

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

GÊNERO E TEORIA DO DIREITO

A532

Anais II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino [Recurso eletrônico on-line]
organização Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ;

Coordenadores: Margarida Lacombe Camargo, Natasha Pereira Silva, Vinícius Sado
Rodrigues – Rio de Janeiro: UFRJ, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-764-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Filosofia do Direito. 2. Gênero e Teoria do Direito. 3. Democracia. 4. Desigualdades. 5.
Justiça de Transição. 6. Estado de Exceção. 7. Ativismo Judicial. 8. Racionalidade Jurídica.
9. Clássicos I. II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino (1:2018 : Rio de
Janeiro, RJ).

CDU: 34



UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO DE JANEIRO

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

GÊNERO E TEORIA DO DIREITO

Apresentação

O mundo latino tem investido na construção de uma jusfilosofia que objetiva produzir epistemologias e referências conceituais a partir de contextos próprios, de modo a contribuir para a transformação das instituições jurídicas, políticas e sociais vigentes.

Com essa intenção, a iLatina, através do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ), promoveu, em julho de 2018, na cidade do Rio de Janeiro, o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino.

O encontro contou com a presença de estudiosos da Filosofia do Direito de quase todos os países do chamado “mundo latino”, com o desafio de pensar, sob a perspectiva da Filosofia, problemas que desafiam as democracias atuais. Um dos eixos principais dessa discussão é o que se concentra no debate de Gênero e Teoria do Direito, cujas questões são exploradas pelos trabalhos desta coletânea.

O Congresso contou com o trabalho de sistematização dos textos apresentados para cada grupo temático, estruturado em forma de relatoria. A relatoria do grupo Gênero e Teoria do Direito ficou sob a responsabilidade de Cecília Caballero Lois, professora titular de Filosofia do Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). A professora parte de uma epistemologia feminista para um Direito mais inclusivo, lembrando a atuação da líder indígena Berta Cáceres, que fora assassinada após muita luta e enfrentamento, para quem “el reconocimiento de los derechos de las mujeres no es un favor, es una obligación del Estado.”

“O desenrolar do caso de Berta, similar a tantos outros, aponta para o lugar de não sujeito que mulheres, indígenas, LGBTIs, pessoas negras e outras ‘minorias sociais’ ainda ocupam dentro do sistema normativo. Como esperar que as leis e teorias sejam operadas a favor de grupos que, historicamente, são desautorizados a legislar, interpretar, operar esse sistema?”, indaga Cecília.

Os nove textos trazidos à discussão, provenientes do Brasil, Peru, México e República Dominicana, oferecem as seguintes abordagens:

María del Rocío Villanueva Flores (Peru) analisa a violência de gênero a partir de dados estatísticos. Saada Zouhair Daou (Brasil) destaca a omissão da história das mulheres na História do Direito. Camila Saran Vezzani (Brasil) explora a identidade trans no cinema. Natasha Pereira Silva (Brasil) faz um resgate e crítica a partir do discurso histórico sobre prostituição. Helen Rose Carlos Rodrigues Guimarães (Brasil) e Cecilia del Refugio Palomo Caudillo (México) se concentram nas relações entre Legislativo e Judiciário, sobre temas como o casamento civil homoafetivo e a união estável. José Alberto Cruceta Almánzar (República Dominicana) se concentra na figura do juiz. María del Rocío Villanueva Flores e Cecilia del Refugio Palomo Caudillo apontam para insuficiências na prática e nas teorias argumentativas. Ricardo Urzúa Traslaviña (México) apresenta o Direito como instrumento de dominação e emancipação no que diz respeito às teorias de gênero. Alegnayra Campos (Brasil) explora a “Filosofia do Limite” de Drucilla Cornell.

A relatoria do grupo Gênero e Teoria do Direito, ao final, nos propõe as seguintes reflexões: i) no que diz respeito à violência de gênero, em que medida mudanças na formação jurídica podem contribuir para um melhor acolhimento das mulheres que chegam ao Judiciário, considerando que nossos alunos serão os futuros operadores do Direito?; ii) qual o papel que os homens, seja enquanto operadores do Direito, seja enquanto acadêmicos, podem assumir em um contexto de grave opressão das colegas mulheres?; iii) que ações efetivas podem realizar enquanto aliados na luta pela alteração desse quadro?; iv) qual a importância de que as feministas brancas cis heterossexuais, especialmente as que vivem em países ditos “centrais”, reconheçam seus privilégios e proponham também ações efetivas no sentido de incluir mulheres negras e LGBTIs?; v) há lugar na academia para que vozes que têm sido historicamente subalternizadas contenham suas próprias histórias e proponham soluções para questões que consideram relevantes?

É com o objetivo de compartilhar o diálogo e promover o acesso às discussões da temática feitas durante o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino que apresentamos estes Anais. A coletânea reúne os trabalhos que nos ajudam a lançar novos olhares, sob a perspectiva da Filosofia e do Direito, para o debate contemporâneo.

Margarida Lacombe Camargo

Natasha Pereira Silva

Organizadoras

IMPORTÂNCIA DA TEORIA GERAL DO DIREITO PARA O OPERADOR LEGAL NA RESOLUÇÃO DE CASOS

IMPORTANCIA DE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO PARA EL OPERADOR JURÍDICO EN LA SOLUCIÓN DE CASOS

José Alberto Cruceta Almánzar

Resumo

O juiz, ao dar uma solução para um caso específico, na sua fundamentação ou justificação é influenciado pela teoria geral do direito para a solução dos problemas de justiça, validade e eficácia da norma aplicável, critérios que dão origem a diferentes concepções de direito: direito natural, positivismo, realismo, escola histórica, sociológica, feminista, etc.

Palavras-chave: Juiz, Teoria geral do direito, Paradigma iusfilosófico, Modelo jurisprudencial, Julgamento judicial

Abstract/Resumen/Résumé

Al operar en torno a la fundamentación o justificación que habrá de dar como solución a un caso en concreto, el juez se ve irremediabilmente influenciado por determinada teoría general del derecho, que pauta su postura frente a los problemas de justicia, validez y eficacia de la norma aplicable. Criterios estos que dan lugar a las diferentes concepciones del derecho: iusnaturalismo, positivismo, realismo; escuela histórica, sociológica, feminista, etc.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Juez, teoría general del derecho, Paradigma iusfilosófico, Modelo jurisprudencial, Adjudicación jurídica

Importancia de la Teoría General del Derecho para el operador jurídico en la solución de casos

*¹Autor: José A. Cruceta

Resumen:

Al operar en torno a la fundamentación o justificación que habrá de dar como solución a un caso en concreto, el juez se ve irremediabilmente influenciado por determinada teoría general del derecho, que pauta su postura frente a los problemas de justicia, validez y eficacia de la norma aplicable. Criterios estos que dan lugar a las diferentes concepciones del derecho: iusnaturalismo, positivismo, realismo; escuela histórica, sociológica, feminista, etc.

Palabras claves: Juez, teoría general del derecho, paradigma iusfilosófico, modelo jurisprudencial y adjudicación jurídica.

Hay quienes afirman que en la teoría de la ciencia es aplicable la metafórica y popular ley de Campoamor que proclama el relativismo de las interpretaciones: "En este mundo traidor/nada es verdad, ni es mentira/todo es según el color/del cristal con que se mira". Lo cierto es, que lo que se observa depende de la teoría que asume el cognoscente. Por ello, mientras Ptolomeo observaba que con el amanecer el Sol iniciaba su ciclo alrededor de la Tierra, de su parte Copérnico observaba que la Tierra iniciaba su giro alrededor del Sol. En el ámbito jurídico, la teoría del derecho que se asume incide determinantemente en el ordenamiento en general, condiciona el modo del razonamiento jurídico y particularmente las cuestiones básicas² de la práctica de la adjudicación.

Conforme lo establece Trías Monge en la parte introductiva de su obra "*Teoría de la Adjudicación*", entre estas cuestiones básicas tenemos las siguientes: ¿El juez se limita tan solo al hallazgo y aplicación de la ley o debe ser también, al menos en determinadas situaciones, partícipe en la creación de la ley, en el proceso de evolución y cambio del derecho? ¿Si fuese partícipe, es decir, si el juez gozase legítimamente de la facultad de legislar, cuáles son los límites, si algunos, de su discreción? ¿Cómo se precisa el derecho aplicable a determinado caso? ¿Qué requisito, si algunos, debe cumplir una norma para convertirse en derecho? ¿Hay clases de normas o reglas o no hay distinción entre ellas? De haber diferencia, ¿Cómo se afecta el proceso decisorio? ¿Qué es el

*¹Juez de la Sala Civil y Comercial de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana. Magíster en Derecho General Pensamiento Social, Derecho Societario y Comercial; Posgrado en Filosofía del Derecho y Argumentación Jurídica (Alicante, España); Egresado de la Escuela Judicial de Barcelona sobre Control de la Administración por los Tribunales, Especialista en Derecho Judicial. Presidente del Instituto Dominicano de Derecho Procesal y Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino; Miembro de la Comisión creada por la Real Academia de la Lengua para la elaboración y redacción del Diccionario Jurídico-Panhispanico para Iberoamérica. Varios de sus ensayos han sido publicados en obras colectivas a nivel mundial. Además, ha sido conferencista en seminarios en Estados Unidos, México, Argentina, Bolivia, Chile, España, Perú, Ecuador, Puerto Rico y Venezuela. Miembro de la Comisión que redactó el Anteproyecto de Código de Procedimiento Civil Dominicano.

ZATIENZA, Manuel. *El Derecho como Argumentación*: Ariel Derecho, España, Primera Edición. 2006, p.19

derecho, ante todo? ¿Consiste exclusivamente del mandato del soberano o es algo más? ¿Cuáles son sus fines? ¿Qué propósitos sirve? ¿Cuán sensibles al cambio es o debe ser el derecho? ¿Cómo es que se modifica o sustituye la norma jurídica? ¿Es parte el juez del proceso de alteración de la norma jurídica o es ello asunto que tan solo atañe al cuerpo legislativo? ¿Cuáles son las fuentes del derecho a consultarse por el juez? Los precedentes judiciales, ¿constituyen fuentes del derecho? La doctrina, ¿es fuente de Derecho? ¿Lo son los principios generales del Derecho? ¿Cómo se hayan o establecen esos principios? ¿Qué es la justicia? ¿Qué es la equidad?

De esta pequeña lista de interrogantes, fundamentalmente cuestionaría: ¿Cuál es la función de un juez? ¿Se limita tan solo al hallazgo y aplicación de la ley o debe ser también, al menos en determinadas situaciones, participe en la creación de la ley, en el proceso de evolución y cambio del derecho?

En este contexto, relacionaremos los diferentes sentidos en las concepciones del derecho: la iusnaturalista a partir del criterio de justicia; la positivista a partir del criterio de validez; y la escuela histórica, sociológica, realista, feminista, y la teoría del derecho como argumentación, a partir del criterio de eficacia, debido a que magistrados de filiación teórica distinta adoptarán usualmente ante la misma hipótesis fáctica decisiones diferentes o al menos sus razonamientos no serán idénticos; es deseable que el juez sea consciente de su teoría personal del derecho, mientras más consciente sea del proceso adjudicativo, mientras más conozca de sus propias inclinaciones y se preocupe por su legitimidad, mayor será la adecuación de sus fallos. Es loable la advertencia que hace Trías Monge cuando afirma "El juez sonámbulo camina por terrenos minados"³.

Criterios de Justicia, validez y eficacia en la fundamentación de las concepciones del Derecho.

Frente a cualquier norma jurídica podemos planteamos un triple orden de problemas de acuerdo a la tesis de Norberto Bobbio en su obra *Teoría General del Derecho*: Si la norma es justa o injusta, desde el punto de vista de los valores; si es válida o inválida, desde el punto de vista legal, y si es eficaz o no, desde el punto de vista de los aspectos fenomenológicos.

El problema de la justicia es el problema de la más o menos correspondencia entre las reglas y los valores, lo cual quedó explícito en los Juicios de Nuremberg (1945) y confirmado en la sentencia Guardianes del Muro (Ver FGE 95, 96 Mauerschützen), del Tribunal Constitucional Alemán. Es decir, que la validez de una norma más que jurídica es ética. (La fórmula de Radbruch, la ley injusta no hace derecho).

El problema de la validez revela la dificultad de la existencia de la regla en cuanto tal, independientemente del juicio de valor sobre ella. Resumiendo a Bobbio, la definición clásica de

3 TRIAS MONJE, José. Teoría de Adjudicación. Editorial de la Universidad de Puerto Rico. Estados Unidos de América. Primera Edición. 2000. P. 3.

validez jurídica se apoya en tres operaciones que son: Determinar si la autoridad que la promulgó tenía el poder legítimo para expedir normas jurídicas; comprobar si no ha sido derogada y, comprobar que no sea incompatible con otras normas del sistema, (criterios de jerarquía, de temporalidad o de especialidad).

El problema de la eficacia de una norma es el problema de si la norma es o no cumplida por los destinatarios de la norma jurídica y por el Poder Judicial encargado de la ejecución coactiva, es decir, es el problema fenomenológico del derecho. Aquí resulta paradigmático el caso de la llamada ley seca en Estados Unidos, puesto que no obstante ser prohibitiva, la población siguió consumiendo bebidas embriagantes.

Tal como plantea Bobbio,⁴ "Estos tres criterios de valoración de una norma crean tres clases de problemas, independientes entre sí, en cuanto que la justicia no depende ni de la validez ni de la eficacia; la validez no depende ni de la eficacia ni de la justicia, y la eficacia no depende ni de la justicia ni de la validez, las cuales crean grandes dilemas al juzgador a la hora de decidir los casos sometidos a su consideración, y han dado lugar a las diferentes concepciones del derecho.

Escuela del Derecho Natural (Criterio de Justicia)

La historia del derecho está marcada fundamentalmente por el enfrentamiento de dos corrientes: la de derecho natural o iusnaturalismo y la del derecho positivo o positivismo jurídico. En líneas generales, la disputa gira en la relación que existe entre derecho y moral.

Los iusnaturalistas consideran que esa relación es definitoria del derecho, mientras que los positivistas entienden que es una relación que de hecho existe, pero que no resulta clave para comprender qué es el derecho

El Caso Elmer o del nieto desesperado

Para poner de manifiesto la importancia de los valores y principios en una teoría del derecho, hacemos referencia al caso recreado por el filósofo del derecho norteamericano Ronald Dworkin en su obra: "LOS DERECHOS EN SERIO", el caso Riggs contra Palmer, conocido como el caso Elmer (o del nieto desesperado que asesinó a su abuelo para heredarle), decidido por sentencia dictada en el año 1889. Este caso demuestra que los jueces hacen referencia no solo a una serie de normas jurídico-positivas, sino también a principios morales.

⁴Bobbio, Norberto. Teoría del Derecho. Editorial Debate. Sexta Reimpresión. 1999. P. 35,36,37

La corriente del derecho natural⁵ se podría definir como el pensamiento jurídico que concibe que la ley, para que sea tal, debe estar de acuerdo a los valores supremos del ordenamiento jurídico. Otros casos emblemáticos fundamentados en esta escuela son: (Los exploradores de la cavernas⁶), (Guardianes del Muro⁷). Es la tesis de que existe una conexión necesaria entre moral y derecho.

Sentencia fundamentada en el Modelo iusnaturalista. (Ejemplo sentencia nacional)

Sentencia Civil No. 72-2003. Cámara Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Vega. República Dominicana. (Caso guarda de menores).

CONSIDERANDO: (...) luego de analizados todos los factores envueltos en el presente caso, la madre se encuentra esencialmente en la misma posición que el padre, por lo que solamente ante la existencia de otras circunstancias excepcionales que justifiquen lo contrario, como sería el caso de que ella esté llevando una vida al margen de la moral, lo cual como ya se dijo no fue probado; la guarda y la custodia debe serle adjudicada; (...)CONSIDERANDO: Que es oportuno destacar, que lo que da vida al derecho tanto al derecho positivo como al casuístico- es la idea de lo justo, de lo equitativo, por consiguiente las ideas de justicia y equidad son esenciales y consustanciales a la noción del Derecho, el cual dejaría de cumplir sus finalidades morales y sociales si no aspirase a realizar la justicia y no una justicia abstracta y teórica, sino una justicia realista y humana acorde a las circunstancias de cada caso; que precisamente es lo que se pretende realizar en el caso que nos ocupa.

En lo que sigue, por asunto de espacio, nos limitaremos a tratar en forma sucinta, la tesis de los **iusnaturalistas modernos**.

LON FULLER (1902-1978) con su obra "The Morality of Law" quien crea desde Harvard un renacimiento del iusnaturalismo. Fundamentalmente Fuller plantea los requisitos para un sistema jurídico con las condiciones indispensables o mínimas que constituyen una aspiración de tipo moral, tales como: requisito de generalidad, la promulgación de las leyes, la claridad de las leyes, las leyes no deben ser contradictorias, las leyes no deben ordenar lo imposible, las leyes no pueden cambiar de manera frecuente y los actos oficiales deben ser congruentes con las reglas vigentes.

5Existen dos formas básicas de las teorías iusnaturalistas tradicionales: El iusnaturalismo teológico: sus máximos representantes son los filósofos tomistas, quienes creen que el origen del derecho natural es Dios y que las leyes positivas deben derivarse de este. El iusnaturalismo racionalista representado por los filósofos iluministas, quienes sostuvieron que el origen de los principios morales se encuentra la estructura o naturaleza de la razón humana. Principio implícito del derecho: Una regla que es considerada premisa o consecuencia de disposiciones normativas o legales, esto es, en principios no formulados en los códigos, pero derivadas de sus contenidos. Principio extra sistemático del derecho: es decir, una regla que no es ni principio positivo del derecho, ni principio implícito del derecho. Por ejemplo: a nadie se le permitirá beneficiarse de su propio crimen.

6Fuller. Lon L. "El caso de los exploradores de cavernas", Lexis Nexis Abeledo- Perrot. Segunda Edición 2002. Argentina. (Traducción de Genaro R. Carrió)

7Tribunal Constitucional Federal de Alemania, sentencia "Los guardianes del muro de Berlín". 1964.

JOHN FINNIS (1940-1999), Profesor de Derecho y Filosofía de la Universidad de Oxford, en su obra "*Natural Law and Natural Rights*" identifica los valores que son básicos para la existencia humana, basados en la intuición y los nueve (9) requisitos de razonabilidad práctica que el derecho debe cumplir, tales como: 1- toda persona debe tener una serie armoniosa de propósitos y orientaciones en su vida, 2- no se deben tener preferencias arbitrarias entre los distintos bienes básicos, 3- no se deben realizar preferencias arbitrarias entre personas en lo que atañe la posibilidad de conseguir los bienes básicos, 4- se debe mantener una distancia crítica respecto de todos aquellos proyectos específicos y limitados que se persiguen en la vida, 5- se debe ser fiel a los compromisos personales generales que determinan el plan de vida racional que se ha elegido, 6- se deben realizar las acciones que son eficientes para cumplir con los objetivos asumidos, 7- cuando se ejecuta un acto se debe respetar cualquier bien básico que pudiera ser puesto en peligro al hacerlo, 8- se debe favorecer y alentar el bien de la propia comunidad, 9- se debe actuar siempre de acuerdo con la conciencia.

RONALD DWORKIN. Filósofo estadounidense y sucesor de H.L.A. Hart en la cátedra de jurisprudencia en Oxford, es autor de las obras "Los Derechos en Serio y El Imperio de la Justicia. La idea central de Dworkin es que, además de las reglas, existen en el mundo del derecho los principios, y en los casos difíciles, hay que acudir a ellos. Las aportaciones más interesantes de la teoría de Dworkin para una adecuada caracterización de la actividad aplicadora del Derecho son: La idea de coherencia y unidad del Derecho. La naturaleza valorativa y constructiva de la interpretación jurídica. La necesaria conexión entre la teoría y la práctica.

El positivismo jurídico (criterio de validez):

Es un conjunto de normas puestas por los seres humanos, a través del Estado, mediante un procedimiento formalmente válido⁸, que postula la separación conceptual entre derecho y moral. Sus características principales son: 1) el juez boca y esclavo de la ley, 2) el legislador es racional, 3) la abdicación valorativa del juzgador.

Hans Kelsen. Norberto Bobbio y Herbert Hart son los autores que trazan la obra del positivismo. En América Latina estos autores proyectan, con diferencias atendibles, los postulados de sus obras en autores como Carlos Alchourrón, Eugenio Bulygin y Genaro Garrió.

Dos iusfilosofos emblemáticos representantes del positivismo jurídico:

HANS KELSEN, Austríaco del círculo de Viena, cuya escuela responde al nombre de su obra cumbre "*La Teoría Pura del derecho*", en la resta toda atención al deber ser del derecho,

⁸CISNEROS PARÍAS, Germen. *Teoría del Derecho*. Editora Trillas. Segunda Edición. México. 2000.

concentrándose solamente en el derecho como es: "positivismo jurídico". Su tesis central es "no hay más derecho, que el derecho puesto como tal". Su propósito fue claro, hacer una verdadera ciencia jurídica (objetiva exacta), libre de contaminaciones de otras ciencias como la sociología, la política, etc. Además es famosa su teoría de la norma fundante, de la cual emanan todas las demás normas del ordenamiento jurídico.

En cuanto a **HERBERT HART** (1907-1992), profesor de jurisprudencia en la universidad de Oxford, su obra principal es *"The Concept of Law"* (El concepto de derecho y Post scriptum). Sobre la base de Austin fundamenta su positivismo analítico. En la visión al estilo Hart el derecho es más compatible con una visión del derecho como argumentación, mientras que la teoría de Dworkin es valorativa. Uno de sus aportes trascendentales en la teoría del derecho es el de la regla de reconocimiento, la cual permite en presencia de la falta de certeza de la regla primaria, la construcción de esta, al indicar la pertinencia o no de la norma al ordenamiento jurídico.

Modelo de sentencia positivista o dogmática

CONSIDERANDO: Que el artículo 5, párrafo segundo, de la Ley sobre Procedimiento de Casación dispone que "El memorial de casación deberá ir acompañado de una copia auténtica de la sentencia que se impugna y de todos los documentos en que se apoye la casación solicitada...", constituyendo esta una formalidad sustancial en el procedimiento de casación, que pone en condiciones a las SCJ de apreciar si en realidad la ley ha sido bien o mal aplicada, que al no cumplir la parte recurrente con el depósito de una copia auténtica de la sentencia impugnada en el presente caso, da lugar a declarar inadmisibile el presente recurso de casación.⁹

En el positivismo jurídico los casos se resuelven mediante un silogismo deductivo, lo que el juez deduce no son los hechos delictivos del juicio, sino sus pruebas.¹⁰

Reacciones contra las concepciones iusnaturalistas y positivistas del derecho (criterio de eficacia)

Siguiendo la terminología adoptada por Bobbio, podemos decir que estos movimientos entre los diferentes aspectos que presenta el fenómeno jurídico, han considerado de manera especial la eficacia más que la justicia o la validez. Ellos combaten en dos frentes: el iusnaturalismo, que tiene la concepción ideal del derecho, y contra el positivismo en sentido estricto, que tiene la concepción formal del derecho.

⁹Sentencia del 21 de junio 2000, No. 8, B. J. No. 1075, Vol. 1.

¹⁰FERRAJOLI, LUIGI, "Derecho y razón", ob. Cit., p. 52.

Se pueden distinguir varios momentos o escuelas que fundamentan su concepción del derecho en criterios diferentes al iusnaturalismo (ideal de justicia) y al positivismo (validez). Dentro de ellas, se encuentran: las concepciones del Derecho o Escuelas entre las cuales tenemos: la Histórica, la Sociológica,¹¹ la Realista, la Feminista y la Teoría del derecho como argumentación jurídica.

Por su pérdida de vigencia y espacio, no desarrollaremos en el presente ensayo, la escuela Marxista, para la que el derecho es una categoría socialmente condicionada por la base económica, visión esta que ha perdido fuerza luego de la caída del Muro de Berlín, ¡y la Crítica! Legal Studies, que también se inscribe en el criterio de eficacia, siendo su interés principal demoler, de construir las doctrinas centrales del sistema jurídico estadounidense, sin presentar alternativas de acción.

Escuela Histórica

Su fundador Friedrich Karl von Savigny, entiende el derecho como un fenómeno histórico social que emana del espíritu del pueblo, por lo que el derecho no es uno solo sino que asciende al número de pueblos y/o fases del desarrollo de esos pueblos y ubica la costumbre como fuente del derecho. El elemento histórico requiere que el juzgador precise las circunstancias históricas en que se produce la norma y el cambio que esta introduce.

Modelo sentencia escuela histórica

Un caso ilustrativo de esta concepción es la sentencia famosa del Tribunal Supremo de Puerto Rico en relación con una ley de principios del siglo XX, que establecía que en Puerto Rico todos los procesos tenían que celebrarse en idioma inglés y el Tribunal Supremo de aquel país decidió por una sentencia del año 1921 que durante más de tres siglos los puertorriqueños se habían comunicado, habían hecho los negocios y habían construido todas sus relaciones en el idioma español, que tales procesos identitarios eran parte de la historia, la costumbre y de la idiosincrasia del pueblo puertorriqueño durante más de tres siglos, realidad que no podía ser cambiada por ninguna ley.

Escuela sociológica

La concepción sociológica del derecho se desprende del movimiento histórico en qué código y realidad social no se corresponden. Es decir, que hay un orden de ineficacia en la ley.

¹¹ROSS, Alf. Sobre el Derecho y la Justicia. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Tercera Edición. 2005. P. 43

Modelo de sentencia de la escuela sociológica

En *Ramírez de Ferrer v. Mari Brás*²¹, se resuelve que aunque el requisito de ciudadanía norteamericana para ejercer el derecho al voto en Puerto Rico es constitucional, un ciudadano puertorriqueño que renuncia a dicha ciudadanía conserva la de Puerto Rico y no se le puede privar del derecho al voto en los comicios de la isla. En voto particular el juez Hernández Denton sostiene la existencia de la ciudadanía puertorriqueña **como una realidad sociológica y cultural**.

Otra decisión que se podría considerar como modelo de esta escuela es la núm. 44, dictada el 17 de octubre de 2001 por la Segunda Cámara de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, B.J. 1091, en la cual se juzgó que: "Las uniones no matrimoniales, uniones consensuales, libres o de hecho, (...)a las que el derecho, en caso de conflicto, tiene que dar respuesta, sin ninguna distinción, no en base a una teoría abstracta de las realidades sociales, sino fundándose en el reclamo concreto de demandas específicas, de intereses reales, bajo una tutela judicial efectiva y eficaz", decisión que reconoció derechos a las uniones consensuales o de hecho (concubinato notorio).

El realismo jurídico

El realismo jurídico es una doctrina filosófica que identifica al derecho con la eficacia normativa, con la fuerza estatal, con la conducta efectiva de los jueces, entendidos como el conjunto de las decisiones particulares y concretas que toman: la conducta efectiva de los jueces, entendidos como el conjunto de las decisiones particulares y concretas que toman. Surge como oposición a los iusnaturalistas como a los formalistas. En relación a esta concepción hay varias corrientes. Son trascendentes el realismo norteamericano, el realismo escandinavo; hay otros autores que hablan de un realismo genovés y francés. Esta escuela establece que el derecho esta indeterminado respecto a las normas y respecto a los hechos, proclamando la indeterminación radical del derecho.

Un ejemplo emblemático, es que en una estación de tren nos encontramos con un rótulo bien visible que prohíbe la entrada de perros. Un día un campesino se presenta en el lugar acompañado de un oso, lo que provoca la natural confusión, porque un oso no es un perro. Desde el punto de vista de lo que pretende esta norma es no entrar a una estación con un animal que cause molestias a los demás clientes. Al ser el oso un animal menos domesticado que el perro y por lo tanto más peligroso con mucho mayor razón se debe prohibir su entrada a la estación.¹² Como se puede observar en este ejemplo, **las normas** no explican el comportamiento de los jueces, sino que otros

¹² GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, GAZCON. Marina. Teoría de la Argumentación en el derecho. Palestra. Perú 2005. P. 137.

factores son realmente los que lo explican, como es una razón subyacente. En el mismo sentido, Laporta nos recrea el siguiente ejemplo:

“La regla que prohíbe que los perros entren en un restaurante tiene un predicado fáctico que generaliza a todos los perros y una justificación subyacente, la de asegurar la tranquilidad y el bienestar de los clientes del establecimiento. La generalización impone su aplicación a todos los perros sin distinciones ulteriores, pero si a la hora de aplicar la regla se apelase a la justificación subyacente cabría tomar en cuenta algunas de esas distinciones: por ejemplo, la regla no estaría justificada, para perros guías de invidentes cuya esmerada educación, e intenso entrenamiento hacen imposibles que molesten a ningún cliente, lo que la doctrina llama “sobre-inclusión” (over-inclusion): la generalización propia de la regla fuerza a que un determinado tipo de perros; cuya entrada en el local no afectaría a la justificación subyacente de la regla, sea sin embargo, sometido a la regla”.

Teoría feminista

Las teorías feministas representan en la actualidad uno de los movimientos de mayor seriedad y trascendencia en teoría del derecho. Las teorías feministas son en extrema variadas. Las diversas exponentes de las teorías jurisprudenciales feministas convergen al concebir el derecho como instrumento de opresión, a la par que campo de combate para que deje de serlo.

Caso que NO considera la perspectiva de género• Sistema Interamericano. Caso Átala Riffo vs. Chile

Este caso se presentó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y se refiere a la responsabilidad internacional de Chile por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de Karen Átala Riffo, debido a su orientación sexual, en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas.¹³ En sede nacional, el juzgado de menores de Villarrica de Chile argumentó lo siguiente:

"La demandada privilegió su bienestar e interés personal por sobre el cumplimiento de su rol materno, en condiciones que podían afectar el desarrollo de las menores y como el actor (el

13Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ficha técnica: Átala Riffo y Niñas Vs. Chile. Disponible

en: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/fichaTecnica.cfm?nld_Ficha=196&lang=es [Consultada el 17 de abril de 2017].

esposo) presentó argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, sus argumentos en el contexto de una sociedad heterosexual y tradicional, cobran gran importancia".¹⁴

Caso que Sí considera una perspectiva de género en un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: • Sistema Interamericano. I.V. vs. Bolivia

Este caso se relaciona con la responsabilidad internacional de Bolivia por la intervención quirúrgica 'consistente en una salpingoclasia bilateral o ligadura de trompas de Falopio a la que fue sometida la señora I.V. en un hospital público, la misma se efectuó sin que se tratara de una situación de emergencia y sin el consentimiento informado de la paciente. La intervención quirúrgica constituyó una violación a la integridad física y psicológica de la señora I. V., así como a su derecho a vivir libre de violencia y discriminación, de acceso a la información y a la vida privada y familiar, entendiendo la autonomía reproductiva como parte de tales derechos. El Estado no brindó a la presunta víctima una respuesta judicial efectiva frente a tales vulneraciones.¹⁵

La sentencia de la Corte Interamericana aborda de manera directa la afectación provocada por asumir estereotipos de género reconociendo que: "[...] La Corte visibiliza algunos estereotipos de género frecuentemente aplicados a mujeres en el sector salud, que generan efectos graves sobre la autonomía de las mujeres y su poder decisorio: [...]"¹⁶

Relativo a lo expresado podemos referirnos a la sentencia TC/0070/2015, del 16 de abril de 2015. Esta sentencia declaró inconstitucional el artículo 35 de la Ley núm. 1306-Bis, que establecía que: "La mujer divorciada no podrá volver a casarse sino diez meses después que el divorcio haya llegado a ser definitivo, a menos que su nuevo marido sea el mismo de quien se ha divorciado".

El derecho como argumentación

Esta concepción del derecho como argumentación, surgió en la década del 50 con la aparición de la obra tópica "*Topik und Jurisprudenz*" de Theodor Viehweg y el modelo retórico de Chaim

14Cfr. Resolución de la demanda de tuición provisoria por el Juzgado de Menores de Villarrica de 2 de mayo de 2003 (expediente de anexos la demanda, tomo V, folio 2567), en Corte

I.D.H., Caso Átala Ríffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. El resaltado ha sido añadido.

15Cfr. OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, comunicado de prensa No. 064/15. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/064.a5p>[Consultado el 17 de abril de 2017].

16Corte I.D.H., Caso I.V. Vs. Bolivia. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párr. 187 citando a la FIGO.

Perelman y Olbrechts-Tyteca con su famosa obra “*Traité de l'argumentation - la nouvelle rhétorique*”.

Dentro de las diferentes concepciones de la argumentación jurídica, se destaca la teoría procedimental (1978) de **ROBERT ALEXY** conocida como la Teoría Standard de la Argumentación Jurídica. Autor alemán, nacido en 1945, desarrolla en su obra *A theory of legal argumentation*, una teoría cuya clave reside en el mecanismo argumentativo y procedimental que lleva a la racionalidad.

Frente a la concepción positivista del derecho, el derecho como argumentación se concibe, en contraposición a la perspectiva realista de lo jurídico, para la cual no es solo trascendente la conducta de los jueces, sino también lo que justifica su decisión, y, frente a la perspectiva iusnaturalista, el citado enfoque del derecho consiste, como dice **Atienza**, en ofrecer una reconstrucción satisfactoria del razonamiento jurídico que dé cuenta de sus elementos morales y políticos, razonamiento jurídico que está basado en un concepto de racionalidad que gira sobre seis principios: consistencia, eficiencia, revisabilidad, coherencia, generalidad y sinceridad.

Uno de los valores superiores de todo ordenamiento jurídico en un Estado democrático es la libertad. El Art. 40.1 de la Constitución dominicana del 26 de enero de 2010 señala que nadie puede ser cohibido en su libertad "sin orden motivada". Dicho artículo señala también, en el apartado 12, que está prohibido el traslado de cualquier detenido de un establecimiento carcelario a otro lugar "sin orden escrita y motivada". Con ello queremos resaltar que este texto constitucional es plenamente consciente de la importancia de la justificación jurídica de las decisiones del poder público, al menos las que afectan a tan importante valor.

En el mismo sentido el Art. 24 del nuevo Código Procesal Penal nuestro, establece que “los jueces están obligados a motivar en hecho y derecho sus decisiones, mediante una clara y precisa indicación de la fundamentación” y el Código de Procedimiento Civil, artículo 141, también demanda esta exigencia al establecer que la redacción de las sentencias contendrá la exposición sumaria de los puntos de hecho y de derecho, los fundamentos y el dispositivo. La nota de la buena motivación es predicable no solo de las sentencias, sino también de otras resoluciones judiciales: (autos, providencias, ordenanzas), administrativas y disciplinarias. La falta de motivación de las sentencias judiciales es motivo de casación.

La mayoría de los textos constitucionales resaltan la necesidad de dar motivos para decidir, inclusive el derecho a una sentencia motivada está íntimamente ligada al derecho a una tutela judicial efectiva de jueces y tribunales: ya que el derecho a una tutela judicial efectiva no se agota con el debido proceso, sino que incluye una decisión fundada. Se considera que una sentencia está

mínimamente argumentada cuando permite el control de otro órgano judicial y permite su crítica y cuando muestra el esfuerzo del juez por lograr una aplicación del derecho vigente libre de toda arbitrariedad.

Configuración personal de la teoría del derecho de Trías Monje

Ahora bien, después de este recorrido paradigmático, y tan solo referencial -dado el limitadísimo espacio que nos obliga-, finalizamos volviendo a situarnos en la larga serie de preguntas que pautan la contextualización teórica de los jueces al momento de adjudicar controversias¹⁷, y las que en parte ya fueron enunciadas al comienzo de esta presentación.

Frente a ese vasto panorama relativista, que prefigura la indeterminación cognoscitiva que eventualmente antecede la aplicación del derecho a un caso en concreto, es que Trías Monje postula los esbozos de una Teoría de la Adjudicación en una sola formulación: El juez de nuestro genero de sociedad y de nuestro tiempo, ¿Con base a cuáles postulados debe practicar la adjudicación de derecho?

Los problemas de justicia, validez y eficacia, que generan estos tres elementos respecto de la aplicación del derecho según Bobbio, en Trías Monje quedan replanteados desde otra perspectiva, esta vez con base a cuatro presupuestos distintos: i) concepto de derecho; ii) formación del derecho; iii) métodos de interpretación; y iv) sentido de justicia, que constituyen las categorías del nuevo modelo teórico con que nuestro autor pretende sistematizar la práctica de adjudicación.

Por lo hasta aquí establecido, la particular respuesta del juzgador para cada caso en concreto, estará condicionada por el contexto en que se carga teóricamente la solución particular del caso. Trías Monje, ha configurado lo que él denomina la teoría del derecho personal del juez, estructurada a partir de su postura individual frente a las anteriormente indicadas cuatro categorías, y de las cuales deriva los siguientes postulados, a saber:

i) Concepto de derecho: escepticismo suplementado y provisorio.

Al igual que en las ciencias y en las artes, el devenir histórico de la teoría del derecho ha consistido en un proceso de saltos de una teoría a otra. La fluctuación de la jurisprudencia se ha alternado relativamente entre racionalismo y empirismo, voluntarismo y determinismo, materialismo e idealismo, apariencia y realidad, conocimiento y creencia, escepticismo y credulidad, certeza y duda, iusnaturalismo y positivismo, formalismo y finalismo, y expulsión o reconciliación de la ética con el derecho.

¹⁷La expresión *adjudicación de controversia* es de Trías Monge.

De ese múltiple giro de doctrinas, Trías Monje, forja eclécticamente su propio credo. Entiende que hay que guardarse especialmente del formalismo, el que opera sin evaluar alternativas razonables, y ante el que opone y propone, un *escepticismo debidamente suplementado y con carácter provisorio*, particularmente para las sociedades regidas por el derecho de otros. [esto en franca referencia a su Puerto Rico natal].

Trías Monje, proclama el escepticismo de afirmación y empresa, del que dice “ilustrado mayormente por los escépticos griegos, los epicúreos, los estoicos, los utilitaristas como John Stuart Mill, los relativistas como Gustav Radbruch, los pragmáticos como Williams James, los postmodernistas pragmáticos como Richard Rorty y los escépticos-relativistas-pragmáticos Oliver Wendell Holmes”.¹⁸

“De ese escepticismo creador y emprendedor es que estamos hablando aquí”,¹⁹ aduce dicho autor irrefutablemente en su obra citada. En esa dirección, pragmatismo y neiusnaturalismo no son mutuamente excluyentes, por lo que es de este suplemento, que cualifica su ya referido escepticismo como pragmático y moderado. Arguye dicho autor el carácter provisorio, por la esperanza de poder ser repensado.

No admite el empeño positivista de divorciar el derecho de la ética. De raíz proclama que la moral es parte inextricable del derecho. Comenta que hasta Hart habla de un contenido mínimo del derecho natural. Entiende esta contención de Hart, como probable coincidencia con su escepticismo limitado y provisorio.

ii) Formación del derecho: Rol legislador del juez creador de derecho

En dialogo con Kant, Trías cuestiona que tal como el nómeno, *aun el mundo de los fenómenos se resiste también a entregarnos su clave*. El derecho como justicia es invención humana. No es ínsito de la naturaleza. Ante la pluralidad de justicia y verdad, que hacen que no exista una contestación correcta para cada caso, al juez se le impone la modestia. Por lo que en vez de cazar verdades los juicios razonables han de ser entonces la mayor aspiración.

La formación del derecho en parte es un proceso inconsciente, como lo es la costumbre. Mas, la incorporación de esta al derecho es un acto volitivo consciente. Entorno social y conjunto de creencias, influyen en su establecimiento y desarrollo. Y aunque la voluntad lo hace irremediabilmente maleable, la búsqueda del desiderátum de la legitimidad ha sido causa histórica de no entender el derecho como voluntad.

¹⁸En opinión de Trías Monge, el escepticismo se ha dado en dos variantes principales; la otra variante contraria a la que él asume y acaba de describir, es la que según dicho autor: “termina en frustración, negación y a veces esterilidad y parálisis, representada por los cínicos griegos, aspectos de Maquiavelo, Hume y algunos realistas, criticistas y postmodernistas (...)”, Pag. 393

¹⁹ TRIAS, Ob. Cit. P. 393

El contenido de las reglas cuando no totalmente al menos parcialmente es indeterminado, aunque sí el sistema jurídico no lo sea por completo. Por ello es función del juez impartirles contenido a las normas en cuanto carezcan de significado preciso, lo que se agrava por la misma indeterminación del lenguaje, medio este de aproximación a la realidad, y en el cual vivimos encerrados.

La tarea del juzgador en cuanto aplicar la regla que gobierna los hechos es sueño noble, pero triste ficción. El juez tiene que impartirle a la regla el contenido del que carece en gran parte. Estas, además del ámbito jurídico, el entorno cultural y social. Contra el concepto de separación de poderes, y el obsoleto concepto de soberanía, los jueces legislan y no pueden evitar legislar. Son parte del proceso de formación del derecho.

El juez inevitablemente también crea derecho al interpretar la constitución y las leyes, los precedentes y la doctrina, al aplicar a los casos particulares reglas y principios generales; todo por estar estos aspectos sujetos a grados de indeterminación, lo que tampoco le da licencia para sus preferencias personales, ni para desconocer la objetividad posible y deseable aun cuando esta sea un concepto brumoso.

En un contexto de formación del derecho y de función del juez, ¿Cuáles son los valores del precedente y la doctrina, en tanto fuente del derecho? No se deben perpetuar los errores de otros ni aun los propios. Todo precedente, así como todo principio o doctrina, debe de continuo revalidar su valor. El derecho constitucional, la costumbre y los principios generales del derecho, completan un conjunto de fuentes del derecho que hay que repensar como un conjunto más abarcador que el que estiman las corrientes de pensamientos vigentes o en desarrollo.

iii) Métodos de interpretación de las leyes: implementación total y adecuada de las múltiples opciones

Para Trías, es meritoria la posición tradicional de utilizar todos los métodos de interpretación. Sin embargo, según la pertinencia u adecuación de la acción, advierte que habrán de considerarse algunas especificaciones como las que siguen:

- a) El método gramatical debe utilizarse con conciencia de sus limitaciones, para no excederse hasta el literalismo o textualismo.
- b) El método lógico también debe emplearse con total conciencia de la inadecuación de la lógica formal, la silogística y el deduccionismo estéril. En cambio, debe proponerse la lógica de lo razonable.
- c) El método histórico es idóneo para el juez aproximarse al sentido de un texto a través del conocimiento de su historia.

d) El método analógico es técnica recomendable en el derecho civil. Debe responder a las exigencias de la racionalidad y la funcionalidad, tal y como hay que cumplirlas en el derecho comparado, con base a su máxima: “Donde existe la misma razón debe ser idéntica la regla aplicable”.

e) El método teleológico que debe interpretar a tono con el objeto de la ley, debe buscar el propósito que persigue el texto. Los fines del derecho son más amplios que los conceptos. Este método debe presidir la labor interpretativa.

f) El método sistemático o integrista ha de procurar acoplar o encajar la alternativa decisoria con el resto del sistema jurídico. En armonía con los valores, este método es regla de interpretación del más alto rango.

iv) Sentido de justicia: la equidad como factor que aproxima el derecho a la justicia

Cual imperativo categórico puro y simple, Trías declara que la justicia se imparte porque así debe hacerse. Los valores de la libertad y la justicia no pueden estar sujetos a cálculos de utilidad o beneficio. Los valores primarios al servicio de la vida buena y el bien común aun indemostrables, imprimen legitimidad.

El principio de equidad es el factor preeminente en el esfuerzo de aproximar el derecho a la justicia. Este resume y complementa los métodos de interpretación. También en la formación del derecho su papel es ampliamente reconocido.

A continuación se transcribe textualmente el párrafo con el que el mismo Trías Monje cierra su obra citada: “No habrá soluciones únicas y mágicas a los conflictos que el juez confronte; lo rondará siempre la intranquilidad sobre si lo que resuelva como juez es lo que mejor sirve los valores de la vida buena y de una sociedad justa, habrá diversidad de criterios, pero esa intranquilidad de conciencia es parte de su difícil oficio e impulsora de modestia y tolerancia, es fuerza que lo obligará a la búsqueda incesante de una justicia objetiva hasta donde exista o esté a su alcance”.²⁰

Como se desprende del desarrollo de estas concepciones, todas tienen sus defensores y detractores, desacuerdos que nos permiten comprender las bondades y limitaciones de cada una de ellas. Teorías que son modelos que no pueden reproducir de forma fiel la realidad, por lo que no podemos afirmar que una determinada teoría es mejor que otra, lo importante es tener claro y comprender cómo funciona el sistema jurídico, para en cada solución jurídica asumir la teoría más plausible. “No hay mejor práctica que una buena teoría”.

²⁰TRÍAS, Ob. Cit. P. 419