

## JUECES, NUEVO DERECHO Y BUROCRACIA\*

Recibido: oct. 10 / 05

Aprobado: oct. 18 / 05

**FRANCISCO J. AYALA SANMIGUEL\*\***

---

\* Abogado, Universidad de los Andes. Especialista en Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Colombia. Candidato a Magister en Derecho, Universidad de los Andes.

\*\* En esta ponencia expongo algunos planteamientos de mi tesis de Maestría, intitulada *La máquina de hacer justicia: Una aproximación a la justicia como organización burocrática*. Agradezco a Camilo Borrero por su permanente acompañamiento y comentarios, y a Leonardo García Jaramillo por la fraternal polémica que hemos tenido sobre los temas del presente trabajo.

## RESUMEN

En este ensayo se indagará por la posibilidad de implementar el modelo del juez hermeneuta dentro de una justicia organizada burocráticamente. Para ello repasaremos en primer lugar la discusión histórica que en teoría jurídica ha dado lugar a la noción de juez argumentador. En segundo lugar la lectura que –desde esta perspectiva teórica– se ofrece de la “pasividad” de los jueces, dada tradicionalmente en términos jurídico-ideológicos o en la condición individual del funcionario judicial. Frente a esto, proponemos aquí una explicación sociológica afincada en la idea de la burocracia como forma de organización que implica la maquinización de las relaciones productivas, también en lo jurídico (o, específicamente, en lo judicial). Para ello miraremos brevemente el significado de la organización burocrática dentro del Estado Moderno y su incidencia respecto a un grupo de tareas específicas asignadas al Estado como son las realizadas por las judicaturas. Finalmente se constatará cómo sobre las judicaturas confluyen dos lógicas que resultan a la larga adversas: por un lado, la lógica jurídica, entendiendo por ella un proceso del conocimiento del derecho cada vez más amplio y depurado; de otro lado, la lógica organizacional propiamente burocrática, que implica necesariamente “limitación”. El enfrentamiento de estas dos lógicas plantea una tensión irresoluble en medio de la cual se desarrolla la administración de justicia.

**Palabras clave:** Jueces, hermenéutica, interpretación exegética, burocracia, disciplina.

## ABSTRACT

The purpose of this essay is to investigate the possibility of introducing the hermeneutic judge model into a bureaucratically organized justice. In this order, the historic discussion of the legal theory in which the concept of the hermeneutic judge has taken place will be briefly reviewed. This article will also review the interpretation that this theoretical perspective has on the judges’ “passivity”, just as it has been traditionally seen in juridical an ideological terms or in the judges’ individual condition. In regards to this, a sociological explanation is proposed founded on the conception of bureaucracy as a way of organization in which productive relations and juridical matters are taken as mechanical processes. In order to do this, the text will briefly study the meaning of the bureaucratic organization in the Modern State and its incidence on a group of specific tasks assigned to the State (i.e. the tasks carried out by the judicatures). Finally, the way in which two opposite logics converge on the judicatures will be established: on one hand, the juridical logic, taken as a process of law knowledge that is much wider and specific by the day; on the other hand, the bureaucratic organizational logic that necessarily implies a “limitation”. The confrontation between these two logics creates a tension that can’t be resolved, in which the justice administration takes place.

**Keywords:** Judges, hermeneutic, exegetical interpretation, bureaucracy, discipline.

## INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo me propongo discutir hasta qué punto es posible — desde una perspectiva sociológica— que nuestra actual administración de justicia asuma en su integridad las implicaciones metodológicas que implica esa forma de concebir lo jurídico que en nuestro contexto hemos dado por llamar el “nuevo derecho”. Esta perspectiva obliga a la vez a entrar a discutir uno de los planteamientos principales del trabajo antecedente, desarrollado por Leonardo García J.: ¿Hasta qué punto la concreción del ideal del nuevo derecho en nuestro medio, depende de las virtudes o calidades humanas de los funcionarios judiciales?; ¿la superación de la exégesis está en la erradicación de nuestra judicatura del juez-legalista y su reemplazo por el juez virtuoso, interdisciplinario, humanista?; ¿para hacer realidad el cambio hermenéutico *hasta* con obrar un cambio en la condición individual o humana de los jueces?

En el ámbito de las clases de teoría jurídica o afines, frecuentemente se afirma que el “papel” de los jueces ha cambiado: ellos no se limitan ya a seguir pasivamente la ley positiva, tampoco deben quedarse mudos ante las lagunas del derecho. Ahora ellos deben “crear” el derecho, a través de los nuevos

modelos de interpretación o hermenéutica jurídica, recurriendo al mundo axiológico que hay detrás del ordenamiento y a una especial sensibilidad frente a las circunstancias del “caso concreto”. Se afirma además que esta nueva idea de la función judicial se asumió en nuestro ordenamiento con el Estado Social de Derecho (ESD), en la Constitución de 1991 y a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Esto ha traído intensos debates ideológicos: ¿Un juez “creador” de derecho se acomoda a los postulados clásicos de legalidad y seguridad jurídica? Sin embargo aquí investigaremos cómo el debate planteado en estos términos “ideológicos”, desconoce un problema que lo antecede: ¿Hasta qué punto es posible implementar en términos prácticos este modelo del juez “creador”, dadas las condiciones de nuestra administración de justicia como organización burocrática? ¿Puede un juez-*funcionario*, insertado en una *disciplina* burocrática (normalizado), asumir el papel “activo” que le atribuye los nuevos modelos hermenéuticos? ¿Depende dicho papel “activo” de la “buena voluntad” de los jueces? ¿Hay condiciones sociológicas (no ideológicas) que determinan la exégesis como método común de interpretación en las instancias burocratizadas de la justicia?

En este trabajo se indagará por la posibilidad de implementar el modelo del

juez hermeneuta dentro de una justicia organizada burocráticamente.

Repasaremos en primer lugar la discusión histórica que en teoría jurídica ha dado lugar a la noción de juez argumentador. En segundo lugar la lectura que –desde esta perspectiva teórica– se ofrece de la “pasividad” de los jueces, dada tradicionalmente en términos jurídico-ideológicos o afincados en la condición individual del funcionario judicial. Frente a esto, proponemos una explicación sociológica basada en la idea de la burocracia como forma de organización que implica la maquinización de las actividades productivas, también en lo jurídico (específicamente, en lo judicial). Para ello miraremos brevemente el significado de la organización burocrática dentro del Estado Moderno y su incidencia respecto a un grupo de tareas específicas asignadas al Estado como son las realizadas por las judicaturas, en particular la “interpretación” del derecho.

#### EVOLUCIÓN DE LA MISIÓN DEL JUEZ DESDE LA TEORÍA JURÍDICA

El discurso actual sobre la misión del juez proviene de un conocimiento teórico del derecho, de una serie de reflexiones sobre la esencia o el concepto de lo jurídico, que determinan a su vez una progresiva complejización de la labor judicial.

La pregunta que ha cruzado

tradicionalmente el campo de la teoría jurídica es si el derecho consiste únicamente en lo que está en los textos legales (códigos, leyes, sentencias) o “algo más”, ubicado en el mundo de los principios éticos o morales: es la clásica disputa entre positivismo y iusnaturalismo. Esta vieja pregunta esencialmente teórica sobre lo que “es” el derecho, se ha reencauchado en lo que hoy conocemos como hermenéutica jurídica: ¿El que pretende conocer el derecho *correctamente* qué debe hacer?, ¿debe atenerse al texto de la ley?, ¿debe, buscar las razones históricas que la determinaron o los valores que la inspiraron?, ¿debe mirar las consecuencias sobre las circunstancias sociales actuales?, ¿debe, al fin de cuentas, ir más allá para encontrar el valor justicia? Como hay un sujeto “privilegiado” conocedor del derecho que es el juez, estas preguntas hacen referencia directamente a la forma en que el juez debe acometer sus funciones.

Ahora bien, de este discurso sobre el “mejor” conocimiento del derecho viene la idea del juez “activo” y del juez “pasivo”. Para explicar esto hay que hacer notar lo siguiente: la evolución de la hermenéutica jurídica ha supuesto una progresiva “complejización” de la labor judicial. En efecto, desde la reacción a la exégesis proveniente de los trabajos de la última mitad del XIX (v. Ihering y Geny, entre otros) se ha aceptado de forma más o menos uniforme (excepción hecha del positivismo kelseniano de corte cientifista) que el

juez para tomar una decisión "adecuada" –justa– en un caso concreto debe ir más allá del texto de la ley; debe tener en cuenta además la singularidad de los hechos y la base axiológica del ordenamiento que interpreta. Sin embargo, como en esta labor de "adaptación" puede colarse la "subjetividad" del juez, parece que la labor de la teoría jurídica de los últimos cincuenta años ha sido buscar una metodología que asegure una respuesta jurídica que provea justicia material al caso concreto, sin que ello determine una ruptura con el ordenamiento jurídico que surge del consenso democrático.

Ahora bien: ¿en qué sentido este discurso implica una complejización de la función judicial? En algo tan sencillo como esto: desde la exégesis el juez no debía hacer nada diferente a mirar los hechos del caso, buscar la norma del ordenamiento que los previera y aplicar a "rajatabla" en sus sentencias las consecuencias jurídicas allí prescritas. Ahora en cambio, con la evolución de la hermenéutica jurídica, el juez debe mirar naturalmente los hechos del caso y la norma, pero lejos de conformarse con esto, debe mirar las características sociológicas de tales hechos, así como los antecedentes históricos de las normas que ahora interpreta, las consecuencias que de ella se podrían derivar en las circunstancias actuales, los valores que inspiran el ordenamiento jurídico, etc. Aquí puede servir de ejemplo la ya conocida teoría del derecho como integridad de R. Dworkin,

mediante la metáfora de la novela en cadena: el juez para tomar una decisión correcta en cualquier caso concreto no debe limitarse a los textos jurídicos positivos, sino que debe hallar los principios que subyacen la práctica jurídica de su comunidad, asumiendo todo el ordenamiento jurídico (tanto en su extensión temática como en su profundidad histórica) para lograr hallar una respuesta correcta en cada caso concreto. Su sentencia es sólo un nuevo capítulo totalmente coherente con la narración (interpretación) más plausible del contexto jurídico en que se encuentra.

En conclusión, la actual teoría jurídica promueve un juez que no se conforma con aplicar el derecho positivo sin consideración alguna al caso concreto, pero a la vez tampoco llega al exceso de creer que "su" sentido de justicia deba ser el criterio general para resolver los casos concretos. El juez argumentador o hermeneuta es ante todo aquel que se preocupa por encontrar un criterio "objetivo" de justicia para resolver una situación determinada, indagando dicho criterio tanto en los textos positivos, como en los principios éticos morales o políticos que subyacen el ordenamiento jurídico, como en las condiciones sociológicas que rodean la situación determinada.

JUECES ACTIVOS Y PASIVOS  
DESDE UNA PERSPECTIVA DE  
TEORÍA JURÍDICA (ACADÉMICA)

Ahora bien, desde la anterior perspectiva un juez "pasivo" es aquel que asume la aplicación mecánica de la ley, pese a las ventajas que las "nuevas metodologías" comportarían para la aplicación más coherente y más justa del ordenamiento jurídico a los casos concretos, las que a su vez parten del supuesto de un juez "activo".

Es interesante observar cómo un asunto teórico como el de la mejor forma de interpretar el derecho, ha terminado convirtiéndose en un marco conceptual desde el cual se hace una crítica política a nuestras judicaturas. Se dice así que en América Latina es progresivamente más notorio el divorcio entre el derecho y la sociedad. Se afirma que buena parte del ordenamiento jurídico se encuentra en total desconexión con la realidad social, económica y cultural de nuestros países (FARIA, 1995: 81). Aunque esto puede tener diversas causas se le imputa buena parte de la responsabilidad a los jueces: se afirma que mientras en los países desarrollados o centrales la judicatura ha tomado un papel protagónico en la transformación social, en los países subdesarrollados o periféricos los jueces (en su mayoría) se han mostrado impermeables a los cambios sociales.

El cambio del rol de los jueces de los países centrales tuvo origen en diversas causas. En primer lugar, la conciencia desde finales del siglo XIX de que la exégesis era un método de interpretación del derecho inadecuado

para una sociedad en constante evolución incapaz de ser "encapsulada" en un código. Por otra parte, en la segunda posguerra parece haber plena claridad sobre la necesidad de superar cualquier tipo de positivismo, ante la obligatoriedad de reconocer la existencia de unos valores universales ineludibles en un ordenamiento racional con una moralidad o eticidad mínima. En tercer lugar la constitucionalización del derecho (devenida de lo anterior) parece haber impuesto a los jueces la búsqueda de métodos que permitieran encontrar respuestas "jurídicas" respecto a normas muy generales que no contemplaban situaciones de hecho específicas: pasamos pues de la lectura detallada de párrafos e incisos a la ponderación de principios o intereses. Esto desembocó en un "activismo" judicial, pues el juez se sale en sus decisiones del marco dispuesto por la ley, para lograr justicia material en los casos concretos. Este activismo jurídico devendría a su vez en político, en tanto que el poder judicial se vería avocado eventualmente a desconocer las decisiones del "receptáculo" de la voluntad popular (el legislador) o a invadir órbitas propias del ejecutivo (como las presupuestales).

Por alguna razón los jueces de nuestros países subdesarrollados (o la mayoría) se sustrajeron a esta nueva concepción de la función judicial, incluso —para nuestro caso— a pesar de cambios normativos que apuntarían en la dirección del "nuevo" modelo de juez. Estos jueces han seguido creyendo en

el viejo dogma del respeto irrestricto de la ley (consignada en viejos códigos) en medio de una complejidad social aún mayor que la existente en los países centrales: extremas desigualdades sociales, sistemas políticos excluyentes, diversidad étnica, globalización, etc. Estos jueces –se afirma– son “cínicos”, insensibles ante las necesidades de una sociedad que demanda una solución a sus crecientes conflictos. Todo ello devendría en una creciente ilegitimidad del sistema jurídico y en su irrelevancia social (es decir, en la incapacidad de imponer “orden” en la sociedad). De acuerdo a lo dicho anteriormente, aplicar mecánicamente la ley es más “fácil” que la búsqueda de una decisión “jurídicamente correcta” donde se logre justicia material en el caso concreto guardando coherencia con el ordenamiento jurídico. Según esto la mayoría de nuestros jueces han optado por el camino “fácil”, cuando las circunstancias exigen que los jueces sean responsables y se apersonen de su papel para lograr una aplicación más equitativa y coherente del ordenamiento jurídico a las relaciones sociales. De ahí que se hable de la irresponsabilidad social de las judicaturas latinoamericanas (SAEZ GARCÍA, 1998: 29).

¿Qué determina esta desafortunada situación? Lo que he encontrado en mi investigación es que estas razones normalmente están dadas en términos de ideología política y de doctrina jurídica, al lado de una suerte de “condiciones personales del juez”. Por

limitaciones de espacio se podría decir de las primeras que hacen referencia al “contexto” en el que se desarrolla en la función judicial y entre ellas se destacaría el régimen político: mientras en los países centrales el activismo judicial se dio en medio de sistemas abiertamente democráticos, en Latinoamérica la función judicial ha tenido que convivir con regímenes autoritarios lo que habría conllevado que –en cierta medida, como estrategia de supervivencia– los jueces hubieran optado por mantener un modelo de corte liberal clásico, donde su independencia radicaba exactamente en mantenerse políticamente neutros, asegurando a su vez la no intervención de otros poderes en el restringido ámbito de su actividad –la aplicación del derecho a los litigios entre partes individuales mediante el silogismo judicial–: por lo tanto se afirma, “la independencia de los jueces en la matriz liberal es compatible pues con regímenes no democráticos” (SANTOS, 1995: 20).

Más interesante es observar las razones “jurídicas”. Ellas apuntarían a sostener que la pasividad judicial encuentra como causa directa una determinada “mentalidad de los jueces”, una “cultura jurídica técnico-profesional”. No puedo aquí ahondar en el difícil concepto de “cultura”; bastaría decir que por “cultura jurídica”, podemos entender “el conjunto de orientaciones hacia valores e intereses que configuran un patrón de actitudes frente al derecho y los derechos y frente a las instituciones del Estado que producen, aplican, garantizan

o violan el derecho y los derechos” (SANTOS, 1995: 21). En consecuencia nuestros jueces tienen una forma de conocer, comprender y “concebir” el derecho orientada por el legalismo, el positivismo o, sencillamente, el respeto irrestricto a la ley. ¿Qué hace que esto sea así?

Desde la perspectiva que yo llamaría teórico-académica se identifica una primera gran causa que podría ser la raíz de todas las siguientes: el hecho de pertenecer a una “familia y cultura jurídica”, de la que dependen variables tales como “el tipo de razonamiento jurídico prevaleciente, el papel del juez y del abogado, la forma como se enseña el derecho y la jerarquía de sus instancias productoras” (GARCÍA, 2003: 27). En nuestro caso, perteneceríamos a la tradición romano-germánica por una doble vía: la herencia colonial española y el modelo revolucionario francés. Esta familia jurídica se caracteriza por la adopción de la forma racional y perfección técnica de la que gozaba el derecho romano a las nuevas necesidades del capitalismo en la Europa continental: un derecho racional, coherente y sistemático en donde el derecho práctico se asimila en principio a la ley escrita o legislada, por oposición al *common law* donde (a la manera feudal) el derecho fue formado a partir de los usos sociales reconocidos en la jurisprudencia, adquiriendo así el estatuto de precedentes de obligatorio cumplimiento. Se comprende así que en esta última tradición el papel del juez sea

primordial dentro de la estructuración y desarrollo del sistema jurídico, mientras en el sistema “romano-germánico” el papel del juez habría estado relegado al de mero aplicador de la norma legislada.

Este rol “pasivo” de la función judicial (inoculado para nosotros desde la legislación hispánica) se vería además reforzado con la adopción del modelo revolucionario francés de división de poderes cuyo objetivo era proteger las ramas ejecutivas y legislativas de una indebida interferencia del poder judicial, el cual era visto como un reducto del viejo régimen. La interpretación exegética del derecho respondería a la intención de que el poder judicial se sometiera a los otros dos, en particular el legislativo.

Una segunda causa de esta “cultura jurídica legalista”, vinculada estrechamente con lo anterior, estaría relacionada con la forma de enseñanza del derecho (SILVA, 2001: 101). Se afirma que “el conservadurismo de los jueces [es] incubado en facultades de Derecho intelectualmente anquilosadas, dominadas por concepciones retrogradadas de la relación entre derecho y sociedad” (SANTOS, 1995: 21); la crítica en este sentido podría resumirse así: el derecho se enseña de forma memorística ateniéndose únicamente al texto (artículos e incisos) de los códigos y las leyes, sin hacer referencia a los hechos históricos, contexto axiológico y circunstancias sociológicas que rodean el mismo. Esto crearía un tipo de

abogado (y un tipo de juez) especialista en los tecnicismos de la dogmática jurídica, capaz de identificar el derecho válido para un caso concreto, pero ignorante respecto a las motivaciones, las relaciones o los efectos de las normas.

Lo anterior generaría en nuestra comunidad jurídica un "paradigma normativo" en la comprensión del derecho, un "modelo mental" que dominaría la concepción de lo jurídico en nuestros países y que podría resumirse así: a) hegemonía del legislador en la producción del derecho –legocentrismo–; b) omni-comprendibilidad –no hay vacíos ni lagunas en el derecho–; c) sistematicidad y coherencia –no hay antinomias en el sistema jurídico o pueden ser resueltas mediante reglas técnicas de segundo orden–; d) coercibilidad –sólo son jurídicas las normas con consecuencias de hecho claras o unvocas; no lo son por ejemplo los principios políticos o morales–; e) pureza: el sistema jurídico es políticamente neutro –la argumentación jurídica es concebida de manera mecánica y la única tarea del juez es comprobar los hechos–; f) literalidad: asumir el texto de la ley es el método hermenéutico preponderante. Este "modelo mental" o paradigma normativo dominaría la cultura jurídica de nuestros países y determinaría la pasividad de los jueces (LÓPEZ, 2004: 337-379)<sup>1</sup>.

Al lado de esto, habría que hacer referencia finalmente a una explicación afinada en algo así como las "Condiciones individuales del juez". Esta explicación tendería a vincular el actuar exegético (pasivo) de nuestros jueces con la dificultad que implica otro modelo de interpretación. De acuerdo a lo dicho anteriormente, aplicar mecánicamente la ley es más "fácil" que la búsqueda de una decisión "jurídicamente correcta" donde se logre justicia material en el caso concreto guardando coherencia con el ordenamiento jurídico. Según esto, nuestros jueces son positivistas y exegéticos, porque la mayoría de ellos han optado por el camino "fácil" y un cambio en este sentido requeriría no sólo de nuevos paradigmas teóricos, sino además, de las "virtudes" del juez en tanto "persona": un juez *valiente* que quiera optar por el camino difícil.

#### DESCONFIANZA A LA CRÍTICA TEÓRICO-ACADÉMICA DE LA PASIVIDAD DE LOS JUECES

En mi opinión esta explicación de la pasividad de los jueces es "academicista". De acuerdo a lo anterior el problema de nuestra judicatura radica, ya sea en el paradigma jurídico (concepción del derecho) imperante, ya sea en la calidad humana del personal destinado a aplicar el ordenamiento, ya sea en ambas. Si esto es cierto, es dable pensar que la solución al problema de

<sup>1</sup> En este mismo sentido cfr.: (CEPEDA, 1989: 439).

nuestra administración de justicia (el apego irreflexivo a la ley, a pesar de las demandas sociales) dependería de dos cambios fundamentales: por un lado, cambiar el paradigma legalista por un paradigma que tenga un concepto más "amplio" de lo jurídico, lo que en definitiva se vería reflejado en una nueva forma de enseñar el derecho, en un nuevo tipo de educación jurídica capaz de transformar aquel cuadrículado abogado, técnico de los artículos y los incisos, por un jurista en el sentido cabal del término, un humanista, un académico con formación interdisciplinaria. Pero para que esto tuviera incidencia en nuestra administración justicia, sería además indispensable cambiar a aquellos viejos jueces "facilistas", por los nuevos buenos jueces, aquellos virtuosos, valientes, prudentes, modestos, firmes, etc., ojalá debidamente "togados" para darle altura estética a la mayor dignidad que ahora ostenta el cargo. Así se afirma:

*"El juez que responde a las exigencias del Estado social de derecho y no desentona con el nivel implícitamente impuesto por la jurisprudencia constitucional, es el que además de conocer la legislación y aplicarla sin prevaricar, cometer faltas disciplinarias o delitos (cohecho, concusión o tráfico de influencias, por ejemplo), ha desarrollado o vinculado a su labor ciertas virtudes –o 'rasgos de carácter' como dice Atienza– tales como valentía y discreción para*

*ejercer debidamente su función, y coraje para enfrentar los riesgos que acaece; imparcialidad e independencia respecto a las partes, sus colegas, las otras ramas del poder público y los medios; un juez sin prejuicios ni pactos burocráticos. Un juez con la capacidad, tanto de conmiseración para aproximarse al problema, como de considerar más adecuadamente los pros y contras en los casos donde hay serios costos morales para una de las partes o para la sociedad; y consciente de la necesidad de capacitarse permanentemente, que rinda en lo cuantitativo sin ir en demérito de lo cualitativo.*

*Virtudes, bien entre otras, sin las que no se puede ser un buen juez, un juez como el que demanda la Constitución de 1991 (...) Demandamos del nuevo juez ese perfil –implícito en la Constitución del 91– porque el otro, el safarote, descuidado, superficial y hasta irresponsable, nos parece lejano a la evolución que el derecho ha venido teniendo en estos trece años de nuevo constitucionalismo que les exige a los jueces que escriban a mano alzada", que "respondan a mano alzada" en casos muy complejos en donde no tiene la excusa de que ese caso se tipifica en tal norma específica, que ese caso se resuelve, sin mayor inconveniente, con base en lo estipulado por el artículo tal de tal código" (GARCÍA, 2004: 13-15).*

¿Para cambiar el rol de los jueces en una sociedad, basta con cambiar las teorías sobre la mejor forma de interpretar el derecho, o con modificar las ideas sobre las relaciones entre derecho y realidad social?; ¿para hacer realidad el cambio hermenéutico *basta* con obrar un cambio en la condición individual –humana– de los jueces?

Digamos que, en principio, el tan añorado cambio de paradigmas ya se ha obrado para nuestro país hace casi quince años. Se afirma con frecuencia que desde el advenimiento de la Constitución de 1991 (en especial con la acción de tutela), “teóricamente” nuestro ordenamiento cambió de paradigma jurídico, al llamado nuevo derecho. Ahora los jueces ya no se limitaban a conocer el derecho positivo, ahora “creaban” derecho a través de la interpretación del ordenamiento y la observación atenta de las circunstancias sociales (las particularidades del caso concreto). Esta idea de la función del juez, se sostiene, se habría asumido cuando optamos por la fórmula política del ESD, y ella se ha desarrollado a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Sin embargo es notorio que, casi quince años después de estas transformaciones, buena parte de nuestra judicatura se ha resistido a adoptar el nuevo paradigma. En una actual y renombrada obra se afirma, en efecto, que hay en nuestra justicia una “bifurcación iusteórica”: “las tareas de adjudicación burocrática

estandarizada son confiadas a los jueces que aplican códigos y leyes; las tareas de corrección equitativa y justiciera de los códigos y leyes son confiadas a la jurisdicción constitucional. Para los primeros, por tanto, una comprensión formalista del derecho resulta natural y adecuada; para el ejercicio de la segunda función, en cambio, el derecho se desformaliza y permite la aplicación de metodologías de análisis distintas a las utilizadas en la aplicación clásica de la ley” (LÓPEZ, 2004: 439). Es decir, parece que el nuevo paradigma jurídico hubiera obrado efecto sólo en un reducido sector de las instancias judiciales: los magistrados de la Corte Constitucional.

¿A qué se debe que el nuevo paradigma jurídico no hubiera permeado todas las instancias, si “oficialmente” – formalmente– ya se operó este cambio? ¿Se debe acaso a una especie de “lealtad” con el viejo paradigma jurídico? ¿Será acaso producto del facilismo o cinismo de nuestros funcionarios judiciales? Si es así, ante la evidencia del cambio teórico... ¿debemos esperar ahora un cambio de “corazón” –del funcionario judicial– para que se haga realidad el nuevo derecho?

## ORGANIZACIÓN BUROCRÁTICA Y ESTADO MODERNO

Considero que hay un factor que influye directamente en la forma en que los jueces acometen su función, y que ha sido deliberadamente desconocido por

la teoría y/o la hermenéutica jurídica, o –mejor– por quienes desde allí critican o evalúan la forma en que los jueces cumplen su misión. Creo además que este factor se encuentra por encima de la “buena voluntad” del juez, y de cierta forma la determina. Me refiero a que la mayor parte de nuestra judicatura se encuentra sometida a un fuerte proceso de burocratización, dado que el aparato judicial está dispuesto para aplicar justicia para las “masas” y en “masa”. Esto de una vez limita el ámbito de aplicación de esta tesis: estoy hablando en particular de las instancias menores de justicia que son las que se encuentran destinadas a afrontar esta masificación, no –por el contrario– de las altas instancias que justamente tienen la capacidad de “seleccionar” los casos a los que se enfrentan.

Para sostener esto, es necesario referirse al sentido de la burocracia dentro del Estado Moderno y a la forma en que funciona la organización burocrática. Por último miraremos en qué medida esto afectaría la forma en que los jueces acometen sus funciones.

La burocracia surge en el Estado “absoluto”, de la pretensión del monarca de hacerse al “monopolio de la fuerza”. Para ello necesitó de la conformación de una fuerza militar (el ejército), pero a su vez requirió de un sistema a partir del cual asegurará la dependencia y obediencia constante de la fuerza militar al *poder central*, es decir su control. Ello lo logró por medio del pago de un

suelo mensual, así como de la profesionalización (dedicación exclusiva) y tecnificación de su labor, y el establecimiento de una estructura jerárquica dependiente a su vez del *poder central* pero privilegiado por éste en cuanto a sus salarios y su capacidad de mando. Además el control de la fuerza militar, en tanto control de una realidad compleja, determina el origen de una “metodología” que permita el logro de dicho fin. Esta metodología de “control” de la complejidad (en principio aplicado a la fuerza militar) es el germen de una organización burocrática.

El Estado moderno, en efecto, se ve obligado a encarar una serie de tareas que hasta entonces corrían a cargo de la familia, la iglesia o instituciones locales (por ejemplo, la apertura de vías de comunicación o la organización de instituciones pedagógicas). El Estado sufre un desarrollo “cuantitativo” (en tanto administrador de “masas” y extensos territorios), y por sobre todo “cualitativo”, dada la ampliación intensiva de las tareas administrativas, ocasionada por la complicación de la cultura (WEBER, 1989: 729). La cantidad y diversidad de las tareas a desarrollar obliga al poder a reorganizarse internamente de manera racional y en distintos oficios, siendo indispensable para su desempeño una adecuada preparación y una específica competencia (MATTEUCCI, 1998: 32). Surge entonces la figura del *funcionario* que, como el soldado, estaba ligado y dependía

jerárquicamente de la administración y de la voluntad del rey, pero no ya para cumplir labores militares sino “funciones públicas”. Es éste el estamento de los “oficiales”, por medio del cual se desarrolla la moderna administración “centralizada y capilar”, “que desde el controlador general, a través del intendente y del delegado y subdelegado, llega a cada rincón de las lejanas provincias” (MATTEUCCI, 1998: 32). Los “oficiales” están presentes en la administración financiera y provincial, pero también en la “administración de justicia”. En general cualquier actividad que pretenda ser desarrollada en forma masiva, uniforme y continua, en el espacio y en el tiempo y desde *un centro*, terminaría asumiendo por necesidad la organización de tipo burocrático como trasplante de la organización castrense para asuntos civiles. Y esto es cierto tanto para el Estado absoluto propiamente dicho como para los posteriores tipos de Estados, donde si bien es cierto las formas de legitimación de la dominación se transforman, no en cambio la intención de controlar “absolutamente” los factores que determinan la vida social (piénsese por ejemplo en la pretensión reguladora del Estado de Bienestar).

Ahora bien, ¿Cómo funciona la burocracia?: Para cumplir diversas tareas, pero en forma paralela, permanente e interconectada (es decir, una “empresa” en el pleno sentido del

término) se requiere de un grupo humano que se encuentre en la disposición de dedicar la totalidad de sus energías al desarrollo de tales actividades, en forma igualmente continua, diferenciada y –sobre todo– exclusiva. Los miembros de tal organización, para ser verdaderos funcionarios, requieren por lo tanto de una “*rigurosa disciplina y vigilancia administrativa*”, lo que constituye la característica esencial de un dispositivo burocrático (WEBER, 1989: 176). La burocracia –es decir el gobierno del buró, del escritorio, la oficina o el despacho– como instrumento de un *poder central* que pretende el ejercicio continuado de su dominación pero en las más variadas actividades, descansa sobre la fuerza que aplicada al burócrata, haga de él el engranaje básico que hace posible la extensión y profundidad del ejercicio del poder desde el *centro*.

En la base de todo aparato burocrático hay en consecuencia una “disciplina” (FOUCAULT, 1976: 141)<sup>2</sup>. Es un concepto complejo, pero se podría definir como un conjunto de técnicas o metodologías dispuestas para aprehender o racionalizar la realidad exterior –que pretende ser controlada por el poder central– a fin de conocerla y dominarla de forma estandarizada o uniforme. A este conjunto de técnicas o metodologías debe acomodarse el funcionario a fin de conocer “objetivamente” (despersonalizadamente) la realidad con la que debe tratar

<sup>2</sup> Adapto aquí de forma libre el concepto que en este sentido se ofrece en (FOUCAULT, 1976/1998).

su función, así como comunicar en forma "estandarizada" el producto de su trabajo al poder central. A ello deben agregarse las técnicas que permitan la articulación de los esfuerzos separados de cada funcionario dentro del sistema, a fin de que el mismo cumpla en perfecta forma el servicio que presta al poder central. En síntesis: la disciplina en el cuerpo burocrático tiende a la "normalización" en un doble sentido. "Normaliza" la realidad que pretende dominar, descomponiéndola, y estandarizando – racionalizando con metodologías más o menos fijas– las formas a través de las cuales podrá ser aprehendida dicha realidad. Por otra parte la disciplina "normaliza" al funcionario, determinando que su trabajo (su energía intelectual y física) se acople perfectamente a dichas metodologías a fin de que funcione como "mecanismo" a través del cual la gestión sobre la realidad es ejercida como si lo fuera directamente desde el propio *poder central*.

En conclusión, la burocracia funciona como una articulación de la "simplificación". La "Normalización" puede ser entendida como "especialización" o "simplificación", es decir la capacidad de aplicar la energía del funcionario a un número de tareas "limitadas" a fin de lograr su dominio, con el propósito posterior de "articular" dicho trabajo al de otros funcionarios: *"todo trabajo continuado se realiza por los funcionarios en sus oficinas"* (WEBER, 1989: 176). Éste es el

mecanismo de producción propio de la industrialización de la producción manual (de las fábricas) y la burocracia sólo es la expresión de la "maquinización" para las tareas no manuales, es decir, administrativas. Todos sabemos que ella es el tipo de organización propiamente Estatal, pero lo es también de toda organización que debe cumplir una gran diversidad de tareas específicas en grandes cantidades. Es el caso de los hospitales, las entidades educativas, las iglesias organizadas y las empresas. La burocratización permite afrontar *"la exigencia de una tramitación en lo posible más rápida, precisa, unívoca y continua"* (WEBER, 1989: 731), exigencia propia de una era donde aumenta la diversidad y velocidad de las relaciones sociales. La necesidad de una administración más permanente, rigurosa e intensiva determina *"el carácter fatal de la burocracia como médula de toda administración de masas"* (WEBER, 1989: 179).

Al lado de las ventajas de la maquinización de la vida subsisten grandes desventajas, que por ejemplo dejó ver la crítica marxista con la tesis del trabajo como mercancía, del trabajo como "trabajo alienado". Más adelante los teóricos de la organización han sabido establecer que este proceso de "normalización" determina una rigidez del aparato burocrático, una inadaptabilidad a las "nuevas" circunstancias que debe afrontar la organización: *"las burocracias son alérgicas a toda innovación, y el*

*aparato administrativo es monolítico*" (MENY, 1992: 171). Los sociólogos afirman que "las instituciones determinan en gran parte el marco mental de quienes participan en ellas, establecen las condiciones para conseguir la racionalidad y, por tanto, la racionalidad en la sociedad" (MENY, 1992: 52). Así el funcionario "administra una tarea inflexible por naturaleza. La regla y el procedimiento son intrínsecamente rígidos. Toman la forma de disposiciones inmutables, impersonales, sectoriales. Se aplican de la misma manera a todos los afectados, siempre, sea cual sea el contexto general de la situación concreta" (MENY, 1992: 184).

#### LA INCIDENCIA DE LA ORGANIZACIÓN BUROCRÁTICA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y EN LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

La administración de justicia no ha sido ajena al proceso de burocratización, por pura "necesidad". Como cualquier otra actividad acometida por el Estado, se ha visto sometida a la complejización cualitativa y cuantitativa de las tareas a su cargo. Basta con afirmar que se administra justicia en "masa" (en grandes cantidades) para una sociedad de masas, y además que esta función se enfrenta cada vez más a mayores presiones en cuanto a la diversidad de

situaciones de hecho que debe resolver, síntoma de lo cual es el desbordamiento legislativo. Esto implica que también aquí nos veamos frente a un proceso de "normalización" en el sentido explicado. La única forma de afrontar la complejidad es "analizándola" (fraccionándola) en diversas materias; y aplicando la energía de los funcionarios a estas materias limitadas, a fin de lograr su dominio.

Obviamente la burocratización de la justicia, como cualquier otra burocratización, conlleva las grandes desventajas a las que se ha hecho referencia. Y es en estas desventajas en las que yo veo los factores que explicarían la persistencia de nuestros funcionarios judiciales de concebir el derecho de forma "positivista" o legalista, de interpretarlo en forma exegética o aplicar la ley a rajatabla. De cierta forma es el legalismo o positivismo el que permite "limitar" el ámbito de aplicación de energía del funcionario (la determinación de una materia o conjunto de tareas limitadas), es decir, la simplificación necesaria que permite el acometimiento de un número de tareas definidas de manera uniforme, constante y masificada. El hecho de saber que el derecho es el que está en la norma positiva, y que éste es el derecho y no es más, es lo que le permite al funcionario judicial cumplir su misión.

Aquí quisiera volver a lo dicho al principio: la exégesis facilita la labor del juez porque éste no debe hacer nada

diferente a mirar los hechos del caso, a buscar la norma del ordenamiento que los prevé y aplicarla a "rajatabla" en sus sentencias. La opción hermenéutica o argumentativa es mucho más compleja, porque se deben tener en cuenta más variables: mirar las circunstancias sociológicas de los hechos concretos, los antecedentes históricos de las normas, las consecuencias que de ella se podrían derivar en las circunstancias actuales, los valores que inspiran el ordenamiento jurídico, etc. El hecho es que este "facilitamiento" de la labor no es una opción deliberada del funcionario, no es sencillamente producto de su ideología o de su pereza. Es ante todo la condición sociológica que impone la burocratización; y la burocratización es a su vez la solución sociológica que impone la administración de una sociedad de masas sumamente diversificada respecto al tipo de relaciones que hay en su interior.

Con todo, para ser justos, hay que reconocer que sobre la administración de justicia confluyen dos lógicas: la del conocimiento (y aplicación correcta) del derecho que implica un trabajo cada vez más depurado que abarca progresivamente un número mayor de variables (leyes, principios, circunstancias sociales, etc.). De otra parte, la administración de justicia se ve sometida —como se ha visto— a la lógica de la organización (para lograr asumir la masa diversa de trabajo), lo que implica justamente lo contrario: un trabajo progresivamente más

especializado, normalizado o limitado. El enfrentamiento de estas dos lógicas plantea una tensión irresoluble en medio de la cual se desarrolla la administración de justicia.

## CONCLUSIONES

El objetivo del ensayo ha sido analizar hasta qué punto es posible implementar el modelo de juez hermeneuta dentro de una justicia sometida a un proceso ineludible de burocratización. De paso se ha contemplado hasta qué punto es acertado explicar la labor de los jueces-*funcionarios* con base a modelos hermenéuticos que supuestamente implican opciones ideológicas o personales. Lo que se ha sostenido aquí es que éste es un enfoque que peca de academicismo porque limita los factores de explicación a discusiones esencialmente teóricas (sobre la mejor forma de interpretar el derecho), desconociendo las situaciones concretas en que *nuestros* jueces administran justicia. De estas situaciones, aquí se ha destacado el fenómeno de la burocratización y se ha mostrado cómo el proceso de "normalización" que él supone, determina que los jueces asuman el derecho de forma legalista y lo interpreten exegéticamente. Es decir, no es una opción deliberada del juez (no es su ideología, tampoco su desidia); es una condición sociológica que se impone sobre él.

Volvamos a la pregunta inicial: ¿Es posible transformar nuestro juez-*funcionario* que aplica a rajatabla la ley, en un "jurista" íntegro, en un académico-humanista con formación interdisciplinaria? ¿Es posible erradicar de la judicatura a los viejos jueces "facilistas" y reemplazarlos por los nuevos buenos y valientes jueces? Desde la perspectiva de este trabajo el panorama de estas intenciones puede resultar desalentador. Sin embargo me limitaría a decir que cualquier cambio en este sentido requiere una transformación profunda de la estructura orgánica de nuestra justicia, es decir una modificación *esencial* en la "máquina" de hacer justicia. Comencemos por decir que nuestros "nuevos buenos y valientes jueces" no pueden seguir manejando entre 2.000 y 3.000 expedientes a la vez en sus despachos como sucede ahora. Es decir, los jueces deberán dejar de ser *funcionarios* destinados a la "administración de masas", y esto supondrá —como mínimo y entre otras muchas cosas— una inversión de recursos infinitamente superior a la que ahora hay. Otra conclusión importante: no sólo por decir que en nuestro actual ESD existe un "nuevo derecho" y que él requiere un "nuevo juez", las cosas van a cambiar. No sólo por imaginarse un mundo mejor éste existe (y de ahí el malestar con los discursos teóricos). Después de tantas decepciones, deberíamos haber aprendido que la realidad no se cambia por decreto.

## BIBLIOGRAFÍA

- CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. 1989. "La práctica jurídica colombiana: una visión crítica", en: *Revista de Derecho Privado* No. 4, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho.
- DWORKIN, Ronald. 1992. *El imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa.
- FARÍA, José Eduardo. 1995. "El poder judicial en Brasil: paradojas, desafíos y alternativas", en: *El otro Derecho* No. 20, ILSA, Bogotá.
- FOUCAULT, Michel. 1976. *Vigilar y Castigar*. México D.F.: Siglo XX.
- 1998. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.
- GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. 2004. "Inexistencia de Lagunas en el 'nuevo derecho', renovación en la labor jurídica y virtudes judiciales". Ponencia presentada en el *IV Foro de Derecho*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, octubre 27.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio – RODRÍGUEZ, César (eds.). 2003. *Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos*. Universidad Nacional de Colombia, ILSA, Bogotá, abril de 2003.
- LÓPEZ MEDINA, Diego. 2000. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, Uniandes.
- 2004. *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis, Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia.
- MATTEUCCI, Nicola. 1998. *Organización del poder y libertad -Historia del Constitucionalismo Moderno*. Madrid: Trotta.
- MEJÍA QUINTANA, Óscar. 2004. "Filosofía del derecho y teoría jurídica: Rupturas epistemológicas", en: *Revista de Derecho Privado* No 31, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, enero.
- MENY, Yves y THOERING, Jean-Claude. 1992. *Las políticas públicas*. Barcelona: Ariel.