los poderes más amplios de interpretación; debe decirse a sí mismo, que frente a todos los cambios que hay en un siglo se opera en las ideas, en las costumbres, en las instituciones, en el estado económico y social de Francia, la justicia y la razón mandan a adaptar liberalmente, humanamente, el texto a las realidades y a las exigencias moderna (MAXIMILIANO, 1995, p.171).

Juzgar con Justicia se presenta como el desafío constante del juez moderno, una vez que él debe valerse de los principios jurídicos, como el de la razonabilidad y de la proporcionalidad, en un balanceo de los intereses en conflicto, observando siempre, los fines sociales de la ley y las exigencias del bien común, fundamentando sus decisiones. También, es necesario que el magistrado tenga prudencia, pues al aplicar la ley en cada caso, él interpreta el fenómeno jurídico.

La interpretación y aplicación poseen un contenido eminentemente práctico de la experiencia humana, ya que se espera una decisión no sólo jurídica sino, también, de contenido social. A fin de cuentas, cambia la sociedad, la forma de pensar del Estado, surgen nuevas tecnologías, la globalización económica pasa a ser una realidad; todo eso conduce a la emergencia de nuevos Derechos civiles y políticos que merecen su protección.

## 2 Derechos Civiles y Políticos frente a la Internacionalización de la Economía

Con el surgimiento de la Organización de las Naciones Unidas, en 1945, y con la aprobación y proclamación de la Declaración de los Derechos Humanos, de 1948, tenemos los grandes marcos de la Internacionalización de los Derechos Humanos. A partir de aquella fecha se considera ciudadanos no apenas a los detentadores de los Derechos civiles y políticos, pero a todos aquellos integrantes del ámbito de la soberanía de un Estado y de este Estado reciben una variedad de Derechos y, también, de deberes.

El proceso de Internacionalización de los Derechos Humanos traza una nueva concepción de Derechos de ciudadanía que, otrora, con la Declaración de los Derechos del Hombre y de los Ciudadanos, de 1789, bajo el influjo de la burguesía del liberalismo económico, expresaban el conjunto de los Derechos individuales y políticos. Antes de eso, la protección a los Derechos del hombre se limitaba a apenas algunas legislaciones internas, como la inglesa de 1684, la americana de 1778 y la francesa de 1789.

La nueva concepción de ciudadanía trató de alejarse del concepto de soberanía estatal absolutista, que concebía a los Estados como únicos sujetos de Derecho Internacional Público, con el objetivo de salvaguardar los Derechos Fundamentales de todos los ciudadanos. En ese contexto, los individuos pasan a ser sujetos de Derecho Internacional, que está dotado de mecanismos procesales eficaces para el resguardo de esos Derechos.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se viene consolidando después de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), oriundo de los horrores del nazismo, se construyó a partir de una normatización internacional, hasta entonces inexistente. La estructura normativa de protección internacional a los Derechos Humanos, además de los instrumentos de protección global, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, abarca, además, los instrumentos de protección regional, pertenecientes a los Sistemas Europeo, Americano, Asiático y Africano. Los referidos Sistemas son complementarios, siendo que queda al libre albedrío del ciudadano que sufrió vulneración de Derechos a opción del aparato que lo beneficie más. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se afirma cada día como

una nueva rama del Derecho, dotado de principios y reglas, teniendo como objetivo mayor la protección de la Dignidad de la persona humana en el ámbito nacional e internacional.

El “Derecho a tener Derechos”, según Hannah Arent (2000), pasó a ser la referencia fundamental de todo el proceso de Internacionalización, y no sería diferente con relación al proceso de globalización de los mercados. La Internacionalización de la Economía es un proceso que se acentuó a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, teniendo como características sobresalientes la instantaneidad de las informaciones y de la comunicación, la estandarización de los medios técnicos y la interconexión de las economías de diferentes países. Aunque la globalización económica sea un factor preponderante, responsable por el desarrollo de las relaciones internacionales, por actuar bajo la égida de las fuerzas libres, ella acaba, muchas veces, comprometiendo los recursos naturales y el medio ambiente como un todo.

Cuando se habló en globalización económica por la primera vez, la idea fue colocada como una panacea: nuevas tecnologías y métodos gerenciales promoverían, por sí sólo, el aumento general de la productividad, el bienestar de todos y la reducción del abismo social dentro y fuera de las naciones. Sin embargo, pasados pocos años, se verificó una situación diversa, con la acumulación de riqueza en las manos de pocos y el aumento de las desigualdades sociales. Juntamente a esa trágica realidad generada por la globalización económica, se observó también una creciente degradación del medio ambiente y el uso descontrolado de los recursos naturales. Por tanto, se hace indispensable que la sociedad recurra a la investigación científica y tecnológica para auxiliar el deseoso desarrollo sustentable.

La globalización propicia, en tesis, un dinamismo económico, del cual resulta la aceleración del progreso debido al intercambio de conocimiento y a las tecnologías. Sin embargo, aún existen países que se rehusan a cumplir protocolos firmados para la preservación del medio ambiente. En ese contexto, ¿cómo regular los Derechos civiles y políticos frente a la globalización de los mercados? En la regulación de esos Derechos es preciso adoptar el pensamiento de que la protección de los Derechos Humanos, sean civiles o políticos, en la actualidad, envuelve un examen multidisciplinar, “concita o intérprete a armonizar fuentes nacionales y supranacionales, reformula, en definitivo, el concepto de



orden pública, que se expande para los dominios de la actividad económica privada” (TEPEDINO, 1988, p. 107).

Se verifican dos tendencias contradictorias:

de un lado, el intervencionismo supranacional sobre el derecho interno de la mayor parte de los países europeos y americanos, a implicar riguroso planeamiento y poquísimos espacios para la soberanía, valiéndose de los centros de decisión de prácticas notadamente autoritarias, en la fijación de las metas a alcanzar por cada país; y, de otro, un excesivo liberalismo entre las transferencias de tecnología, mano de obra e inversiones, con el derrumbe de las barreras aduaneras en las relaciones internacionales, como una manera de formar mercados supranacionales. De ahí derivan diversas consecuencias en términos hermenéuticos, en lo que atañe a los derechos humanos en la actividad económica privada. (TEPEDINO, 1988, p. 114).

Por tanto, hay un choque entre las fuentes del ordenamiento interno y las fuentes externas. Gustavo Tepedino (1988), ratifica que ese contraste normativo no puede aniquilar los valores internos que garantizan la estabilidad social y el respeto a los principios constitucionales nacionales. Recuerda, que “prevalece, en todo ese complejo proceso, la óptica y la lógica de la maximización de los resultados y de la minimización de los costes.” En ese cuadrante, se nota que los Derechos civiles, políticos y sociales de los países subdesarrollados pasan a ser vistos como “coste económico de la producción, en el panorama de la competición internacional” (TEPEDINO, 1988, p. 115).

Hay dos grandes desafíos: la implementación de inversiones en factores que traigan competitividad internacional y las inversiones sociales, que garanticen el ejercicio de la ciudadanía y una cultura de Derechos Humanos. Ratifica Gustavo Tepedino (1988, p.115) que la búsqueda de la competitividad

acaba por significar una importación de productos ya elaborados – a mejores precios de producción – y la exportación de los empleos necesarios que lo producen, ya que otros países se encuentran más preparados tecnológicamente para la competición, resultando en ulteriores factores de desempleo, exclusión social, atentados a valores existenciales, siendo cierto que, en el caso brasileño, los modelos de proteccionismo interno anteriormente adoptados no trajeron competitividad, sino a consolidación de grandes carteles y monopolios.

Es imperioso reconocer la necesidad de que se construya un modelo económico que genere, al mismo tiempo, riqueza y bienestar, concomitantemente a la promoción de la cohesión social y de la preservación de la naturaleza. El gran desafío de la humanidad en el siglo XXI está en desarrollar estrategias que garanticen la sustentabilidad requerida, sea en el ámbito social, económico, jurídico, ecológico y cultural, a fin de resguardar los Derechos de ciudadanía y obtener Justicia social.

### 3 Los cambios sociales y económicos, la producción legislativa y el reflejo en la actividad judicial

La humanidad se viene enfrentando con diversos problemas típicos de la sociedad pos-industrial, entre ellos la dificultad en compatibilizar el crecimiento económico con la protección del medio ambiente. Se verifica que no hay una división equitativa de los beneficios del desarrollo tecnológico y económico-financiero entre las naciones. En verdad, hay una asustadora concentración de capital en los países desarrollados en detrimento de los demás, lo que conlleva a un desequilibrio socioeconómico y tecnológico. Trayendo como resultado la miseria, la pobreza, el subdesarrollo, las graves injusticias sociales, la corrupción, las epidemias. Esos problemas afectan todo el globo, generando efectos que se reflejan en todas las direcciones, máxime en el ámbito del consumidor y del ambiente, despertando la consciencia de que urge implementar un consumo y un desarrollo sustentables. En esa trayectoria de divergencias económicas y sociales, los Derechos del consumidor y del medio ambiente se elevaron, a la categoría de nuevos Derechos Humanos Fundamentales. De esta forma, se indaga: ¿cómo es posible la producción legislativa en contextos marcados por la velocidad e intensidad de las transformaciones económicas y por la proliferación de situaciones sociales nuevas y aún no estructuradas? La producción legislativa no consigue atender a esas exigencias de la sociedad contemporánea.

Actualmente, se observa que, además del control de la constitucionalidad, a los tribunales, en general, compete, la garantía directa contra lesiones de los Derechos Fundamentales, la defensa de intereses difusos y el enfrentamiento de la oscuridad y ambigüedad de los textos legislativos, a veces deliberada, debido a los difíciles procesos de negociación. El juez, como agente político (no partidario), es llamado a contribuir para la

efectividad de los Derechos sociales, procurando darles su real densidad. Se verifica que la politización del juez deriva del hecho de que él soluciona litigios aplicando normas, que son conductoras de valores y expresiones de un poder político. No existe, así, norma neutra. Luego, si el juez es quien aplica las normas, no existe juez neutro. En verdad, en el marco del Estado Constitucional de Derecho, la actividad política y la actividad judicial están estrechamente unidas por el imperio del Derecho.

Otro aspecto de la politización del juez está en el hecho de que las constituciones modernas contemplan normas de contenido poroso, que se van a complementar por la práctica. Y el Poder Legislativo derivado, a su vez, en muchas situaciones, no sólo no se esfuerza para rellenar el vacío, sino que prima por seguir la misma técnica de la legislación abierta, indeterminada. Incapaz de solucionar algunos mega-conflictos modernos, donde muchas veces el legislador acaba atribuyendo al Judiciario la responsabilidad de moldear la norma final aplicable.

El Judiciario no sólo pasó a solucionar los conflictos privados, según el modelo liberal individualista, sino también a actuar como órgano calibrador de tensiones sociales, solucionando conflictos de contenido social, político y jurídico, además de implementar el contenido promocional del Derecho que contiene las normas constitucionales y en las leyes que consagran Derechos sociales. De cualquier forma, “esa politización del juez, que es innegable dentro del Estado Constitucional de Derecho, concebido como fuente y límite del Derecho, no puede, sin embargo, llegar al extremo de permitirle la sustitución de la racionalidad jurídica por la racionalidad política. (... *omissis*).” (GOMES, 1997, p. 47).

En lo que atañe al contexto antinómico, se percibe que el producto legislado no está, también, inmune a antinomias, o sea, dos o más normas pueden presentarse opuestas. En ese conflicto de normas, la doctrina desarrolló criterios mediante principios jurídico-positivos para solucionar las antinomias aparentes. En cuanto al contexto lagunoso, se verifica que el producto legislado está impregnado de los problemas relativos a la no plenitud del sistema jurídico, en la visión de Uadi Lammêgo Bulos (1997, p. 127).

Es importante registrar que no hay unanimidad en la doctrina en cuanto a la cuestión de que existan o no lagunas en el orden constitucional. Se cuida de una cuestión abierta, uncida a la concepción jurídica de sistema. Para Bulos (1997, p.127), si entendemos el sistema jurídico como siendo abierto, dinámico, incompleto, abrigando normas, hechos y

valores, “no hay como considerar el dogma de la plenitud hermética del orden constitucional, del mismo modo como no hay una plenitud del orden jurídico en general.” Con el debido respecto al aludido maestro, me afilio al pensamiento sistemático y al concepto de sistema en la Ciencia del Derecho en la visión de Claus-Wilhelm Canaris (1996), en lo que concierne al orden y a la unidad como características del concepto general de sistema, y, principalmente, a la Teoría del Ordenamiento Jurídico de Norberto Bobbio (1999), en el sentido de pensar el sistema como una unidad, con coherencia y plenitud lógicas.

El principio de la unidad del sistema del Derecho positivo es homólogo al principio de la unidad en el conocimiento jurídico-dogmático. La unidad de un sistema de normas es decurrente de un fundamento superior de validez de ese sistema – la Constitución positiva, o, en nivel epistemológico, la Constitución en sentido lógico-jurídico, o sea, la norma fundamental. La unidad resulta de la posibilidad también gnoseológica (lógico-trascendental) de se poder concebir todo el material jurídico dado como un sólo sistema. El sistema de la Ciencia del Derecho está dotado de criterios que permiten decidir si una dada proposición pertenece o no al sistema, bien como si ella presenta coherencia interna, o sea, compatibilidad entre los elementos proposicionales integrantes de los subsistemas y, aún, plenitud.

La experiencia demuestra que hay contradicciones entre las proposiciones normativas de un mismo nivel, entre leyes constitucionales, entre leyes ordinarias, entre regulaciones y entre otros actos normativos. Tales contradicciones son eliminatorias por el principio extra-lógico de la norma de nivel más elevado sobre la norma de nivel inferior, o por el criterio, también extra-lógico, de la sucesión temporal (la norma de un mismo nivel revoca la norma anteriormente promulgada); de la norma general que admite la contraposición contradictoria de una norma especial, establecidos para todos los casos comprendidos en un conjunto, menos para algunos que se exceptúan.

Dentro del sistema jurídico es posible encontrar solución para cualquier problema, pues, en los casos de aparente no plenitud de la norma, los principios del ordenamiento jurídico presentan la respuesta para esas antinomias. Aunque existan vacíos normativos dentro del sistema, tales lagunas pueden ser rellenadas o colmatadas mediante la analogía, las costumbres, los principios generales de derecho y la equidad, con la

observancia de los principios constitucionales de la proporcionalidad y de la razonabilidad. Se nota que el nuevo paradigma pos-positivista se basa en estos principios.

4 Crítica que el nuevo paradigma de la ciencia pos-moderna trae para la Ciencia del Derecho.

La crítica que el nuevo paradigma de la ciencia en la pos-modernidad presenta para la Ciencia del Derecho reside en la propia crisis del Sistema Judicial en el sentido de la búsqueda de una nueva función social de la magistratura y en la construcción de un nuevo perfil frente a la pos-modernidad. La magistratura consciente de esa crisis y de la necesidad de su superación debe, según Bistra Stefanova Apostolova (1998), “cuestionar los imperativos de la cultura jurídica liberal, que se constituye como factor impeditivo de su transformación en mediadores calificados de las nuevas formas de conflictos”.

En este contexto de crisis institucional, el Poder Judicial, mediante una actuación creativa, pragmática y social del juez, pretende superar tales desafíos. En este mister, si de un lado, el magistrado pasa a ser protagonista activo en la efectiva concretización de los Derechos Fundamentales y de ciudadanía, por otro, debe embasar sus decisiones en una visión humanista, multidisciplinar y pragmática, buscando nuevos espacios para el consenso.

La función de los jueces, a lo largo del siglo XIX, estaba orientada en el sentido de legitimar la actuación del legislador que poseía un lugar de destaque político en el contexto de la distribución de los poderes constitucionales. El distanciamiento de la actuación del juez del campo de la política se proponía asegurar la reproducción fiel del Derecho positivo legislado en la resolución de los conflictos individualizados, garantizando, de esta manera, los Derechos y las libertades individuales. En síntesis, ese tipo de configuración de las funciones de los magistrados correspondía al entendimiento de legitimidad y de distribución del poder político en un sistema orientado por los imperativos del liberalismo.

A partir del final del siglo XIX, debido a las transformaciones políticas, económicas y culturales que marcaron el desarrollo del Estado moderno, comenzó también a ser modificado el significado sociopolítico de las funciones de los magistrados. Sin

embargo, consoante Boaventura de Sousa Santos, fue sólo después de la Segunda Guerra Mundial que, en los países centrales, se consolidó una nueva forma de Estado, el Estado-Providencia. En el que dice respecto a los países periféricos, el referido autor observa la no-adequación de esa cronología a las realidades históricas de esos países, en los cuales hasta los Derechos de cuño liberal, llamados también de Derechos de primera generación o Derechos clásicos, no se respetan (SANTOS, 1996, p. 34-43).

En Brasil desde finales del siglo XX, la cuestión de la implementación plena de las bases del Estado de Bienestar Social continúa siendo un tema polémico. No obstante, la cultura jurídica y las prácticas de aplicación del Derecho presentan, en las últimas dos décadas, modificaciones significativas que las aproximan a las características del Derecho Social, base de sustento jurídico y político del Estado-Providencia (MACEDO JUNIOR, 1995, p.51).

Con el aumento de la complejidad del Estado y el surgimiento de nuevos grupos y actores sociales, fruto de la actuación acentuada de los movimientos sociales a finales de la década del 70, la Sociología del Derecho constató que el modelo liberal, en el cual se basaba el ejercicio de la magistratura, entró definitivamente en crisis, determinando la erosión de la legitimación clásica de la actuación de los jueces. Se verifica, en aquel período, la pérdida de la importancia del sistema judicial en la resolución de los conflictos y el aumento de mecanismos privados de solución de litigios de carácter antisocial, tanto entre las capas más pobres de la población, con el exterminio de moradores de la calle, como entre las más ricas, que, valiéndose de su poder económico, no siempre se someten a la normatividad estatal.

Para Bistra Stefanova Apostolova, la señal de una práctica judicial adecuada a la demanda pos-moderna por derechos surgió en la época de la transición democrática de los años 80, protagonizada por la actuación del movimiento Jueces Alternativos y de la Asociación Jueces para la Democracia. (APOSTOLOVA, 1998).

Eliane Botelho Junqueira interligó el surgimiento de los Jueces Alternativos con el proceso de democratización que hizo visible la confrontación entre el orden jurídico liberal y los conflictos de naturaleza colectiva, proceso ese derivado de la necesidad de garantía de Derechos sociales mínimos para la mayoría de la población (JUNQUEIRA, 1993).

Los jueces de ese Movimiento entienden el Derecho en su función transformadora de la sociedad, orientada por los valores jurídicos del Estado Democrático de Derecho, positivados en la Constitución Federal. No es diversa la esencia del uso alternativo del Derecho, cuyos adeptos se posicionan en el sentido de la defensa de la parte más débil en una relación jurídica, intentando rescatar la dimensión social de la actividad del juez. Los referidos movimientos de jueces críticos pretendían ofrecer respuestas adecuadas a la demanda por Derechos de los Nuevos Movimientos Sociales, que cuestionaban la racionalidad formal del ordenamiento jurídico, colocando en jaque el paradigma que está en la base de la actuación tradicional del Judiciario, abriendo la discusión sobre la función social de la actuación del juez en el contexto de la pérdida de la legitimidad de las funciones clásicas de las instituciones estatales.

José Eduardo Faria sintetizó tres líneas fundamentales para la comprensión de la actuación de los adeptos al Derecho crítico, que explicitan los términos de la ruptura de los movimientos de jueces críticos con el paradigma positivista-legalista dominante en la cultura jurídica brasileña. En primer lugar, esos jueces perciben el ordenamiento jurídico como un sistema incompleto y abierto, llevando en consideración que él reproduce las contradicciones sociales, económicas y políticas de la complejidad de la sociedad brasileña. En segundo lugar, los jueces críticos procuran la Justicia substancial y no la Justicia formal, valorizando las relaciones concretas de los hombres y enfatizando, en ese sentido, la importancia de adecuar la ley. Y, por último, esos jueces ven la sentencia judicial no como fruto de subsunción lógica y obligatoria, sino como un compromiso político entre exigencias inconciliables (FARIA, 1992).

Las interpretaciones divergentes de los textos legales comenzaron a transformar paulatinamente el proceso jurídico, acentuando una visión contemporánea del proceso, según lo cual el espacio del Judiciario se transformó en una reproducción del actual escenario político-social brasileño marcado por las acciones colectivas y conflictivas de los varios actores sociales. Los contenidos de las sentencias sobre una misma cuestión varían en función de las inclinaciones ideológicas y doctrinarias de los magistrados, hecho revelador de la lucha simbólica entre los profesionales del campo (FARIA, 1992).

José Geraldo Sousa Júnior, en su libro *Para uma crítica da eficácia do Direito*, estudió el pluralismo jurídico bajo una perspectiva sociológica, entendiendo que en el

mismo espacio político pueden existir diversos sistemas jurídicos, decurrentes de la multiplicidad de las fuentes del Derecho. Él considera necesario hacer algunas diferenciaciones en el concepto del pluralismo, ya que percibe la insuficiencia de la convivencia plural bajo los criterios de la libertad formal y de la tolerancia “para la superación de la desigualdad real subyacente a las connotaciones socioeconómicas de los diferentes sistemas de valores”; en ese sentido, el pluralismo valorativo debería fomentar el desarrollo de la consciencia crítica de los hombres, con miras a la superación de la desigualdad real (SOUSA JÚNIOR, 1984).

En Brasil, el movimiento crítico de los jueces surgió en un momento en que las demandas de los sectores de la sociedad por Derechos sociales y colectivos superaban las posibilidades de la oferta de los códigos, inspirados en una visión liberal-individual del mundo, y esas demandas exigían del juez una interpretación crítica del Derecho en condiciones de dar mayor legitimidad a su actuación de acuerdo con las aspiraciones de los nuevos movimientos sociales. Esos jueces, al encontrarse con las rígidas rutinas burocráticas presas a exigencias formales, procuraron la realización de la Justicia substantiva, atendiendo a las peculiaridades de cada caso concreto. Tomando una posición jurídica y ética al lado de la parte más débil de la relación jurídica, ellos se opusieron al predominio del valor económico.

¿Será posible que los magistrados actúen al mismo tiempo en la superación de las desigualdades de oportunidades y en la organización de un sistema judicial, reconocido por todos los actores sociales en confrontación como el espacio institucional adecuado para la discusión racional de las diferencias? En la literatura jurídica hay innumerables críticas e indagaciones en relación a la actuación de los jueces críticos, las cuales reflejan la complejidad del tema y la importancia del debate para explicitar las consecuencias jurídicas, políticas y sociales de la actuación de esos Magistrados.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior indaga: “¿en qué medida, en el contexto de la sociedad pos-moderna, los adeptos al uso alternativo del Derecho, que politizan el ejercicio de la profesión, no contribuyen para la transformación del Derecho en un simple bien de consumo, fomentando una relación pragmática del jurista con el mundo, típica de la actuación política?” (FERRAZ JÚNIOR, 1994). No concordamos con esa posición, dado que el juez que observa la concepción pragmatista de Derecho evalúa comparativamente



diversas hipótesis de resolución de un caso concreto teniendo en cuenta sus consecuencias. De todas las posibilidades de decisión, él intenta suponer consecuencias y, de la confrontación de estas, trata de escoger aquella que corresponda mejor a las necesidades humanas y sociales, en vez de encerrarse dentro de su propio sistema, o subsistema jurídico. Esa concepción de Derecho implica la adopción de recursos no jurídicos en su aplicación y contribuciones de otras disciplinas en su elaboración.

Es de fundamental importancia que la especialización de los juristas se complemente con nuevas síntesis que permitan obtener las perspectivas necesarias para la concretización del Derecho, entre ellas la concepción filosófico-pragmática. No se puede hacer Ciencia social o jurídica sin sentido histórico, experiencial, sin ningún compromiso directo con las condiciones materiales de la sociedad y con los procesos en los cuales los actores sociales están insertados.

Delante del proceso de definición de la función social del juez contemporáneo, es oportuno destacar que, a despecho de las referidas críticas a los jueces que confieren un uso alternativo al Derecho, y pese a no compartir con varias de sus ideas, entre ellas la de la no plenitud del ordenamiento jurídico; dada, a mi modo de ver, la posibilidad de que siempre haya una respuesta efectiva de cuño social, educativo y pedagógico a través de las decisiones judiciales, dentro del ordenamiento jurídico, inclusive con una concepción pragmatista de Derecho, bastando para ello la observancia de los principios y valores constitucionales. Con todo, entiendo relevante y valerosa la búsqueda de los jueces críticos en dar una respuesta efectiva de ciudadanía, principalmente durante los años 80, época en la que los valores y principios democráticos estaban comenzando a establecerse como fundamentales a la Dignidad de la persona humana.

De esta forma, se verifica que el nuevo orden del discurso que está produciendo el conocimiento jurídico, actualmente, según Bistra Stefanova Apostolova (1998), se centra en la comprensión del juez como “agente político activo en la construcción de un nuevo orden legal adecuado a los tiempos pos-modernos, en los cuales el Derecho y la Justicia son objetos de permanente lucha, discusión y adaptación”. Para ello, se hace necesario la obtención de nuevos abordajes por la vía multidisciplinar, de forma humanista e pluralista.

## Conclusiones

El desafío del juez moderno está en juzgar con Justicia, leyes de las que él debe valerse para poner en práctica los principios jurídicos, como el de la razonabilidad y de la proporcionalidad, en un balanceo de los intereses en conflicto, observando siempre los fines sociales de la ley y las exigencias del bien común, en la manera de fundamentar sus decisiones. Es indispensable que el magistrado tenga prudencia, pues al aplicar la ley en cada caso, él interpreta el fenómeno jurídico. La interpretación y aplicación poseen un contenido eminentemente práctico de la experiencia humana, una vez que se espera una decisión no apenas jurídica, sino también de contenido social. Al final, cambia la sociedad y la forma de pensar el Estado, surgen nuevas tecnologías, la globalización económica pasa a ser una realidad; todo eso conduce a la emergencia de nuevos derechos civiles y políticos que merecen su protección.

Vale recordar que, tras la proclamación de la Declaración de los Derechos Humanos, de 1948, tenemos el gran marco del principio del proceso de Internacionalización de los Derechos Humanos. A partir de aquella fecha se consideran ciudadanos, no apenas los detentadores de los Derechos civiles y políticos, sino también todos aquellos integrantes del ámbito de la soberanía de un Estado y de este Estado reciben unas variedades de Derechos y, también, deberes. Se trata de una nueva concepción de Derechos de ciudadanía que trató de distanciarse del concepto de soberanía estatal absolutista, con el objetivo de salvaguardar los Derechos Fundamentales de todos los ciudadanos.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se afirma cada día como una nueva rama del Derecho, dotado de principios y reglas, teniendo como objetivo mayor la protección de la Dignidad de la persona humana en el ámbito nacional e internacional. El “Derecho a tener Derechos”, según Hannah Arent (2000), pasó a ser la base primordial de todo el proceso de Internacionalización, por tanto, no sería diferente con relación al proceso de globalización de los mercados que, en la regulación de esos Derechos, la protección de los Derechos Humanos, sean civiles o políticos, en la actualidad, se envuelve un examen multidisciplinar.

Dos grandes desafíos advienen de la globalización económica – invertir en factores económicos que traigan competitividad internacional, o invertir en factores sociales, que permitan el ejercicio de la ciudadanía y el fortalecimiento de una cultura de Derechos Humanos –, y representan dos facetas de una misma realidad de aparente incompatibilidad y de difícil coexistencia, para muchos, he aquí lo que demanda la construcción de un modelo económico que, simultáneamente, contemple la promoción socioeconómica y la necesaria preservación del medio ambiente.

El gran desafío de la humanidad en el siglo XXI está en desarrollar estrategias que garanticen la sustentabilidad requerida, sea en el ámbito social, económico, jurídico, ecológico y cultural, a fin de resguardar los Derechos de ciudadanía. En ese contexto, marcado por la velocidad e intensidad de las transformaciones económicas y por la proliferación de situaciones sociales nuevas y aún no estructuradas, se verifica que la producción legislativa no consigue acompañar tales demandas, a despecho de la utilización de técnicas como las cláusulas generales que conducen a la aplicación, por el órgano juzgador, de los hechos sociales frente a la norma legislada, en sentido de concretizar el Derecho y de la actualización de la norma.

El continuo crecimiento y diversificación de las necesidades de la sociedad, en lo que concierne a la regulación por el Poder Legislativo, hizo insostenible el monopolio parlamentario; por consiguiente, la partición de la competencia legislativa con el Poder Ejecutivo implica la extensión de las competencias propias del órgano de control de la ley – el Poder Judicial. Por tanto, se abandona la creencia en la autosuficiencia de un proceso lógico-deductivo que reduciría la interpretación a una interpretación del texto, y se destaca la importancia decisiva de la aplicación por la cual cualquier acto de interpretación constituye un aditamento de sentido.

Las alteraciones producidas en el ejercicio de la función jurisdiccional no sólo denuncian un crecimiento inédito de su influencia social como, decididamente, arrancan a los jueces del elenco de figurantes del Estado moderno, atribuyéndoles un protagonismo al que, los reacios, acabaron por acceder. En consecuencia, el Poder Judicial enfrenta la articulación de un Derecho positivo, coyuntural, evasivo, transitorio, complejo y contradictorio, en una sociedad de conflictos crecientes, envuelta en la globalización económica y, por eso, se impone a la diversificación del Poder Judicial para atender a las

necesidades de control de la norma positiva. En virtud de ello, recientemente se le han hecho innumerables críticas a la actuación del Poder Judicial en Brasil; con todo, ese Poder carece de mejores instrumentos de trabajo. La legislación nacional, además de la técnica deficiente, hoy en día su producción es igualmente caótica, así como deficientes, son los instrumentos disponibles al Judicial, porque ya no se acepta la verdadera liturgia del proceso, el amor desmedido por los ritos, que casi ponen fin en sí mismos.

El Judicial, en los tiempos actuales, no puede proponerse ejercer una función tan solo jurídica, técnica, secundaria, sino que debe ejercer un papel activo, innovador del orden jurídico y social, dado que debe contribuir para la efectividad de los Derechos sociales, procurando darles su real densidad. El juez debe estar atento a las transformaciones del mundo moderno, porque, al aplicar el Derecho, no puede desconocer los aspectos sociales, políticos y económicos de los hechos que le son subyugados. Cabe al juez ejercer la actividad recreadora del Derecho a través del proceso hermenéutico, así como adaptar las reglas jurídicas a las nuevas y constantes condiciones de la realidad social y, con responsabilidad, debe buscar las soluciones justas a los conflictos, siempre con la observancia de los principios constitucionales de la proporcionalidad y de la razonabilidad.

El modelo pos-positivista vigente invierte en la juridicidad de los principios ante la insuficiencia de la concepción jurídica normativa-legal delante de la dinámica de la realidad social en continua mutación y complejidad. Se verifica que, de un lado, está el Derecho instituido formalmente y, de otro, la normatividad que emerge de las relaciones sociales, lo que lleva a la necesidad de novas condiciones sociales y teóricas para orientar la cognición del Derecho y la actuación de sus operadores. En ese contexto, se percibe la emergencia de nuevos movimientos sociales y de nuevos sujetos de Derecho en ellos constituidos, en consecuencia del surgimiento de nuevos conflictos y de la ocurrencia de un efectivo pluralismo jurídico.

Se trata de una crisis decurrente del agotamiento de los fundamentos que alcanza a todas las instituciones sociales, no siendo diferente con relación a la Ciencia del Derecho y al Sistema Judicial, que ya no pueden servirse del referencial de la cultura legalista que los construyeron. Ese proceso es oportuno para el espacio de crítica sobre el propio pensar y la actuación de los jueces y asegura condiciones para el debate abierto sobre el Derecho y la Justicia. Se cuida de un apelo al poder creativo de los jueces y,

también, a la renovación de las instituciones para la apertura de nuevos espacios públicos y condiciones para el debate y para la construcción de nuevos consensos, en el sentido de la plena concretización de los Derechos de ciudadanía y del fortalecimiento de la cultura de Derechos Humanos.

## Referencias

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)*. São Paulo: Saraiva, 1996.

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

ARENDDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999.

\_\_\_\_\_. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. 2. ed. São Paulo: Editora Mandarim, 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

DINIZ, Maria Helena. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito: os Juízes em face dos novos movimentos sociais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 12-41, 1994.

\_\_\_\_\_. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

GOMES, Luís Flávio. *A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *A Sociologia do Direito no Brasil: introdução ao debate atual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Forense, 2003.

LARENZ, Karl. *Metodologia de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel, 1996.

MACEDO JUNIOR, R. P. A Evolução Institucional do Ministério Público Brasileiro. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Uma introdução ao estudo da Justiça*. São Paulo: Sumare, 1995.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro, 1995.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo*. São Paulo: Dialética, 1998.

\_\_\_\_\_. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2000.

SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. A crise do Judiciário e a visão dos Juízes. *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 34-45, 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da administração da Justiça. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de; AGUIAR, A. R. A. (Orgs.). *Introdução crítica ao Direito do Trabalho*. Brasília, p.104-125.1993. (Série O Direito Achado na Rua, v. 2).

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 11, n. 30, p. 29-62, fev. 1996.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. *Para uma crítica da eficácia do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1984.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O juiz, seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro, v. 4, n.7, jan./jun., p. 103-116, 1998.

VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *Teoria geral do controlo jurídico do poder público*. Lisboa: Cosmos, 1996.