

LA DECISIÓN JUDICIAL Y LO POLÍTICO. UNA MIRADA SOCIO-LEGAL

Por Yanina Guthmann

RESUMEN

En este artículo revisaremos algunas categorías que – a nuestro juicio- resultan útiles para conceptualizar la decisión judicial en el marco de la creciente internacionalización de la justicia y las nuevas dinámicas democráticas. Mostraremos por un lado, la relevancia heurística del concepto de formalismo (Weber) para pensar la dinámica entre Estado y derecho en el análisis de la racionalidad legal y de las decisiones judiciales en temas de derechos humanos. Por otro lado, analizaremos en qué sentido el realismo en su versión contemporánea, los estudios críticos del derecho (Kennedy), nos permiten articular a nivel metodológico y conceptual esta dimensión legal de lo político con otras dimensiones, los cambios y rupturas recientes, las cuestiones de legitimidad respecto al derecho internacional, desde el estudio del rol del juez en una decisión concreta.

PALABRAS CLAVE

Decisión judicial - formalismo – estudios críticos del derecho – investigación jurídico empírica.

JUDICIAL DECISION AND POLITICS. A SOCIO-LEGAL PERSPECTIVE

SUMMARY

This article sets forth a selection of categories useful for conceptualizing judicial decision-making in the context of the increasing internationalization of justice and new democratic frameworks. On the one hand, this study uses the heuristic significance of the formalism concept (Weber) to assess the dynamics between the State and the Law, with particular emphasis on legal rationality and judicial decisions on Human Rights cases. On the other hand, it analyzes how realism in its contemporary sense, as defined in the Critical Legal Studies (Kennedy), articulates the legal dimension of politics at methodological and conceptual levels in order to understand changes, recent ruptures and questions of legitimacy concerning international law. This project seeks to identify a complementarity between formalism and CLS as a means to evaluate the role of the Judge in concrete decision-making.

KEY WORDS

Judicial decision, formalism, critical legal Studies, empirical legal research

LA DECISION JUDICIAL Y LO POLÍTICO. UNA MIRADA SOCIO-LEGAL

Por Yanina Guthmann*

La verdad racional ilumina el entendimiento humano, y la verdad de hecho es la materia de las opiniones, pero estas verdades si bien no son oscuras, no son tampoco transparentes (...) y esta opacidad es más evidentemente irritante ahí donde estamos confrontados a los hechos; siempre podrían haber sido otros y esta enojosa contingencia es literalmente ilimitada. Es a causa del carácter azaroso de los hechos que la filosofía premoderna rechaza tomar en serio los asuntos humanos, impregnados de factualidad, o de creer que ninguna verdad de importancia pueda ser hallada en la desoladora contingencia (Kant)

Hanna Arendt. La crisis de la cultura.

En un grado que continuamente me sorprende, esta investigación sobre la sociología del derecho de Weber, vista en conjunción con su sociología general del desencantamiento parece llevarnos a la conclusión que muchos de los estudios críticos del derecho (...) fueron una reinención o adaptación de objetivos no weberianos de herramientas weberianas.

Duncan Kennedy. The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality.

INTRODUCCIÓN

En este artículo revisaremos algunas categorías que – a nuestro juicio- resultan útiles para conceptualizar la decisión judicial en el marco de la creciente internacionalización de la justicia y las nuevas dinámicas democráticas.¹ A partir del análisis de los fallos y de entrevistas, observamos la dimensión inherentemente política y ética del derecho (Riles, 2006): la existencia de disidencias sobre los mismos materiales jurídicos y los mismos hechos, la pluralidad de formas argumentativas, de fuentes, de normas y de principios aplicables a los mismos hechos, y asimismo, la continuidad entre las decisiones y las políticas de gobierno. Con estos datos que emergen del corpus se podría pensar que, de algún modo, se pone en jaque la idea de una coherencia del orden jurídico, la idea de una distinción tajante entre creación y aplicación del derecho. Esto nos lleva a plantear el rol de juez en la decisión judicial. Considerado como actor de la producción de sentido, la implicación del profesional

* Licenciada en Filosofía París 1, Sorbonne. Máster en Ciencias Sociales por l'EHESS y Doctoranda del IIGG (UBA), defensa de tesis programada para el 16 de abril. Becaria de CONICET y de otras instituciones. Docente en grado de Sistemas Jurídicos comparados, y en posgrado de Sociología Jurídica y del seminario Nuevas Miradas sobre el Derecho: etnografías, instituciones, documentos en la facultad de Derecho de la Universidad de Palermo. Investigadora en un proyecto UBACyT sobre historia política argentina. Participó como expositora en congresos nacionales e internacionales, jornadas y realizó recientemente una estada de investigación en Canadá. Publicó artículos en revistas pertenecientes a diversas disciplinas: ciencias políticas, derecho, bioética filosofía política.

¹ Este artículo surge del marco conceptual metodológico que surge de la investigación realizada durante mi tesis de doctorado: "La decisión judicial y lo Político: El *Caso Simón*. Discurso jurídico, legitimidad y Derechos Humano" en donde analizo la dimensión política de lo legal a través de la lectura de fallos y resoluciones judiciales del *Caso Simón*, caso que comienza como un juicio por apropiación de niños y se transforma en un juicio por desaparición forzada de personas y culmina con la condena de un miembro de la policía federal, Julio H. Simón, en 2006.

del derecho, el juez, el secretario letrado, pueden ser también objeto de investigación, a través del estudio de sus tareas específicas.

En este sentido en el Apartado I estudiaremos, la forma en que se construye la decisión judicial como objeto de investigación, cómo se problematiza en el interior del campo jurídico: ¿Los jueces son realmente "aplicadores" (intérpretes) imparciales, de normas jurídicas según una lógica puramente legal? ¿Existe una solución unívoca para cualquier caso judicial? ¿Los sistemas jurídicos son autosuficientes, es decir son coherentes y sin lagunas? Estos interrogantes planteados desde la teoría legal contemporánea, entre otros, por Hart (1968) y Dworkin (1992) son retomados por los estudios críticos del derecho. El trabajo de Duncan Kennedy, uno de sus representantes, nos permite trazar puentes entre la teoría legal y la mirada socio-legal: a partir de su estudio sobre la libertad y restricción en la decisión judicial elabora una suerte de "fenomenología crítica", como él la llama en el título, del trabajo de los jueces (KENNEDY 1999).

En particular, Kennedy rescata del trabajo de Weber, el concepto de RLF a través del cual se puede destacar el carácter técnico del derecho (KENNEDY 1990). El trabajo de este autor nos conduce a los orígenes de la sociología del derecho punto que será presentado en el Apartado II. El modo racional formal de pensamiento, el formalismo tal como lo define Weber, es una herramienta esencial para un estudio sociológico, empírico, micro y local de la decisión judicial.

Por otro lado, el formalismo permite también articular lo político desde una teoría del Estado moderno como administración burocrática, como manifestación de la dominación legal (Apartado III).² Los estudios críticos del derecho, en consonancia con el formalismo, subrayan la importancia de las cuestiones técnicas del derecho, de modo que si evitamos "refugiarnos en la teoría y no se cede el terreno de la dogmática jurídica al pensamiento convencional, la crítica puede tener un efecto académico y social" (RODRÍGUEZ 1999: 44). Esta configuración conceptual nos permite, en particular, subrayar la dimensión ética de lo técnico, pero también analizar su dimensión discursiva y su exteriorización en las prácticas si se piensa en los funcionarios de esa "empresa" burocrática, que es el Estado. (WEBER 1922: 1060).

Este marco conceptual que se forma a partir de los estudios críticos del derecho, y el formalismo weberiano, permite el análisis de las modalidades de la acción de los actores jurídicos en particular de los jueces en su rol de interfase entre el funcionario, el científico y el político, la dinámica entre creación y aplicación del derecho, la dimensión estatal del derecho.³ De este modo, si

² La idea en este trabajo es la de ser fieles a nuestro fenómeno de estudio y construir un esquema de interpretación que dé cuenta adecuadamente de la decisión judicial en derechos humanos en Argentina. En este sentido, "partimos del presupuesto de que no se trata de tomar definiciones de conceptos aislados sino categorías entendidas como unidades indisolubles de estructuras enunciativas más amplias." (CATOGGIO 2007: 1). Esto exige, si adoptamos la categoría de formalismo en Weber, estar atentos a los presupuestos epistemológicos y ontológicos que conlleva el uso de esta categoría, en particular veremos el concepto de lo político al que está asociada.

³ La tarea de la sociología comprensiva weberiana se convierte en la de elaborar tipos ideales de conducta, es decir formas de acción social que pueden ser discernidas de manera recurrente en el modo de comportamiento de los individuos humanos. La explicación de la individualidad presupone un conjunto de uniformidades típicas de comportamiento empíricamente comprobables. Y estas uniformidades, lo mismo que los conceptos generales, están

bien la racionalidad formal modela los presupuestos que guían las prácticas de los actores, el formalismo no permite analizar los cambios legales ni las transformaciones en el rol del juez de estos últimos años, es decir no nos basta para analizar el rol del juez en los Estados hoy. En este sentido, los estudios críticos del derecho nos permiten adquirir nuevas herramientas de análisis socio-legal.

Finalmente, a nivel metodológico y como estrategia de constitución del corpus, según la teoría crítica del derecho, el material jurídico objeto de la crítica está integrado principalmente por normas, sentencias, resoluciones, etc. En este sentido, subrayaremos la dimensión discursiva del derecho (Apartado IV).

I. LA DECISIÓN JUDICIAL COMO OBJETO DE ESTUDIO

Como observamos en la introducción, en el contexto de la mundialización, el derecho devino en estos últimos años materia de intercambio y atraviesa las fronteras (exportación, importación, trasplantes). Según Garapon y Allard (2005), los jueces, mucho tiempo encerrados en la interpretación rigurosa del derecho, son hoy quizás los agentes más activos de esa mundialización. Su creciente protagonismo en los Estados democráticos justificaría entonces un estudio de la decisión judicial.

La decisión judicial es parte del proceso por el cual una ley se hace efectiva, tiene como premisa el reconocimiento y la formulación pública de la ley. La existencia de códigos explícitos, autoridades judiciales y funcionarios especializados en vigilar el cumplimiento de la ley y castigar su infracción permite identificar el proceso de decisión y aplicación del derecho. Este proceso implica en el pensamiento clásico legal la imagen del juez neutral como símbolo social de la imparcialidad, imagen paradigmática de la coherencia. Según Maier, "el adjetivo imparcial integra el concepto de juez, cuando se lo refiere a la descripción de la actividad concreta que le es encomendada a quien juzga y no tan sólo a las condiciones formales de la acción, es decir que determina el concepto de juez desde su función". (MAIER 1996: 739). Por el otro lado, este adjetivo en su significado más directo va unido indisolublemente a la acción de juzgar y su utilización como adjetivo al sustantivo que nombra a quien realiza la acción de juzgar (juez, árbitro).

En una reconstrucción tradicional del pensamiento estadounidense del derecho, dos teorías jurídicas radicales y opuestas –formalismo y realismo- se han disputado a lo largo de este siglo en la

constituidas mediante un procedimiento de abstracción que dentro de la multiplicidad de lo empíricamente dado, procede a coordinarlos en un cuadro coherente sin contradicciones. De este modo, el resultado de tal procedimiento de abstracción es siempre un tipo ideal, que por un lado, se diferencia de la realidad y no puede ser confundido con ella pero que, por el otro, debe servir instrumentalmente para la explicación de fenómenos en su individualidad. El tipo ideal es siempre empírico es decir un concepto límite ideal que debe proporcionar un esquema conceptual orientador para la investigación. Cada regla general del devenir y cada concepto general revisten un carácter típico ideal en este sentido. Las reglas generales del devenir son construcciones abstractas dotadas de una validez probable que revisten un significado heurístico, los conceptos generales son conceptos que ponen abstractamente de relieve los elementos esenciales de cierto fenómeno o cierto grupo de fenómenos, reuniéndolos en un cuadro libre de contradicciones y que se organizan en diversos niveles de generalidad. Como conceptos típicos ideales los conceptos sociológicos pueden ser empleados en consecuencia con miras a la explicación de los fenómenos sociales tomados en su individualidad.

modalidad de “oscilación pendular” o “desarrollo espiralado” (BERGALLO 2008: 245), la preeminencia en la explicación del razonamiento y decisión judicial, en particular en relación al valor de las normas, a su relevancia; y estas posturas teóricas tienen implicancias directas en la forma de evaluar las decisiones pero, a la vez, también en las prácticas, es decir en los presupuestos que guían la acción de los actores.

Aún a riesgo de simplificar, y no dar cuenta de la complejidad de este debate, algunas dimensiones del mismo resultan interesantes a los fines de este estudio.⁴ Para el formalismo, que puede ser pensado como determinante del pensamiento legal clásico de fines del siglo XIX y del siglo XX, el derecho prevé una solución clara para cada caso, y se obtiene mediante el razonamiento silogístico. Por otro lado, existen un conjunto de aproximaciones críticas que pretenden subrayar la radical indeterminación del derecho y el carácter ideológico y político de la decisión judicial. En este sentido, al formalismo ante las normas y los conceptos jurídicos, se puede contraponer el realismo que tiene una actitud escéptica ante el valor de las normas y la posibilidad de predecir en función de éstas. (NINO 1980).

El realismo es un movimiento de pensamiento, cuya primera manifestación en el contexto anglosajón se dio a principios del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Este movimiento realiza a nivel metodológico un giro empírico, separa el “es” del “deber ser” y pone en tela de juicio la pretendida objetividad y coherencia lógica del derecho; se socava la distinción entre creación y aplicación del derecho, entre derecho y política. En tal sentido, “el realismo surge como una reacción anti-formalista: el rechazo de la racionalidad del derecho como un conjunto principios, doctrinas y reglas estáticas, perennes, contenidas en casos del common law” (BARRERA 2010). Para los realistas, el derecho en general, y la decisión en particular, son productos de la dinámica política y social y lejos de ser ajenos a las tensiones de dicha dinámica, la reproducen.

En el marco del debate entre realistas y formalistas, aparecen las corrientes legales contemporáneas constructivistas: la teoría de la racionalidad discursiva de Habermas, la teoría de los derechos de Dworkin, la teoría libertaria, la teoría legal feminista, la teoría de la raza (KENNEDY 1990: 1076) que tratan de encontrar formas de articular el decisionismo derivado de la creciente pluralidad de valores y principios y la creciente racionalización de la vida social en Occidente, la posibilidad de resolver racionalmente el tema de las contradicciones internas del pensamiento jurídico dogmático. En particular, podemos destacar los estudios críticos del derecho. Según García Villegas (2001: 9) el movimiento *Critical Legal Studies* (en adelante CLS) constituido a finales de la década de 1970, “recarga las baterías críticas que el realismo había enfilado contra el pensamiento jurídico liberal en las primeras décadas del siglo”. Sin embargo el alcance político de sus postulados y el bagaje teórico a partir del cual diseña estos postulados se apartan sustancialmente de lo que fue el realismo.⁵

⁴ Para profundizar este tema véase (BERGALLO 2008) y (BARRERA 2010).

⁵ Para los realistas, el derecho en general, y la adjudicación en particular, son productos de la relación política y social que, lejos de ser ajenos a las tensiones de dicha dinámica, las reproducen. El vehículo concreto que introduce

La crítica de los CLS contra el pensamiento dogmático, y de manera específica, contra su pretensión de crear un sistema de normas aplicadas de manera neutral por los jueces, está menos fundado en un problema de lenguaje como lo creían los realistas, esto es en la imposibilidad de fijar el sentido de las normas jurídicas, que en un problema político que consta de dos premisas: primero la interpretación jurídica está siempre, incluso en los llamados “casos fáciles”, (ver capítulo 3) marcada por tensiones entre valores opuestos que no pueden resolverse de manera racional o jurídica, y segundo, ante estas dicotomías valorativas opuestas, los jueces eligen aquellos valores compatibles con el *statu quo*.⁶ Por eso justamente los críticos se apartan de los realistas en cuanto a la posibilidad,

constantemente la ideología en la adjudicación es la utilización cotidiana de argumentos de conveniencia pública en las decisiones de los jueces. Surgido entre los años de la entre guerras, de la reacción frente a la interpretación clásica del derecho que surge del positivismo formalista y de las interrogaciones subrayadas por la respuesta de la *sociological jurisprudence*, que cuestionaba la idea según la cual las decisiones judiciales eran la conclusión lógica de un conjunto determinado de principios, obtenidos al término de un proceso analítico objetivo y cuasi mecánico. La escuela realista americana bajo la impronta de Karl Llewellyn, buscaba inducir a los juristas e investigadores en temas legales a tomar en cuenta los factores sociales que influyen en la evolución del derecho. Para una definición más amplia de realismo. Véase (LLEWELLYN 1930, 1931) y los nueve puntos que enumera. Entre ellos se destacan algunos puntos específicos al realismo, y otros compartidos con otras corrientes. Los específicos son la separación temporaria entre el ser y deber ser a los fines del estudio, la desconfianza frente a las normas para predecir el funcionamiento de los tribunales, la confianza en agrupar casos en categorías más pequeñas, la insistencia en evaluar cualquier parte del derecho en términos de sus efectos y finalmente la insistencia en construir un programa de investigaciones en torno a estos puntos y problemáticas.

⁶ De modo esquemático podemos decir que los casos difíciles son aquellos en los cuales el ordenamiento jurídico no proporciona una respuesta clara al problema planteado bien sea por dificultades de interpretación a nivel normativo o a nivel fáctico o en ambos niveles. Veremos algunos puntos centrales del libro de Hart (1961) que permiten comprender el concepto de “caso difícil” y luego el paso de Kennedy hacia la fenomenología de la decisión, hacia el contraste entre los fallos y el relato de la decisión, el foco en la dimensión política de lo técnico. En el concepto del derecho, Hart critica tanto la versión formalista como la versión realista del razonamiento jurídico. La idea para Hart es pensar un punto intermedio, es decir, la coherencia del derecho está garantizada en la mayoría de las disputas jurídicas, los casos fáciles, donde las normas identificables son interpretadas de forma unívoca. Cuando las normas no sugieren al juez un resultado en particular, ya sea porque no existe una única regla o principio relevante para el caso o porque la regla existente es vaga, el juez que no puede negarse a decidir argumentando incertidumbre, no descubre la solución en el derecho vigente, sino que la crea. Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas, tendrán lo que se ha dado en llamar una “textura abierta”. (HART 1992: 159) La textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto cuyo peso varía de caso a caso. (HART 1992: 168). Aunque Hart sostuvo que las prácticas jurídicas estaban conformadas primordialmente por casos fáciles, la creciente importancia de algunos fallos judiciales en casos constitucionales controvertidos, le dio relevancia también a su teoría sobre los casos difíciles. Sin embargo, la existencia de estos casos difíciles no debe ocultar la especificidad de la legalidad: “En todo sistema jurídico hay un importante y amplio campo abierto al ejercicio de la discreción por los tribunales y por otros funcionarios o pautas inicialmente vagos, resolviendo las incertidumbres de las leyes, o desarrollando y acondicionando las reglas que sólo han sido comunicadas en forma muy general por los precedentes revestidos de autoridad. Sin embargo, por importantes que sean estas actividades y por insuficientemente estudiadas que estén, no deben ocultar el hecho de que tanto la estructura dentro de la cual tienen lugar, como su principal producto final, consisten en reglas generales”. (HART 1992: 169) Este tipo de cuestiones, la existencia de casos difíciles, y el pasaje de la cuestión de la discrecionalidad de los jueces a la descripción de la toma de decisiones, a la lógica y pasos en el razonamiento judicial son algunos de los nudos estudiados en esta tesis. Según Kennedy (2010: 85) lo que propone Hart, (y Kelsen), la existencia de un área de indeterminación pareciera inevitable para todas las normas. Y esta indeterminación puede significar solamente que podemos predecir con gran certeza qué es lo que el intérprete hará con el problema que se le presenta. En otras ocasiones, significa que existe una “verdad de la cuestión” independiente de los operadores del derecho, incluso si es probable que los intérpretes estén desacuerdo sobre cuál es esa verdad. Para los CLS, el punto importante es que no proveen una descripción de cómo es que la situación se encuadra como localizada en la

planteada por estos últimos, de reconstruir la neutralidad del derecho por medio de políticas públicas o del equilibrio entre principios opuestos.

Los críticos participan del debate iusfilosófico contemporáneo que los estudios constructivistas buscan resolver: ¿Qué razones tienen los jueces para resolver los casos difíciles? O bien: dado un problema de interpretación jurídica en el cual varias soluciones aparecen como plausibles ¿qué criterios usa el juez para escoger la solución adecuada? Este debate está ligado a la distinción entre principios y reglas jurídicas y por esa vía al problema de la elección jurídica racional de principios o valores en conflicto.⁷ Muchas teorías legales contemporáneas constructivistas apuestan a que existen métodos de interpretación y de razonamiento que operan como verdaderos límites a la discrecionalidad de quienes aplican del derecho y que, en consecuencia, garantizan la unidad y la coherencia de las prácticas interpretativas. Los críticos niegan toda posibilidad de racionalidad en este campo y remiten la explicación de estas decisiones al ámbito político; la elección entre los pares opuestos es un asunto que no depende del derecho sino de la opción política del juez o del funcionario público en el momento de interpretar y aplicar el derecho.

Kennedy en su artículo "Una alternativa fenomenológica de izquierda a la teoría de la interpretación jurídica de Hart y Kelsen" parte de las ideas de estos teóricos clásicos como representantes del positivismo jurídico y considera que la discrecionalidad de los jueces deja ser tratada como una consecuencia de los materiales jurídicos o de los casos para ser tratada como un atributo inerradicable de la decisión sobre la estrategia de trabajo que adoptará cada juez en pos de alcanzar algún resultado al interpretar los materiales o resolver los casos (KENNEDY 2010: 85 a 104).

Podemos decir que en la obra de Kennedy encontramos un nuevo paso en el debate conceptual respecto de los casos difíciles y realiza un giro hacia el estudio sociológico de la decisión judicial que nos proponemos. Este jurista tiende un puente para pensar la decisión judicial desde el proceso, desde los textos y desde los actores, su objeto de investigación es justamente este puente. En este sentido Kennedy

penumbra o marco, de manera tal que no se dispone de una respuesta correcta determinada. Los CLS rechazan la idea de que la determinación y la indeterminación sean "cualidades" o "atributos" inherentes a la norma, independientemente del trabajo del intérprete. (KENNEDY 2010) La afirmación de los CLS era, de acuerdo con Dworkin (1992) que los principios, las políticas y los derechos y por cierto las visiones de mundo, son todos parte de las fuentes del derecho comúnmente desplegadas, pero también contra Dworkin, que éstas están en inerradicable conflicto, dentro de cada uno de nosotros tanto como entre nosotros. Su presencia conflictiva está reflejada en el más concreto sistema de normas jurídicas válidas que los CLS siguiendo el realismo jurídico entienden siempre como compromiso complejo de esos conflictos.

⁷ Para Schmitt (2009) en Max Weber hallamos las respuestas más claras y, en este punto, las más honestas que se han dado a esta pregunta. Según ellas, es el individuo humano quien, en completa libertad para decidir de modo puramente subjetivo, pone los valores. De este modo evita Weber la absoluta prescindencia valorativa del positivismo científico y le contrapone su cosmovisión libre, es decir, subjetiva. La libertad puramente subjetiva de la elección de valores conduce empero a una lucha eterna de los valores y las cosmovisiones, a una guerra de todos contra todos. (...) Que nos hayamos desencantado de los viejos dioses y que éstos se hayan convertido en meros valores con validez hace a la lucha fantasmal y a los que luchan, hombres que desesperadamente pretenden tener razón (...) A las virtudes se las practica; a las normas se las aplica; las órdenes se ejecutan; pero los valores se ponen e imponen. Quien afirma su validez tiene que hacerlos valer". (SCHMITT 2009: 129, 130, 132).

se preocupa por la vivencia de los actores situados respecto de los materiales jurídicos. Esta vivencia, por su parte, nunca es definitiva.

Con vistas a estudiar desde esta óptica la subjetividad del juez al momento de decidir, el libro *Libertad y restricción en la decisión judicial de Kennedy* (1999) centra toda la atención en la descripción de la experiencia personal del juez en un caso concreto. Es el caso de un sindicato de chóferes de colectivos en huelga que obstruyendo la calle impiden que salgan los buses. A priori según Kennedy la ley dictaminará que los trabajadores no pueden impedir que el patrón utilice los buses durante la huelga:

Dada mi orientación general, el trabajo que pretendo realizar en este caso tendrá dos objetivos que bien pueden entrar en conflicto entre sí. Quiero que estos trabajadores en particular se salgan con la suya al obstaculizar la salida de los buses y quiero desplazar la ley, tanto como me sea posible, en aquella dirección que permitiría a los trabajadores en general, un cierto control, legalmente legitimado sobre los medios de producción durante una huelga (...) Pero la estrategia que me interesa discutir aquí es aquella que consiste en un ataque frontal a la aplicación de la norma que estipula que los trabajadores no pueden en modo alguno obstaculizar la utilización de los medios de producción de la compañía (...) Lo que he intentado hacer hasta ahora es transformar el caso que estoy estudiando y articularlo jurídicamente como un problema constitucional de libertad de expresión. (KENNEDY 1999: 115)

Este movimiento hacia lo que acontece en la práctica, se aleja tanto de la idea hartiana de describir la adjudicación desde afuera como del proyecto dworkiniano de describir y evaluar la tarea del juez desde adentro. Según Kennedy, en su trabajo cotidiano, el juez experimenta tanto la sensación de libertad para crear derecho, como la sensación de restricción causada por la obligación de aplicar los materiales jurídicos existentes, las normas, los códigos:

Este ensayo intenta describir el proceso de argumentación jurídica tal y como imagino ocurriría si yo fuese un juez al que se le asigna un caso de aquellos que desde el primer momento parece presentar un conflicto entre lo que "la ley" exige y "la-sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar (...) Tratándose, como se trata de la fenomenología de la decisión judicial, no veo qué diferencia puede haber en que me aproxime al problema desde esta situación específica antes que desde cualquier otra. Toda la experiencia del derecho es suficientemente similar en su médula como para que, sin importar por donde se comience, el resultado final sea muy parecido. O quizá, también es posible que no exista una experiencia unívoca y continua de lo que se entiende por legalidad independientemente del papel que se quiera desempeñar y de la posición inicial que se tome frente a cada caso específico. (KENNEDY 1999: 91)

De acuerdo con el esquema clásico legal, la tarea de creación de derecho corresponde a los órganos representativos de gobierno, tales como el Congreso, cuyas decisiones tomadas vía regla de mayoría poseen una autoridad derivada del respaldo electoral de sus miembros, legitimidad democrática. La legitimidad del Poder Judicial, se funda no en el respaldo democrático electoral, sino

en la pericia técnica para “aplicar” imparcial y objetivamente los mandatos preexistentes del derecho. Kennedy según Moro, “Al cuestionar la plausibilidad de esta distinción entre la tarea de creación y la tarea de aplicación de las normas, Kennedy desestabiliza uno de los pilares básicos de la autoridad política en nuestras sociedades”. (MORO 2010: 15).

Según Kennedy es posible para un juez y para cualquier intérprete del derecho en general trabajar en pos de la obtención de un resultado determinado sin estar violando al hacerlo el deber de “fidelidad al derecho”. El resultado puede estar, y a menudo está motivado por preferencias ideológicas del intérprete, que orientan su agenda en el contexto de su posición institucional: La discrecionalidad deja de ser tratada a la manera de dos teóricos clásicos a los que Kennedy se enfrenta, Hart y Dworkin como una consecuencia de los materiales jurídicos (determinados o indeterminados) o de los casos difíciles para ser tratado como un atributo inerradicable de la decisión sobre la estrategia de trabajo que adoptará cada juez en pos de alcanzar algún resultado al interpretar los materiales o resolver los casos. Kennedy habla de una interacción: los materiales jurídicos son vividos como una restricción pero que no puede ahogar la libertad de intentar moverlo, desplazarlo, malearlo a menudo con “éxito”. (MORO 2010: 16).

A través de este caso se plantea la decisión judicial y su relación con el razonamiento del juez, como una lógica particular frente a otras decisiones. Esta racionalidad, esta sentencia a la que se quiere llegar, pareciera enmarcada por principios que rigen el sistema de justicia, por códigos y fórmulas, pero al mismo tiempo hay una discrecionalidad de opciones. Esta “hibridez racional” (MOREIRA 2007) como característica del razonamiento de los jueces plantea nuevos interrogantes: si los jueces cambian, ¿cambia el derecho? Y si fuera así, ¿Qué es, entonces, lo legal? Para responder a esto Kennedy propone que volvamos al concepto de formalismo en Weber (KENNEDY 1990).

II. LA DECISIÓN JUDICIAL DESDE UNA MIRADA SOCIO-LEGAL

Como desarrollamos en el punto II. C de la Introducción, habría una tendencia por parte de las ciencias sociales de descartar la dimensión técnica del derecho. Una de las explicaciones de este fenómeno, dice Latour, es el presupuesto según el cual:

El derecho sería una suerte de envoltorio de las relaciones de poder (...), el fastidio mortífero de los asuntos técnicos tendría la función de distraer la atención de los más vulnerables, encubriendo con un camuflaje elaborado las relaciones de poder, que por cierto se debería aprender a trastocar (LATOURE 2002: 152) (mi traducción).

Frente a esto ¿Cómo pensar una mirada sociológica que encare seriamente el “blindaje técnico”, y pueda estudiar el derecho de forma micro?⁸ En este punto parece interesante regresar a los orígenes de la sociología del derecho como disciplina, en particular a los textos de Weber.

⁸ En este sentido, podemos citar a Tarde quien describe el miedo que la filosofía le tiene al derecho: “De todos los dominios de la vida social, el Derecho es aquel en el cual la especulación filosófica se ha empleado menos en nuestros días. Se ha manifestado ésta en la filología y la mitología comparadas, en política, en moral, en estética; pero los

Weber (1922) distingue dos posibles perspectivas para el estudio del derecho: los estudios empíricos de la acción, entre los cuales están la sociología, y las ciencias dogmáticas, entre ellas, la jurisprudencia. En esta dicotomía la ciencia del derecho se propone encontrar normas idealmente válidas, mientras que la sociología investiga sobre qué ocurre en una sociedad, el hecho que sus miembros crean en la validez de un orden, y orienten su conducta en función de éste. Weber demuestra que es factible estudiar lo jurídico en términos socio-legales, sin tener que elegir entre el punto de vista social o legal. La idea es replantear la distinción tajante entre análisis externo (y crítico), y análisis interno -estudio de los asuntos técnicos y doctrinarios, con el objetivo de superar la "mirada oblicua" sobre lo legal que caracteriza generalmente a las investigaciones desde las ciencias sociales. Según Bourdieu,

Las dos visiones antagonistas, internalista y externalista, ignoran de manera común la existencia de un universo social relativamente independiente de las demandas externas al interior del cual se produce y se ejerce la autoridad jurídica. (...) Las prácticas y los discursos jurídicos son, en efecto, el producto del funcionamiento de un campo (...) los juristas mediante el trabajo de racionalización y de formalización al que someten al cuerpo de normas representan la función de asimilación adecuada para asegurar a través del tiempo la coherencia y la constancia de un conjunto sistemático de principios y de reglas irreductibles a la serie a veces, contradictoria, compleja y a la larga imposible con detalle, de los actos de jurisprudencia sucesivos. (BOURDIEU 2000: 158 y 159)

En tal sentido, el concepto de RLF, como modalidad de "pensamiento jurídico" es un tipo ideal para pensar la decisión judicial y su especificidad, más concretamente la aplicación de la ley (y no su creación, o la porosidad entre ambas). Basándonos en la definición weberiana de la legalidad veremos el rol esencial del formalismo como presupuesto, de la RLF, para pensar estos interrogantes. A través del estudio de las decisiones judiciales veremos cómo los elementos de la RLF determinan el razonamiento de los jueces, su forma de articular los argumentos y la resolución, sin que signifique una evaluación completa y exhaustiva del fenómeno estudiado.⁹

En el esquema de RLF de Weber la decisión judicial, el razonamiento legal, aparece como un problema con especificidades y contornos propios respecto a otras prácticas sociales, a otro tipo de decisiones. Y esta especificidad que dificulta pensar el derecho desde otras disciplinas, en nuestro

códigos le han producido el miedo, y ha dejado el Derecho a los juristas, la mina a los obreros" y describe las consecuencias "Este abandono del campo legislativo a los simples trabajadores (...) ha producido los resultados más perniciosos, para la ciencia del Derecho en primer término, que se ha cerrado en sí misma, permaneciendo estéril, rutinaria y sedentaria". (TARDE 1947: 11)

⁹ Según Vahinger, (1923) no es porque una idea probó su fecundidad en la práctica que sea verdadera en la teoría. El pragmatismo de Vahinger consiste en sostener que el valor de una idea o de una proposición depende de sus acciones u operaciones (tanto teóricas como físicas) de las cuales permite un logro. Sin embargo, esas operaciones no hacen parte del significado de la idea en cuestión y su éxito no permite inferir la validez o verdad de la idea. Vahinger reconoce el carácter esencialmente práctico del pensamiento humano que tiene vocación de traducirse en actos, en operaciones. Según el pragmatismo de Vahinger el valor de una idea o de una proposición depende de las acciones u operaciones (tanto teóricas como físicas) de las cuales permite el éxito. Sin embargo, esas operaciones no forman parte de la significación de la idea en cuestión, y su existencia no permite inferir la validez o la verdad de la idea.

caso, desde las ciencias sociales, es la que corresponde con una forma tautológica de definir el derecho desde el derecho. Según Latour,

Los comentaristas realizan numerosos esfuerzos para definir el derecho, todo intento de definición, por brutal o sofisticado que sea, termina siempre por agregar (...) el adjetivo de jurídico (...). Ya sea que se trate de establecer a través de la ley, la regla, la sanción, la autoridad, el bien común, el monopolio de la violencia, el Estado, siempre hay que precisar: "a condición que estén jurídicamente fundamentados". (...) Para describir el derecho de forma convincente, hay que estar, (...), instalado en él" (LATOURET 2002: 273 y 274) (mi traducción).

En un régimen de derecho continental europeo como, el que rige en nuestro país (a diferencia del sistema de origen anglosajón de *Common Law*), cada decisión concreta es la aplicación de una proposición legal abstracta a un caso concreto, a través de la lógica racional legal, y como el derecho es un sistema completo de proposiciones legales o al menos debería ser pensado así, no hay grandes problemas a la hora de resolver un caso.¹⁰

La racionalidad legal lógica formal, puede resumirse en cinco puntos:

- 1) cada decisión concreta es la aplicación de una proposición legal abstracta a un caso concreto,
- 2) para cada hecho concreto debe ser posible deducir una decisión de las prescripciones jurídicas abstractas por medio de la lógica legal,
- 3) el derecho objetivo vigente figura en un sistema sin fallas de prescripciones jurídicas o lo contiene de forma latente o al menos debe ser pensado así para poder ser aplicado,
- 4) lo que no puede ser construido legalmente es legalmente irrelevante,
- 5) la acción social humana debe ser visualizada como una aplicación o ejecución de prescripciones legales o por el contrario, como una infracción, porque el orden jurídico es, en razón

¹⁰ La dicotomía entre sistemas jurídicos, de *Common Law* y de *Civil Law* suele ser una forma de pensar y caracterizar la decisión judicial, su dinámica con lo institucional, el estilo, el tipo de discurso. Las tradiciones del *Civil law* y del *Common law* parecieran, según la teoría jurídica y la sociología del derecho (véase WEBER 2008 y BOURDIEU, 2000), diferir desde un punto de vista sustancial; la primera reenviaría a decisiones formales, escuetas, impersonales, silogísticas, la segunda a decisiones creativas con amplio desarrollo argumentativo, con lugar para disidencias, votos personales y argumentos éticos y políticos (LASSER 2005). A esta primera distinción que podríamos resumir, entre aplicación y creación de derecho, se le suma una diferencia en los métodos respecto a las reglas de interpretación y a la jerarquía de las fuentes. En el *Common Law*, primaría el razonamiento inductivo, fundado en la jurisprudencia: al descubrir semejanzas entre el caso que se debe resolver y otros casos ya resueltos, se buscaría la regla a la que obedeció la solución de esos casos anteriores y finalmente se aplicaría aquella regla al caso planteado. En el sistema continental europeo el razonamiento respecto de los precedentes es menos complejo puesto que la regla *stare decisis* (fuerza obligatoria de los precedentes) no es tan fuerte si la decisión puede fundarse en una razonable interpretación de los textos legales vigentes. Es decir, las leyes escritas y codificadas constituirían, las fuentes primeras del derecho civil. Sin embargo a esta forma de describir la distinción podría contraponerse una más matizada. Para Nino: "Podría decirse que la distinción entre los sistemas del *Common Law* y los de tipo continental se limita a una cuestión de grado respecto de la extensión de las áreas cubiertas por la legislación o por las normas jurisprudenciales y a la mayor o menor fuerza obligatoria que se asigne a cada una de esas especies de normas." (1980: 293). Es decir, más allá de las divergencias, se constata que en todas las decisiones se anuda un diálogo con decisiones pasadas, con sus lógicas, y de este modo tanto en el estilo, el método, como en el contenido, la decisión judicial como práctica permite de algún modo cuestionar la distinción tajante entre ambos sistemas. En particular, estas porosidades se vuelven más visibles en el marco de la internacionalización de la justicia ya que los jueces citan decisiones extranjeras, intercambian argumentos, se producen nuevos diálogos entre jurisdicciones y por lo tanto entre sistemas.

de la ausencia de fallas del sistema jurídico, una conducta fundamental de toda conducta social. (WEBER 1922: p. 509).

Según Serverin (2005), esta presentación en forma de presupuestos resume el ideal perseguido por una parte de la doctrina jurídica en Europa, la de los profesores de derecho. Desde este esquema, se distingue claramente la aplicación del derecho, de su creación, siendo la primera, una acción "racional en función de valores" (WEBER 1922: 20), o sea, que no se tienen en cuenta las consecuencias, el resultado: una vez que se identifica la norma que se aplica al caso (a través de un análisis lógico de las normas existentes) nada por fuera del derecho puede influir en la decisión, y esto diferencia la lógica formal de una lógica material.¹¹

Para Weber, un derecho es formal cuando lo jurídico material y lo jurídico procesal no tienen en cuenta más que características generales, unívocas de los hechos. Este formalismo ofrece dos aspectos. Puede suceder, en primer lugar que las características jurídicamente relevantes sean de orden sensible. Por ejemplo, cuando se exige que una determinada palabra sea pronunciada, que se estampe una firma o que se ejecute una acción cuyo significado simbólico ha sido establecido definitivamente de antemano. Puede ocurrir también que las características jurídicamente relevantes hayan sido obtenidas por medio de una interpretación lógica, para construir con ellas una serie de conceptos jurídicos claramente definidos, a fin de aplicarlos a partir de reglas rigurosamente abstractas. El rigor del formalismo de orden externo resulta atemperado por esta racionalidad formal, pues desaparece el aspecto unívoco de las características externas. Pero de este modo se agudiza la oposición frente a la racionalización material.

En la decisión de los problemas jurídicos según el derecho racional material pueden influir ciertas normas cuya dignidad cualitativa es diversa de la que corresponde a las generalizaciones lógicas que se basan en una interpretación abstracta: imperativos éticos, reglas utilitarias o de conveniencia, o postulados políticos que rompen tanto con el formalismo de las características externas como de la abstracción lógica. (WEBER 1922: 511). Una sublimación jurídica específicamente técnica en el sentido actual sólo es posible sin embargo en cuanto el derecho posee este carácter formal. Únicamente la abstracción interpretativa hace posible la tarea sistemática que consiste en ordenar y racionalizar, con ayuda de la lógica, las reglas jurídicas cuya validez se acepta, formando con ellas un sistema coherente de preceptos abstractos.

A través del ideal de la RLF, la calidad técnica del derecho, su racionalidad, puede volverse un objeto para las ciencias sociales, el conocimiento legal y las prácticas jurídicas, una cultura en sí, y en este sentido, ya no hay necesidad de recurrir a lo social como algo externo, lo legal deviene una modalidad particular de lo social, un tipo de enfoque, un punto de vista. Ahora bien, ante esta conceptualización sobre el carácter formal –técnico- de la decisión judicial, Latour (2002: 289),

¹¹ Respecto de la noción de operadores del derecho, Barrera explica refiriéndose a los secretarios de la Corte: "La idea que opera en las secretarías va en la dirección de conformar sus trabajos al modelo ideal de la adjudicación. Aquí, los burócratas son vistos como máquinas, o operadores del derecho". (BARRERA 2008: 11) (mi traducción).

advierte: "Pretender definir al derecho a partir de sus normas (o reglas), es como reducir las ciencias a conceptos". En tal sentido, (y en oposición a la interpretación habermasiana de Weber) (HABERMAS 2001), Latour añade: "si se ha dado tanta importancia a la norma (regla) para la definición de lo jurídico, es porque se ha debido confundir el derecho y la política" (2002: 290). Ahora bien, ¿En qué sentido la RLF de Weber confundiría concretamente entonces estas dos modalidades?

II. LA DECISIÓN JUDICIAL Y LO POLÍTICO

La conjunción "y" asocia palabras, conceptos, quizás cosas, que no pertenecen a la misma categoría. Dicha conjunción se atreve a desafiar el orden, la taxonomía, la lógica clasificatoria, de cualquier forma que opere: por analogía, distinción u oposición.

Jacques Derrida, *Fuerza de ley*

El trabajo de Weber nos permite pensar la relación del derecho con lo político desde una teoría del Estado en la dominación legal, y que este tipo ideal de dominación sería aún hoy heurísticamente válido. Weber caracteriza al Estado moderno como una administración legal administrativa y su creación como la manifestación de un fenómeno de racionalidad creciente. ¿Qué sucede con esta caracterización en el marco de la mundialización? ¿Se podría hablar de una redefinición del Estado, de la soberanía, de la legalidad, de una nueva racionalidad?

Weber establece una relación entre la racionalidad formal del derecho y el tipo de legitimidad característica de la modernidad, es decir la creencia en la legalidad de la dominación. Lo político es entonces una realidad que se construye en el intercambio que conduce a una dominación. Sin embargo, el que domina debe justificar su dominación. Para Weber, la política es entonces una lucha, pero un orden no puede perdurar sin justificaciones; el poder no puede ser sin razón (Brhuns et Duran, 2009, p. 8). En este sentido, según Rocher y Coutu, para quien quiera entender las relaciones existentes entre la esfera de la política y del derecho es necesaria "una reflexión que se centre sobre la idea de legitimidad". (ROCHER Y COUTU 2005: 2).

La dominación legal se identifica por su sumisión a reglas objetivas e impersonales y presupone un orden jurídico axiológicamente neutro, centrado en la racionalidad formal; tenemos por último una legitimidad basada en la legalidad en la creencia en la validez de preceptos legales y en la competencia objetiva fundada sobre normas racionalmente creadas, es decir en la orientación hacia la obediencia a las obligaciones legalmente establecidas. (WEBER 1918: 85)

En el plano ideal típico, la dominación legal se sustenta en la identidad de los órdenes jurídicos y políticos, es decir el tipo ideal de dominación legal racional se basa en la identidad del derecho y el Estado que Kelsen (1935), elabora en su libro la *Teoría pura del derecho*, donde reflexiona sobre el derecho como ciencia:

El Estado es pues, un Estado jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización. (KELSEN 1935: 189)

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. (...) Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho, desaparece ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica. (KELSEN 1935: 195, 196)

Según Kelsen, el Estado en tanto que organización de dominación o de aparato de coacción representa necesariamente un sistema de normas de coacción, un orden normativo. El poder del Estado no es otra cosa que la efectividad del orden jurídico, es decir la norma se vuelve motivo efectivo de la conducta humana:

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden (...) Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. (...) No hay identidad pues entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. (KELSEN 1935: 50)

Un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho solo si la Constitución con la cual se relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. (KELSEN 1935: 65)

Al oponer la efectividad y la validez, Kelsen funda la validez del orden jurídico estatal sobre la presunción de una norma original que instituye la autoridad suprema y vuelve legítima la creación de normas jurídicas a cargo de ésta autoridad. Kelsen hará de la norma fundamental un presupuesto epistemológico, una ficción necesaria al conocimiento del derecho, pero sin contenido real. De este modo la norma original se parece a la relación formal de obediencia que Weber, a través de la construcción ideal típica, propone como fundamento de un orden.

El Estado representa de hecho, el orden jurídico que corresponde a la plena legalización de la dominación en Weber. Kelsen, de modo similar a Weber, pone de relieve diferentes elementos que caracterizan la calidad de un funcionario, en particular la designación por un acto administrativo, la

sumisión a una obligación de servicio cuya ejecución está garantizada por sanciones disciplinarias y el ejercicio continuo y exclusivo de la voluntad estatal. Estas convergencias no deben ocultar la incompatibilidad epistemológica fundamental entre ambos autores. Para Kelsen el principio de identidad del derecho y el Estado constituye un presupuesto necesario para todo conocimiento adecuado del orden jurídico y político.

Otra diferencia es respecto al concepto de lo político. El concepto de Estado en Weber, como monopolio de la violencia legítima, significa esencialmente la aplicación regular de normas jurídicas y las sanciones frente a su transgresión. En esta óptica, la noción de lo político, de Weber es similar a la de Schmitt. Este último distingue la actividad orientada políticamente, por ejemplo la de los grupos de presión que busca influir la dirección de un grupo político, de la actividad política en el sentido pleno del término, que sólo puede ser definida por su medio específico, el recurso a la violencia física. Cuando Schmitt escribe "el concepto de Estado presupone el concepto de político" estamos frente a una caracterización idéntica a la de Weber que asocia Estado y monopolio de la violencia legítima. La monopolización de la violencia física se traduce en el caso límite por la posibilidad de determinar al enemigo. Este concepto de Estado es objeto de reflexión crítica desde la teoría legal y la teoría política.

En este punto, en la teoría weberiana la reducción de la unidad política en su forma más racionalizada, es decir, el Estado, a un orden jurídico objetivo e impersonal, sirve únicamente a los fines de la construcción ideal típica. El tipo puro de la dominación legal, es una forma pura, que la realidad histórica no traduce jamás de manera unívoca. Es sólo un presupuesto metodológico. Del mismo modo, la RLF corresponde a una forma de dar coherencia a la estructura burocrática racional de dominación. El Estado puede ser considerado en dos niveles, como formación social y como institución jurídica y en consecuencia la ciencia del Estado se descompone en dos disciplinas diferentes, social por una parte, jurídica, por otra.

En este sentido, la distinción entre doctrina sociológica y doctrina jurídica del Estado se volvió necesaria luego de la tecnificación del derecho público y de la consideración del Estado como persona jurídica que había derivado de tal tecnificación. A su vez la tecnificación del derecho público era la consecuencia natural de la concepción del Estado como Estado de derecho, como Estado concebido principalmente como órgano de producción jurídica y en su conjunto como ordenamiento jurídico. Para Weber la distinción entre el punto de vista jurídico y sociológico se traduce en la diferenciación entre validez empírica y validez ideal. El estudio del Estado para la sociología se convierte en un capítulo de la teoría de los grupos sociales, de los cuales una especie son los grupos políticos, que a su vez se vuelven Estados cuando están dotados de un aparato administrativo que logra con éxito apropiarse del monopolio de la fuerza, en un determinado territorio. (BOBBIO 1996: 74).

Resumiendo, el tipo ideal de la dominación legal-racional se apoya en el postulado de la identidad del derecho y el Estado, en la aplicación exclusiva de una racionalidad jurídica de tipo formal. La administración burocrática representa el arquetipo de esto. Desde la mirada de la legitimidad de la dominación, la burocracia, más allá de los motivos fácticos de la docilidad, explica la obediencia de los agentes basada en una creencia puramente formal en la regularidad de los reglamentos y directivas.

IV. EL FUNCIONARIO, EL POLITICO Y EL CIENTÍFICO

Otra forma de pensar la decisión judicial como objeto de investigación, es poner el foco en la experiencia personal del juez en un caso concreto. Desde esta óptica, el análisis del contenido de la decisión judicial puede entonces contrastarse con el análisis de quienes participan en el proceso de construcción de la misma, buscando, de este modo, entender el fenómeno desde el "punto de vista" interno de los sujetos (GEERTZ 1994).¹² Según Bourdieu,

El canon jurídico es como una reserva de autoridad que garantiza de forma similar a un Banco Central, la autoridad de los actos jurídicos singulares. Ello explica la débil inclinación de los hábitos jurídicos a las poses y a las posturas proféticas y al contrario, la propensión especialmente visible en los jueces al rol de lectores que se refugian cuando menos detrás de la apariencia de una simple aplicación de la ley y que cuando se encuentran con el acto de creación jurídica tienden a disimularlo. (BOURDIEU 2000: 172 y 177)

En este sentido, la regla extraída de un caso precedente no puede jamás ser pura y simplemente aplicada a un nuevo caso porque no hay jamás dos casos perfectamente idénticos y porque el juez debe determinar, si la regla aplicada al primer caso, puede, o no puede ser extendida de manera que incluya el nuevo caso. En pocas palabras, el juez, lejos de ser siempre un mero ejecutor que deduciría de la ley las conclusiones directamente aplicables al caso particular, dispone de una autonomía parcial que constituye ciertamente la mejor medida de su posición dentro de la estructura de la distribución del capital específico de autoridad jurídica. Según Setién de Ravina:

La conclusión de Bourdieu como sociólogo se asemeja a la de Duncan Kennedy como jurista, el sistema de decisión judicial, rechazaría las posiciones extremas que no encajasen en la finalidad última de mantenimiento del status quo que busca el derecho legalista liberal. (SÉTIEN DE RAVINA 2000: 68).

¹² En una sentencia judicial, como en todo relato aparece un narrador que vuelve creíble el relato y al hacerlo, da forma a la realidad. Esto es particularmente notable con los escritos judiciales que, basados en hechos supuestamente concretos, comprobados y reales, elaboran una historia que cuentan los jueces. Una cuestión interesante para el análisis del relato judicial es prestar atención a los puntos de partida del narrador (SOZZO 2004). Por otro lado, en "los relatos jurídicos ocurre otro tanto. Empezada la ley, hay que componer una interminable zaga de juicios de asimilación que consta de pedazos descriptivos, prescriptivos, miméticos (sentimientos), de pensamiento (lógica) y de relaciones imprecisas que tejen la unidad (narración) y que permiten la continuación con los mismos pedazos. (...) Los poetas y los legisladores se sirven de las emociones para descubrirles relaciones, para elaborar racionalmente las experiencias (...) Falta el juicio de valor, no está en el mundo (se le impone). Falta la conexión con lo sentido (el empirismo es un sinsentido)." (MARTYNIUK 2008: 1112 y 1113).

Mediante el formalismo jurídico, el jurista puede defender la existencia de un método propio, neutral, capaz de dar una solución justa usando principios universales o universalizables, idóneos para legitimar la decisión jurídica por sí misma. Y no hay duda de que la pretensión de la doctrina jurídica y del procedimiento jurídico a la universalidad que se lleva a cabo mediante el trabajo de formalización contribuye a fundar su "universalidad práctica":

(...) La creencia en el orden jurídico, tácitamente convenida, debe ser reproducida sin cesar y es una de las funciones del trabajo propiamente jurídico de codificación de las representaciones y de las prácticas éticas (...) es decir a la creencia en la neutralidad y en la autonomía del derecho y de los juristas. El derecho es una ciencia dotada de su metodología propia y fundada en la realidad histórica, usando para ello como intermediario, entre otras cosas, el análisis de jurisprudencia. (BOURDIEU 2000 : 218).

El lenguaje jurídico queda vaciado de contenidos políticos o éticos, apareciendo como una forma neutra y universalizable por la propia construcción del razonamiento. La estructura global legal es racional y racionalizante a la vez, esto permite mantener la creencia en la neutralidad y validez del derecho sin el soporte de una creencia irracional en el propio formalismo de la ley:

El efecto más específico de la formalización jurídica, (...) la fuerza de la forma, (...) hacer desaparecer las excepciones y la vaguedad de las regularidades de conducta débiles, (...) introduce en las relaciones sociales una claridad, una previsibilidad y como consecuencia una racionalidad (...) La codificación, al objetivar en una regla o en un reglamento escrito los esquemas que gobiernan las conductas en la práctica y están dentro del discurso, permite ejercer lo que se puede denominar como efecto de homologación (...) una forma de racionalización que puede entenderse, siguiendo a Max Weber, como previsibilidad y calculabilidad. (BOURDIEU 2000: 214 y 215).

Sin embargo desde una óptica socio legal, se plantean algunos límites a los modelos de análisis racional-normativo que asumen el comportamiento de los actores judiciales como una respuesta estratégica. A la vez se plantea la relación entre las estrategias concientes de los actores, la racionalidad de sus acciones, con la estructura del sistema judicial, y más ampliamente del campo legal. En este sentido se puede indagar la correspondencia entre el concepto de RLF como tipo ideal y el concepto de funcionario en Weber.

El análisis de inspiración weberiana supone que los actores sociales tienen algo que decir sobre la realidad que contribuyen a construir. La concepción que tienen de sus propias prácticas y pensamiento es también un hecho social. La tarea de la sociología comprensiva es entonces la de elaborar tipos ideales de conducta, formas de acción social que pueden ser discernidas de manera recurrente en el modo de comportamiento de los individuos humanos.

Weber distingue entre una acción racional con arreglo a fines y una acción con arreglo a valores. Esta última está "determinada por la creencia consciente en el valor, ético, estético, religioso o de cualquier otra forma en que se lo interprete, propio y absoluto de una determinada conducta, sin relación alguna con el resultado, o sea puramente en méritos de ese valor" (WEBER 1922: 20). Por

acción racional con arreglo a fines, Weber entiende que actúa racionalmente con arreglo a fines, quien oriente su acción en consonancia con el fin, los medios y las consecuencias implicadas en ella y para lo cual sopesa racionalmente los medios con los fines, los fines con las consecuencias implicadas y los diferentes fines posibles entre sí.

En la perspectiva de Weber, la burocracia es el modo de administración apropiado, en su forma pura, al ejercicio de la dominación racional legal y representa una manifestación del proceso de racionalización en el sentido que Weber le da a esta expresión, es decir, a la expansión creciente de una racionalidad formal, fundada en la aplicación metódica de reglas y procedimientos que permite la previsión. En la perspectiva de Weber no hay que separar el estudio de la administración y el de la dominación.

Según Weber :

En el marco de la dominación legal, los miembros de la asociación, en tanto que obedecen al soberano, no lo hacen por atención a su persona, sino que obedecen a aquel orden impersonal; y que sólo están obligados a la obediencia dentro de la competencia limitada, racional y objetiva a él otorgada por dicho orden... (WEBER 1922: 174).

A esto hay que añadir el principio de jerarquía administrativa o sea la ordenación de autoridades fijas. Su aplicación exige en ambos casos para que se logre la racionalidad una formación profesional.

Tenemos que ver con claridad que toda acción éticamente orientada puede ajustarse a dos máximas fundamentalmente opuestas: puede orientarse conforme a la ética de la convicción o conforme a la ética de la responsabilidad. No es que la ética de la convicción sea idéntica a la falta de responsabilidad o la ética de la responsabilidad a la falta de convicción (...) no son términos opuestos sino elementos complementarios (WEBER, 1918:176).

Mientras que el funcionario debe sacrificar sus convicciones a la ejecución de una orden, es decir a un deber de obediencia, el dirigente político debe sentirse personalmente responsable de las medidas que toma, aunque renuncie a sus a esas convicciones:

El espíritu normal de la burocracia racional hablando en términos generales, es el siguiente: formalismo, exigido ante todo para garantizar las oportunidades personales de vida de los interesados (...) en contradicción aparente y en parte real con esta tendencia de esa clase de intereses está la inclinación de los burócratas a llevar a cabo sus tareas administrativas de acuerdo con criterios utilitario o materiales al servicio de los dominados (...) este utilitarismo materialista suele manifestarse revestido con la exigencia de los correspondientes reglamentos, formales de nuevo y en la mayoría de los casos tratados de modo formalista (...) La dominación de la impersonalidad formalista, *sine ira et studio*, sin odio y sin pasión o sea sin amor y sin entusiasmo sometida tan sólo a la presión del deber estricto, sin acepción de personas formalmente igual para todos, es decir para todo interesado que se encuentre en igual situación de hecho así lleva el funcionario ideal su oficio. (WEBER 1922: 179, 180).

La burocracia tiende a asumir un rol político más o menos directo, a veces preponderante, aunque permanece lejos de las luchas políticas, porque no obedece al principio de responsabilidad, sólo rinde cuentas a sí misma. La legalidad formal en la democracia moderna es, según Weber, demasiado débil para garantizar la legitimidad de la dominación y debe ser completada por una forma carismática de legitimación de la autoridad. Aquí se plantea la naturaleza eventualmente decisionista del pensamiento político y jurídico de Weber, el límite entre el político y el funcionario.

En resumen, la racionalidad jurídica formal, fundada en la norma objetiva e impersonal coexiste con la decisión, la cual se basa en elementos materialmente racionales, en parte emocionales. En el apartado siguiente veremos, a través del concepto de RLF, la relación intrínseca entre el juez como funcionario y el saber técnico. Según Bourdieu,

Debe observarse también el antagonismo estructural que, en los sistemas más diversos opone las posiciones de los teóricos dedicados a la pura construcción doctrinal, a las posiciones de los prácticos preocupados exclusivamente por la aplicación (...) De un lado, la interpretación que mira hacia la elaboración puramente teórica de la doctrina, monopolio de los profesores que tienen a su cargo la enseñanza bajo una forma normalizada y formalizada, de las reglas en vigor. Por otro lado, valoración práctica de casos particulares, privilegio de los jueces que llevan a cabo los actos de jurisprudencia y que pueden así, al menos en algunos casos, contribuir también a la construcción jurídica. (...) De la misma forma el juez de primer instancia (...) está ligado al teórico del derecho puro y al especialista de derecho constitucional por una cadena de legitimidad que elimina de sus actos la característica de violencia arbitraria. (BOURDIEU 2000, p. 168).

De este modo, la racionalidad burocrática es solidaria de un saber, o sea, de una práctica administrativa fundada en este saber. La adquisición de este conocimiento técnico implica una calificación profesional, atestada por un examen o un diploma que regula el reclutamiento del funcionario. La administración burocrática significa, entonces, dominación gracias al conocimiento, éste representa su carácter racional fundamental y específico. Por otro lado, si bien la ciencia sigue estando imposibilitada para determinar las elecciones últimas de los valores, puede sin embargo establecer, una vez que este objetivo está alcanzado, cuáles son los medios para lograr el resultado buscado. El conocimiento científico modela la actividad política y destaca las consecuencias previsibles de la acción que permiten evaluar la importancia de los efectos no deseados, y tener en cuenta los costos y los sacrificios que el objetivo en sí mismo implica.

Conclusión

En resumen, si bien Weber siempre desestimó la pretensión de extraer de la ciencia imperativos políticos, nunca rechazó, sin embargo, el apoyo de la ciencia para una decisión política. El conocimiento no es solamente la condición indispensable para el desarrollo de la ciencia, constituye también la base necesaria para una acción real y eficaz. El trabajo de la ciencia contribuye

tanto a la explicitación de los valores y juicios subyacentes a una acción, como a comprender el alcance práctico de sus efectos. Se traza aquí, el límite entre el funcionario y el científico.

Concretamente, este marco conceptual permite analizar fallos poniendo en evidencia los sentidos que los actores adjudican a su actividad. Estudiamos los elementos del formalismo presentes en la cultura legal, el formalismo modela la subjetividad del juez pero también los textos jurídicos. Las convicciones de los jueces, la relación entre hechos y derecho, entre objeto procesal y argumentación no están ausentes, pueden estudiarse entonces desde la cultura legal formal, y a nivel epistemológico recurriendo a un ida y vuelta entre las concepciones del formalismo y del realismo respecto de la decisión judicial.

Bibliografía

- BARRERA, L. (2008). Files Circulation and the Forms of Legal Experts: Agency and Personhood in the Argentine Supreme Court. *Journal of Legal Anthropology*. 2008, 1, 3-24.
- BARRERA, L. (2010). Derecho y Sociedad. Historia, Crisis y Nuevas perspectivas. *Revista argentina de Teoría Jurídica*. Buenos Aires, Universidad Torcuato Di Tella. 2010 [On line]. 11 Disponible en: http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=6288&id_item_menu=5858
- BERGALLO, P. (2008). El derecho y las ciencias sociales: ni siquiera una relación incómoda. 2010 [On line]. Disponible en: http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/09Jurica11.pdf.
- BOURDIEU, P. (2000). Elementos para una sociología del campo jurídica. En P. Bourdieu y G. Teubner. (Eds). *La fuerza del derecho*. Bogotá, Siglo del Hombre, 2000.
- CATOGGIO, S. (2007, noviembre, 5-7). Sobre las potencialidades heurísticas del concepto de 'estrategia'. Una contribución al debate conceptual. En Facultad de Ciencias Sociales. *Jornadas de Sociología*. Universidad de Buenos Aires, 2007.
- DWORKIN, R. (1992). *El imperio de la justicia*. Barcelona, Barcelona, 1992.
- DWORKIN, R. (1997a). *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 1997.
- DWORKIN, R. (1997b). Cómo el derecho se parece a la literatura. En *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Bogotá, Siglo del Hombre, 1997, 15-89
- GARAPON, A. y ALLARD, J. (2005). *Les juges dans la mondialisation, la nouvelle révolution du droit*. Paris, Seuil, 2005.
- GARCÍA VILLEGAS, M. (2001). *Sociología jurídica. Teoría y Sociología del derecho en Estados Unidos*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001.
- GEERTZ, C. (1994). *Conocimiento local: otros ensayos sobre la interpretación de las culturas*. Barcelona, Paidós, 1994.
- HABERMAS, J. (2001). *Facticidad y validez, Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta, Madrid, 2001.
- KELSEN, H. (1935). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: EUDEBA. 1994.
- KENNEDY, C. (2010). *Izquierda y Derecho, Ensayos de teoría jurídica crítica*, Buenos Aires: siglo XXI editores, 2010.
- KENNEDY, D. (1990). The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality or Max Weber's Sociology. Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought. *Hastings Law Journal*. 55, 1031-1076, 1990.
- KENNEDY, D. (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá, Uniandes, 1999.

- LASSER, M. (2005). *Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- LATOUR, B. (2002). *La fabrique du droit, une ethnographie du conseil d'Etat*, Paris: La Découverte, 2002.
- LATOUR, B. (2008). Reensamblar lo social: una introducción a la teoría del actor-red. Buenos Aires, Editorial Manantial, 2008.
- LLEWELLYN, K. N. (1930-1931). Some realism about realism, responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*. 44, 1222-1256.
- MAIER, J. B. J. (1996). *Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 1996.
- MARTYNIUK, C., (2008). Parece Aceite, estética y normatividad, en Gargarella, R., *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, 1109-1157.
- MOREIRA, M. (2007). La pericia antropológica como saber científico y como prueba judicial. *Revista Antropología y Derecho*, 2007, 6, 22-27.
- MORO, G., (2010), Introducción, en Kennedy, D. *Izquierda y Derecho, Ensayos de teoría jurídica crítica*, Buenos Aires, siglo XXI editores, 2010, 11-22.
- NINO, C. S. (1980), *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires, Astrea, 1980.
- RILES, A. (2006). Comparative Law and Socio-legal studies. En Reinhardt Zimmerman and Mathias Reimann (Eds). *Oxford Handbook of Comparative Law* (Número), 2006, 775-814.
- ROCHER, G. (1986). "Le droit canadien: un regard sociologique". En Ivan Bernier et Andrée La joie, (Eds.) *Le droit, la société, l'économie*. Ottawa, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 1986.
- ROCHER, G. (2007). Le regard oblique du sociologue de droit. En Noreau P.(Ed.), *En la mirada del otro / in the eye of the beholder*. París, Editions Thémis, 2007.
- ROCHER, G. y COUTU M. (2005). *La légitimité de l'Etat et du droit. Autour de Max Weber*. Québec, Presses Université de Laval, 2005.
- RODRÍGUEZ, C. (1999). Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces. Kennedy D. (Ed.), *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Uniandes, Bogotá, 1999, 19-88.
- RODRÍGUEZ, C.(1997). Teoría del derecho y decisión judicial, en torno al debate entre H.L.A. Hart y Dworkin, R. Estudio preliminar. En Rodríguez C. (estudio preliminar) *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Bogotá, Siglo del Hombre, 1997, 15-89.
- SCHMITT, C. (1960). *La tiranía de los valores*. Buenos Aires, Hydra, 2009.
- SERVERIN, E. (2000). *Sociologie du droit*. Paris, Editions la Découverte, 2000.
- SETIÉN DE RAVINA, C. M. (2000). La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu. En Setién de Ravina. (Ed.). *La fuerza del derecho*. Bogotá, Siglo del Hombre, 2000.
- SOZZO, G. (2004). El derecho fundamental al patrimonio cultural en estado gaseoso (La narrativa de los casos jurisprudenciales como solvente). *Revista de Derecho Ambiental*. 2004, 10, 49-80.
- TARDE, G. (1947). *Las transformaciones del derecho*. Buenos Aires: Atalaya, 1947.
- VAHINGER, H. (1923). *La philosophie du comme si*. Editions Kimé: Paris, 2008.
- WEBER, M. (1918). *El político y el científico*. Madrid, Alianza, 1975.
- WEBER, M. (1922). *Economía y Sociedad*. México, Fondo de cultura económica, 2008.