

LA NECESIDAD DE UNA TEORÍA DE LA DECISIÓN JUDICIAL Y DE SUS CRITERIOS: RESPONSABILIDAD POLÍTICA DEL JUEZ Y LÍMITE A LAS INTERVENCIONES DEL PODER JUDICIAL

Pablo Dietrich

Graduado (Bacharel) en Derecho por la Universidade Regional de Blumenau – FURB. Artículo elaborado a partir del trabajo de conclusión de curso dirigido por el Prof. MSc. Feliciano Alcides Dias · Lattes

<http://lattes.cnpq.br/2467496149913328> · ORCID 0009-0003-5447-0550 · Correo electrónico:

pablodietrichh@hotmail.com

Traducción del autor. Traducción al español, realizada por el autor, de: DIETRICH, Pablo. A necessidade de uma teoria da decisão judicial e de seus critérios: responsabilidade política do juiz e limite às intervenções do poder judiciário. *Revista Nexus Interdisciplinar*, Natal/RN, v. 1, n. 3, p. 671–701, jul./sep. 2026. ISSN 3086-4402. DOI: [10.47538/RNI-2026.V1N3-40](https://doi.org/10.47538/RNI-2026.V1N3-40). El texto en portugués publicado por la revista es la versión de referencia; esta traducción se distribuye bajo la licencia CC BY 4.0, con atribución a la publicación original.

RESUMEN

Este artículo examina la necesidad de una teoría de la decisión judicial y de criterios claros de decisión, junto con la reserva de consistencia, para medir la responsabilidad política del juez y limitar las intervenciones del Poder Judicial. Se discuten tres hipótesis: a) el sentido común teórico que orienta a los juristas brasileños está formado por restos del positivismo exegético y del positivismo de Kelsen, por la teoría de la argumentación de Robert Alexy, por la jurisprudencia de los valores y por el activismo judicial norteamericano; b) ese sentido común no se sostiene, porque esas teorías fueron recibidas de modo equivocado en Brasil y producen efectos negativos sobre las decisiones judiciales en un Estado Democrático de Derecho; y c) existe la necesidad de una teoría de la decisión judicial y de criterios definidos para medir la responsabilidad política del juez, limitar las intervenciones del Poder Judicial, establecer parámetros para el uso de los precedentes y preservar el Estado Democrático de Derecho. Tras exponer ese consenso teórico y las críticas de Lenio Luiz Streck —el uso indiscriminado de principios, la arbitrariedad y el incumplimiento de la ley—, se concluye que la necesidad de esa teoría quedó demostrada y que el sentido común vigente debe transformarse para abrirle espacio.

Palabras clave: Estado Democrático de Derecho; Teoría de la Decisión Judicial; Hermenéutica Jurídica; Protagonismo Judicial; Reserva de Consistencia.

INTRODUCCIÓN

El Poder Judicial interviene cada vez más en las relaciones jurídicas, ya sea para extinguirlas, ya para crearlas o modificarlas. Esa intervención, sin embargo, viene consolidando el protagonismo judicial,¹ que no es admisible en un Estado Democrático de Derecho. Al mismo tiempo, gana fuerza la abstracción en las decisiones: el caso concreto pierde espacio frente a los precedentes, aplicados sin ningún parámetro democrático.

Conviene aclarar desde ahora que el objetivo de esta investigación no es la intervención del Poder Judicial en sí misma, sino la manera en que interviene y las cuestiones de interpretación que subyacen a ese acto. La crítica se dirige al protagonismo judicial, y no a la intervención, que es inseparable de la propia función de juzgar.

Cuando se impone, por decisión judicial, una obligación de hacer con base en un contrato de seguro, esa decisión debe fundamentarse de forma democrática y responsable. No basta con apoyarla en normas de contenido indeterminado, en cláusulas generales y en seudoprincipios jurídicos —recursos arbitrarios, porque anclados únicamente en la conciencia de quien juzga—, ni debe limitarse a reproducir decisiones anteriores. Las intervenciones necesarias del Poder Judicial no pueden, por tanto, servir de excusa para el protagonismo del juzgador: el consenso actual no es adecuado a los fines de la Constitución de 1988 ni al Estado Democrático de Derecho por ella erigido. Es necesario que la fundamentación de la decisión tenga en el centro la responsabilidad política del juez² y una base de legitimación proporcionada por una teoría de la decisión judicial, vinculada a propuestas de interpretación compatibles con el Estado Democrático de Derecho y con el estadio actual de la ciencia jurídica.

Los problemas vinculados a la intervención judicial son de dos órdenes: la fundamentación de las decisiones y los límites de la intervención. Aunque distintos, la solución para ambos está en el mismo lugar: un conjunto de propuestas teóricas de interpretación que tracen límites y condiciones suficientes para una jurisdicción verdaderamente democrática, capaces de establecer una teoría de la decisión judicial y criterios³ para que el juzgador decida. No basta, sin embargo, un conjunto de criterios capaces de hacer democrática la decisión: es preciso, además, elegir un mecanismo para medir la responsabilidad política del juez. Se alude aquí a la reserva de consistencia,⁴ cuya función es fijar el contenido mínimo y necesario —no solo jurídico— que debe constar en la fundamentación, y que funciona junto con la teoría de la decisión judicial y sus criterios.

Es preciso también que los juzgadores cambien de postura respecto de la abstracción en las decisiones. Se camina hacia el análisis comparado de casos: si el caso X se lleva a juicio y tiene una razón de derecho semejante a la del caso Y, juzgado antes, la solución dada al caso X será idéntica a la del caso Y, pasando por alto innumerables cuestiones particulares. El punto central está en la inexistencia de criterios democráticos para comparar un caso con otro.

Para abordar el problema, se formulan las siguientes hipótesis: a) el sentido común teórico en *terrae brasiliis* comprende los restos de los positivismos exegético y kelseniano, la teoría de la argumentación de Robert Alexy, la jurisprudencia de los valores y el activismo norteamericano; b) ese sentido común es insostenible, en la medida en que esas recepciones teóricas son equivocadas y generan consecuencias negativas para las decisiones judiciales en un Estado Democrático de Derecho; c) existe la necesidad de una teoría de la decisión judicial y de criterios, junto con la reserva de consistencia, para medir la responsabilidad política del juez, limitar las intervenciones

del Poder Judicial, establecer parámetros para la aplicación de los precedentes y, así, mantener íntegro el Estado Democrático de Derecho.

El método utilizado es el deductivo, mediante el procedimiento monográfico. La técnica de investigación es la documentación indirecta, en sus especies documental y bibliográfica.

EL SENTIDO COMÚN TEÓRICO EN BRASIL

El positivismo exegético y sus restos

El positivismo exegético, surgido en la Francia del siglo XIX, se caracteriza por el rigor interpretativo, pues se limitaba al análisis literal del texto de la ley. El juez, en ese período, era la “boca de la ley”, en el sentido de que funcionaba solo como portavoz de la estricta voluntad del legislador, en aquella época el monarca.

Ello deriva de la postura científica dominante en ese momento histórico, cuya base determinaba que solo los hechos, por someterse a la experiencia, tenían naturaleza científica. De ahí la elección, en el campo jurídico, de ese objeto de naturaleza científica, que para los juristas pasó a ser la ley; los estudios jurídicos se limitaban, por tanto, a las leyes y a los códigos (Streck, 2011, p. 31). El positivismo era, así, una concepción según la cual solo lo que estaba puesto en la ley se consideraba parte de la ciencia jurídica; el resto, el derecho natural, ya no formaría parte del mundo jurídico (Bobbio, 1995, p. 26). Ese entendimiento surgió con la formación del Estado moderno, tras la disolución de la sociedad medieval, que era plural y veía el derecho como fenómeno social (Bobbio, 1995, p. 26-27).

Se afirmaba que las leyes eran autosuficientes y capaces de resolver todos los problemas, al punto de que la ley recibió el apodo de sagrada. Los problemas de interpretación, evidentemente, existían y pasaron a incomodar a los exégetas, sobre todo porque la realidad cambia y el rigor literal de las disposiciones legales de antaño no admitía cambios (Streck, 2011, p. 32). La solución encontrada, en un primer momento, fue el uso de la analogía y de los principios generales del derecho, vistos de forma estricta y excepcional; de todos modos, la rigidez duró años, y la interpretación correcta era la que reproducía los términos literales de la ley.

En cuanto a los restos del positivismo exegético, se constata que hoy repercute en sentido contrario a su propia naturaleza: el juez, para no ser la boca de la ley —algo actualmente condenable—, acaba por subvertirla con el protagonismo judicial (Streck, 2011, p. 31). No se da cuenta de que, al huir del rigor legalista, actúa tan mal como si estuviera preso del legalismo.

Véase la decisión del Supremo Tribunal Federal sobre el aborto de fetos anencefálicos (ADPF 54), en la que se declaró la inconstitucionalidad de la interpretación según la cual esa hipótesis está tipificada en los artículos 124, 126 y 128, incisos I y II, del Código Penal. El STF no se restringió al texto de la ley, pues creó una modalidad de aborto —o, según algunos ministros, solo de interrupción del embarazo—. Hubo activismo judicial, entendido, en ese contexto, como alejamiento total de la ley, violación de la separación de poderes y quebranto del

Estado Democrático de Derecho. Súmese a ello la confusión en la interpretación constitucional, sobre todo en cuanto a los principios, que se convirtieron en coartadas teóricas para introducir en el juicio posiciones morales de los juzgadores —su conciencia—, que nada valen jurídicamente.

No se está defendiendo la recuperación del positivismo exegético; se quiere señalar el problema del abandono total de la ley, pues desconsiderarla es tan malo como observarla y aplicarla de forma absoluta y ciega. Aristóteles ya observaba que lo correcto es el término medio, es decir, aquello que está entre el exceso y el defecto (2002, p. 50-55). Cabe citar, en este punto, dos decisiones del Ministro Luís Roberto Barroso, del STF, que ponen de manifiesto la confusión teórica resultante de la adhesión, no pocas veces inconsciente, a los positivismos exegético y normativista.

La primera se atiene a la letra de la ley (Acción Penal 565) y afirma que es el Congreso Nacional quien tiene el derecho de revocar mandatos políticos; la segunda (Medida Cautelar en Mandado de Segurança 32.326), en cambio, determina, con base en argumentos de valor (metajurídicos), la anulación de la decisión del Congreso Nacional que no revocó el mandato del Diputado Donadon (Streck, 2013c, p. 1-5). No se autoriza que, en un momento, el juez se valga de la formalidad de la ley para denegar una pretensión y, en otro, se sirva de la posibilidad interpretativa —*alexiana*, por ejemplo— para concederla. Se sostiene, por tanto, la necesidad de un término medio interpretativo capaz de limitar la intervención del Poder Judicial y de establecer parámetros para la aplicación de los precedentes.

La teoría pura del derecho de Hans Kelsen y sus restos

En razón del aumento de los problemas vinculados al positivismo exegético, se buscó perfeccionar el rigor científico ligado al derecho puesto, sobre todo porque el alcance de ese hecho aumentó mucho con la intensificación, en el siglo XX, de la intervención del Estado en la sociedad. Ese perfeccionamiento es llamado por Streck (2011, p. 32) positivismo normativista. En ese contexto surge Hans Kelsen y su teoría pura del derecho (TPD).

Kelsen buscó desarrollar una teoría del derecho pura, es decir, sin intervenciones externas. Quería purificar la ciencia jurídica de la metafísica, de las ideologías, de la política, de la moral y de otras ramas científicas, pues solo así se alcanzaría la exactitud del método científico: Kelsen (2006, p. 11) quería que la ciencia jurídica fuera de hecho ciencia, y no aquello en lo que se estaba convirtiendo —y, dicho sea de paso, en lo que vuelve a convertirse hoy—. La propia justicia, según él, no debería computarse a efectos de la ciencia jurídica, dada su indeterminación y su subjetivismo (Kelsen, 2006, p. 54). Kelsen se limitó, así, al conjunto de normas que compone el ordenamiento jurídico positivo del Estado, al que da el nombre de positivismo jurídico (2006, p. 5), corriente poco comprendida por los profesionales del derecho actualmente, pues gran parte de ellos confunde el positivismo exegético con el kelseniano o, como lo denomina Streck, normativista.

Debe partirse del término norma, concepto fundamental de la TPD. Kelsen entendía la norma como algo que debe ser u ocurrir (*Sollen*): si la conducta está de acuerdo con lo que ella

prescribe, será lícita; si está en desacuerdo, será ilícita. Además, la norma sirve al operador jurídico como esquema de interpretación, pues es a través de ella como ve la realidad (Kelsen, 2006, p. 4-5). No toda norma, sin embargo, tiene validez y fuerza vinculante: Kelsen (2006, p. 9) condiciona esas características solo a las normas producidas según reglas de competencia previamente establecidas en una norma jerárquicamente superior, que es la Constitución.

Esta, a su vez, recibe validez de una regla superior fundante, cuya existencia es solo presupuesta, denominada norma fundamental (*Grundnorm*), que no es, al menos necesariamente, la Constitución, sino la norma primera y suprema que inauguró el orden jurídico en un lugar dado (Kelsen, 2005, p. 169). El sistema de la TPD es, por tanto, unitario y puede verse como una pirámide escalonada: las normas situadas por debajo de la norma fundamental deben guardar compatibilidad con ella, y es compatible la producida conforme a los moldes de la norma superior (Kelsen, 2006, p. 33). De ahí se observa que el derecho positivo puede tener cualquier contenido, pues lo que importa es la forma de producción de la norma, no su contenido (Kelsen, 2006, p. 221).

Otro punto fundamental es la interpretación jurídica, que Kelsen (2006, p. 387) vincula a la formación escalonada del ordenamiento: la interpretación es una operación mental que revela el sentido de la norma superior para, en sus términos, fundamentar la norma inferior, que puede ser, por ejemplo, una norma individual dictada por un juez. En consecuencia, la aplicación del derecho es solo una fase del ordenamiento. Cuando un juez decide, no está declarando algo, sino constituyendo, pues no descubre un derecho previamente establecido y acabado: crea una norma inferior destinada a producir efectos sobre una situación específica (Kelsen, 2006, p. 261-262).

Ocurre que las normas de escalón superior no son completas, de manera que dejan margen de libertad al aplicador-creador. De ahí que Kelsen afirme que esas normas tienen carácter de marco que ha de llenarse (2006, p. 388). Para completar, dentro de los límites del marco, el espacio vacío dejado por la norma superior, el aplicador-creador ejerce un acto de elección/voluntad que podrá acarrear más de una consecuencia aceptada por el ordenamiento (Kelsen, 2006, p. 392-395). Kelsen (2006, p. 396) sienta, así, otra base de su teoría: la discrecionalidad en el acto de aplicación/creación de la norma inferior ante la incompletitud de las normas superiores y la aceptación de más de una respuesta correcta a la luz del ordenamiento.⁵

Kelsen (2006, p. 77-78) propone además que la ciencia jurídica debe estar exenta de moral, pues los patrones morales son relativos y varían según el tiempo y el lugar, lo que los vuelve inservibles para la apreciación valorativa del derecho. Por último, la TPD niega el carácter jurídico de los principios, que tendrían una naturaleza distinta de la jurídica y estarían relacionados con la moral, la política o las costumbres (Kelsen, 2006, p. 145-156).

Expuesta en líneas generales la TPD, cabe afirmar que, aunque ocurra de modo inconsciente, gran parte de la jurisprudencia —y también de la doctrina— está impregnada del positivismo normativista de Kelsen, lo que crea un escenario propicio para arbitrariedades. Las dos decisiones del Ministro Barroso ya mencionadas ponen de manifiesto esa discrecionalidad: el

segundo fallo destaca la inclusión de argumentos metajurídicos y el uso de aquello que Streck denomina predadores externos del derecho, y el primero resucita el exegetismo del juez boca de la ley. Ese modo de decidir es insostenible en el momento histórico actual, de manera que se presenta como necesaria una teoría de la decisión judicial.

La teoría de la argumentación de Robert Alexy y la jurisprudencia de los valores

Pese a que los positivismo exegético y normativista guardan sus diferencias básicas, ambos adoptaban, con diferencia de grado, la subsunción de los hechos en las normas como criterio de aplicación del derecho, de manera que esa fórmula fue la única durante mucho tiempo. Ese razonamiento sigue siendo fundamental, pero recientemente la dogmática jurídica sufrió un cambio de paradigma, al darse cuenta de la insuficiencia de la subsunción (Barroso, 2009, p. 358).

Barroso (2009, p. 359) ofrece un ejemplo pertinente: dos normas que inciden sobre el mismo conjunto de hechos. De un lado, la libertad de prensa y de expresión; de otro, el honor, la vida privada y la intimidad, ambas con previsión constitucional expresa. Ocurre que apuntan a soluciones distintas, pues protegen valores diferentes. Dentro de la lógica de la subsunción, solo una se aplicaría, porque la otra sería inmediatamente descartada. En la fórmula de la ponderación, en cambio, el trabajo se realiza de modo multidireccional, es decir, sin descartar normas; al contrario, estas se reúnen de forma que se cree una síntesis aplicable al conjunto de hechos. En la práctica, esa tarea se vuelve ardua, pues el intérprete deberá considerar la importancia y la pertinencia de las normas para el caso, midiendo con atención las consecuencias de su decisión.

Esa fórmula se denomina técnica de ponderación, cuya base se encuentra en la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy, y se presenta como técnica para decidir *hard cases* (casos difíciles). Barroso (2009, p. 361) afirma que la ponderación es un proceso formado por tres etapas: en la primera, el intérprete detecta las normas que inciden en el caso; en la segunda, se examinan los hechos y las circunstancias concretas y su correspondencia con los elementos normativos escogidos; y la tercera consiste en la ponderación propiamente dicha, entendida como opuesta a la subsunción. El punto central está en la tercera etapa, pues es en ella donde el intérprete aplicará la norma al caso concreto.

Alexy (2011, p. 90-91) enseña la diferencia entre normas-reglas y normas-principios: “El punto decisivo en la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes”. Las reglas, por otro lado, son normas que se cumplen o no se cumplen, de forma que no hay posibilidad de ponderación, de lo que resulta la necesidad de hacer exactamente lo que la regla determina.

Los principios son, así, mandatos de optimización que se satisfacen en grado variable; y las reglas, determinaciones limitadas a lo jurídica y materialmente posible. Por tanto, “la distinción entre reglas y principios es una distinción cualitativa, y no una distinción de grado. Toda norma es o bien una regla o bien un principio” (Alexy, 2011, p. 90-91). Si hay colisión entre

principios, uno de ellos tendrá que ceder para que el otro se aplique, sin que ello implique su invalidación o exclusión (Alexy, 2011, p. 92-93).

De ahí la existencia de decisiones en sentidos opuestos sobre el mismo contenido y de votos contrarios en un mismo juicio, pues los intérpretes, ante los mismos hechos y normas, llegan a conclusiones diversas en razón de la propia naturaleza del proceso ponderativo (Barroso, 2009, p. 364). La teoría de Alexy pretende elegir la mejor argumentación: no sirve para fijar la decisión correcta, pues para ella no hay una única decisión correcta, sino una fundamentación racional que señala la mejor decisión entre las posibles (Barroso, 2009, p. 365). Exige, por ello, una motivación profunda cuando se utiliza la ponderación, dado que el juzgador recorre las etapas con mayor grado de discrecionalidad y debe guiar a las partes por ese camino interpretativo (Barroso, 2009, p. 366).

Ante este cuadro, surge el problema del control de la racionalidad del discurso jurídico, que se agrava conforme al grado de libertad concedido a quien decide. En este contexto, cabe mencionar la jurisprudencia de los valores, que sirvió a Alemania para reducir la tensión producida tras el otorgamiento de la *Grundgesetz* (ley fundamental) por los aliados, en la segunda posguerra. Hubo, en los años siguientes, un enorme esfuerzo por parte del *Bundesverfassungsgericht* para legitimar ese otorgamiento, en vista de la falta de participación del pueblo en su elaboración: el tribunal invocaba argumentos que permitían criterios de decisión más allá de la estructura rígida de la legalidad, de manera que la indicación de valores comienza a aparecer como medio para fundamentar decisiones que escapaban al ámbito de la ley fundamental (Streck, 2011, p. 48). Se usaban los valores, en suma, por una necesidad históricamente justificada.

Sin embargo, Streck enseña que la jurisprudencia de los valores fue tomada en préstamo por los teóricos brasileños para atribuir a la Constitución la calidad de orden concreto de valores, correspondiendo a los intérpretes el papel de encontrar y revelar esos valores (2011, p. 48), de modo que se instala el moralismo y se legitiman las decisiones conforme a la conciencia de quien juzga (Ramos, 2010, p. 88). Si el propio modelo interpretativo se basa en la discrecionalidad y en la invocación de valores, se vuelve casi imposible controlar las decisiones judiciales.

El activismo judicial norteamericano

Cabe analizar la cuna del activismo judicial, que son los Estados Unidos de América. En ese país, la discusión sobre el papel de los jueces y de los tribunales en el sistema político es profunda y antigua, e incluso se confunde con el propio constitucionalismo estadounidense. El activismo judicial en la Corte Suprema se desarrolló en un ambiente ideológico, político, social y cultural intenso, razón por la cual adquirió una utilidad didáctica singular (Campos, 2013, p. 96).

El sistema estadounidense opera según los dictados del *common law*. En ese sistema, la decisión judicial define la controversia y, al mismo tiempo, tiene valor de precedente, de forma que ocupa el puesto de fuente principal del derecho: las decisiones, además de concretar derechos, vehiculan normas jurídicas destinadas a regular conductas (Ramos, 2010, p. 105). El *common law*

designa una familia de derecho, en contraposición a la familia romano-germánica, el *civil law*, a la que se vincula el derecho brasileño (Soares, 1999, p. 31).

Farnsworth (*apud* Soares, 1999, p. 41) enumera las cualidades que sostienen ese sistema: *equality*, la posibilidad de que casos futuros semejantes reciban las mismas decisiones; *predictability*, la previsión de que los procesos futuros se juzgarán conforme a los ya juzgados; *economy*, pues, ante asuntos ya asentados, los nuevos casos se juzgarán con mayor rapidez; y *respect*, pues la publicidad de las decisiones tiende a generar obediencia a lo ya decidido. En el *common law*, por tanto, la base del sistema reside en la idea de que el derecho se orienta a la resolución de cuestiones prácticas, planteadas caso por caso; la doctrina es extremadamente frágil y rara vez sirve de base para las decisiones⁶ (Soares, 1999, p. 53).

La familia del *civil law*, por otro lado, tiene su base en la compilación y codificación del derecho romano, lo que paulatinamente estableció soluciones racionales y transformó el derecho en un sistema de preceptos agrupados (Soares, 1999, p. 27). Ese sistema, sin embargo, presenta cierta rigidez lógica traída por la legislación vigente, de lo que resultaron posturas que buscaban reducirla. El mecanismo inicialmente utilizado fue la equidad, con el objetivo de templar el rigor de la ley y el formalismo de la lógica, ya que corresponde al Poder Judicial la realización de los valores de la justicia (*suum cuique tribuere*). De ello deriva la supuesta legitimación del juzgador para ir más allá de los límites impuestos por el ordenamiento, olvidando la función típica del poder al que pertenece y usurpando funciones de otros poderes.

Ocurre que el sistema adoptado en Brasil es el del *civil law*, en el que la jurisprudencia no es fuente del derecho.⁷ Las decisiones judiciales están dotadas de una normatividad mínima: pueden regular situaciones, siempre que esa regulación se limite a los actos normativos previamente dictados. De ahí que los juzgadores no estén autorizados a ampliar, excluir o reducir contenidos normativos establecidos anteriormente por el órgano legislativo competente (Ramos, 2010, p. 107). Cuando el Poder Judicial sobrepasa ese límite, actúa de manera activista y crea, extingue o modifica derecho, usurpando una función ajena. En un ordenamiento de origen romano-germánico, el activismo está ligado a la disfunción en el ejercicio del poder jurisdiccional, pues rompe los límites democráticamente establecidos por el poder al que la Constitución atribuyó la función legislativa (Ramos, 2010, p. 107).

En Brasil, el papel del Supremo Tribunal Federal se amplió considerablemente con la Constitución de 1988 y, en consecuencia, esa Corte sufrió una profunda alteración cuantitativa y cualitativa en el escenario sociopolítico nacional. Al resolver los casos, el Supremo ha utilizado técnicas de decisión que, no pocas veces, desembocan en activismos, pues permiten ampliar los poderes procesales de la propia Corte, alterar e intensificar los efectos de sus decisiones e interferir en la capacidad jurídica de otros poderes (Campos, 2013, p. 95). El activismo está presente en todas las instancias de la jurisdicción, pero adquiere mayor repercusión cuando se presenta en la Corte suprema.

La injerencia del Poder Judicial no se limita al ámbito del Legislativo, en la medida en que al Ejecutivo se le viene usurpando, por parte de los jueces, su función de ejecutor de políticas públicas. La teoría sustancialista, defendida por Dworkin (1999, p. 305-306), autoriza al Poder Judicial a procurar la concreción de los derechos fundamentales, elevándolo a la calidad de transformador. Esa autorización teórica encuentra, no obstante, un obstáculo en el principio democrático, dado que los jueces, a diferencia de los legisladores y gobernantes, no están dotados de legitimación para representar al pueblo. Se adopta aquí la teoría procedimentalista, que critica la invasión de la política y de la sociedad por los jueces, denominada gigantismo del Poder Judicial (Habermas *apud* Streck; Morais, 2000, p. 40).

El sentido común teórico en *terrae brasilis*

La dogmática jurídica está colmada de valores, creencias y justificaciones proporcionados por disciplinas específicas, cuya legitimación deriva de entes institucionalizados, tales como el parlamento, los tribunales y las facultades de derecho. Warat (1994, p. 57) denomina esto sentido común teórico de los juristas, que traduce la acumulación de prácticas jurídicas institucionales y culmina en un entramado de representaciones funcionales derivadas de conocimientos morales, teológicos, metafísicos, estéticos, políticos, científicos, profesionales y familiares, que los operadores jurídicos acatan diariamente como verdad. En consecuencia, ese sentido común propicia una especie de *habitus*, de lo que resulta un conjunto de prácticas ocultadas por la *communis opinio doctorum*, que implican el conocimiento acrítico y cómodo de las categorías jurídicas: la actividad jurídica pasa a ser rutinaria y trivializada, y el profesional del derecho se convierte en mero receptáculo del capital simbólico, es decir, de una combinación de conocimiento, prestigio, reputación, autoridad y grado académico (Bourdieu *apud* Faria, 1991, p. 91).

Ese sentido común opera en cuatro funciones: la normativa, que se limita a atribuir contenido a los textos legales; la ideológica, que homogeneiza valores sociales y jurídicos; la retórica, que hace efectiva la función ideológica al proporcionar un complejo de argumentos y de condiciones de sentido retórico; y la política, que reasegura las relaciones de poder destinadas a los fines perseguidos por el Estado (Warat, 1994, p. 91). Se concluye que la práctica cotidiana de los operadores jurídicos no alberga la facultad de conocer basada en patrones fácticos, lógicos, éticos, científicos y epistemológicos, pues el sentido común teórico implica el conocimiento de valores sin, no obstante, explicarlo, de lo que resulta el conformismo de los operadores jurídicos y su dificultad para superar vicios cotidianos.

En los apartados anteriores se expusieron los restos de los positivismos exegético y normativista, la teoría de la argumentación de Alexy, la jurisprudencia de los valores y el activismo judicial norteamericano, con la finalidad de sintetizar el sentido común teórico presente en la mayoría de las decisiones judiciales dictadas en Brasil. Aunque no se constate expresa y directamente, ese sentido común está permeado por esas teorías, de manera que las acciones de los profesionales jurídicos se orientan por ellas, consciente o inconscientemente. Entender y

detectar ese contexto dominante es tarea de la crítica del derecho, que ataca directamente la base de la dogmática jurídica al negar los presupuestos sobre los que se inicia y se mantiene el proceso conformista de los profesionales del derecho. Para ello, es preciso tener presente que el derecho es más que palabras: consiste también en comportamientos, símbolos y conocimientos expresados por medio del lenguaje (Streck, 2004, p. 239-241).

LAS CRÍTICAS ELABORADAS POR LENIO LUIZ STRECK

Cuestiones preliminares

El Estado Democrático de Derecho

Streck (2011, p. 486) propone que cualquier discusión actual sobre el derecho brasileño debe tomar en consideración los parámetros del Estado Democrático de Derecho, dado que esa especie de Estado es responsable de la superación de los autoritarismos y totalitarismos surgidos en el siglo XX.

El Estado Democrático de Derecho tiene un contenido mucho más amplio que el de los Estados Liberal y Social de Derecho, principalmente porque pretende transformar la realidad, mientras que el Estado Social se limitaba a una adaptación continua de las condiciones sociales de existencia (Streck; Morais, 2012, p. 97). Su esencia va más allá de la simple búsqueda de la concreción de una vida digna, de forma que se califica como promotor de la participación pública (Streck; Morais, 2012, p. 98), entendida como el acto por el cual todo ciudadano contribuye a la construcción y reconstrucción de la sociedad en la que está inserto. Opera según los principios de constitucionalidad, de organización democrática de la sociedad, del sistema de derechos y garantías fundamentales, de la justicia social como correctora de la desigualdad, de la igualdad sustancial, de la separación de poderes, de la legalidad como forma de excluir la arbitrariedad y de la seguridad jurídica (Streck; Morais, 2012, p. 98-99).

Mientras que al modelo liberal le basta limitar la acción estatal mediante una ley general y abstracta, y el Estado Social exige una actuación positiva de los gobernantes, el Estado Democrático tiene como meta la igualdad concreta: su objetivo es la transformación del *statu quo* por medio de la participación popular (Streck; Morais, 2012, p. 100). Así, la voluntad de poder de uno o de algunos no debe sustituir a la producción democrática del derecho, de modo que el carácter subjetivista debe rechazarse en favor del principio democrático. En una sola frase: “[...] el paradigma del Estado Democrático de Derecho está asentado en la intersubjetividad” (Streck, 2011, p. 264).

El constitucionalismo contemporáneo

El término neoconstitucionalismo es usado con frecuencia por los juristas brasileños, pero conduce a errores relacionados con las recepciones equivocadas. Sirvió bien, inicialmente, para afirmar la fuerza normativa de la Constitución; pero, en Brasil, viene incentivando a los operadores jurídicos a recibir acríticamente la jurisprudencia de los valores, la ponderación

alexiana, el activismo judicial norteamericano y, aunque sea inconscientemente, el normativismo kelseniano (Streck, 2011, p. 35).

Para apartar tales ambigüedades teóricas, Streck (2011, p. 36) formuló el concepto de constitucionalismo contemporáneo. En el estadio dogmático constitucional brasileño actual, la cuestión democrático-normativa y la integridad de la jurisdicción están claramente superadas gracias a la Constitución de 1988, de modo que el término neoconstitucionalismo solo sirve para generar contradicción e incentivar las recepciones equivocadas. Esa idea da pie a la conclusión de que hubo una superación del constitucionalismo anterior; sin embargo, lo que ocurrió fue la continuidad del movimiento con nuevas conquistas (Streck, 2011, p. 37).

Se equivocaron los autores según los cuales el neoconstitucionalismo representa la superación del positivismo, autores que, con fundamento en la necesidad de superar la letra de la ley, se volvieron valorativistas. Se observa, además, una apuesta por el término como si fuera la esperanza de realización del derecho, que se haría efectiva por intermedio de los jueces (Streck, 2011, p. 36); de ahí surge el protagonismo judicial. El constitucionalismo contemporáneo significa, por el contrario, una ruptura con los positivismos, dado que sus características son opuestas a los dictados positivistas (Streck, 2011, p. 65).

La hermenéutica jurídica en crisis

La Constitución no se hace efectiva debido a la crisis de paradigma que obstaculiza su acontecer, de forma que los objetivos de la justicia social, de la igualdad y de la función social de la propiedad se convierten en meras promesas (Streck, 2004, p. 294). La crisis responsable de ello se circunscribe a dos puntos: el esquema sujeto-objeto y la filosofía de la conciencia, ambos basados en la concepción liberal-individualista del derecho.

El esquema sujeto-objeto se caracteriza por la creencia en la existencia de un significado primero, al que se ajustarán posteriormente los hechos. El operador jurídico sería un mensajero de un mensaje previamente existente, sin que necesitara desplazarse hasta él (Streck, 2004, p. 297): el conocimiento estaría en el propio sujeto. Ocurre que el mensajero ya debe venir con el mensaje y, antes de ello, desplazarse hasta él, de modo que no hay algo previamente puesto y separado de la interpretación y del lenguaje (Heidegger *apud* Streck, 2004, p. 297). El lenguaje es aquello por lo que se interpreta el objeto y, posteriormente, se llega al conocimiento, razón por la cual debe servir de base para la hermenéutica actual.

Aunque el modelo liberal-individualista se haya superado en Brasil con la Constitución de 1988, los operadores jurídicos siguen utilizando las técnicas de antaño, ya no compatibles con lo que determina el nuevo centro del ordenamiento jurídico (Streck, 2004, p. 294). El operador mira lo nuevo con los ojos de lo viejo y olvida que la Constitución es razón suficiente para abandonar las posturas antiguas. No puede, además, sobreponer el sujeto que conoce al objeto que ha de ser conocido, lo que culmina en la prevalencia de la voluntad de uno sobre la de los demás (Streck, 2004, p. 295), y es exactamente en eso en lo que se basa la filosofía de la conciencia, que considera al sujeto el punto central del conocimiento. Además de antidemocrática, tal corriente ya

no se sostiene frente a la filosofía del lenguaje, que traslada los problemas filosóficos al ámbito del lenguaje, en el que el mundo es descubierto y entendido (Streck, 2010, p. 14).

La ruptura con ese esquema acarreará la pérdida, por parte del operador jurídico, del poder de decir el mundo; este pasará a utilizar el lenguaje sin atribuir valores ni fijar aspectos morales, es decir, ya no protagonizará y será un operador democrático del derecho, que aplicará adecuadamente las normas erigidas por el pueblo, sin dictar las suyas propias (Streck, 2004, p. 295). El problema es que esto asusta a algunos operadores jurídicos, que no quieren perder ese poder.

Las críticas

Los positivismos exegetico y kelseniano

El positivismo exegetico fue superado hace mucho tiempo, en la medida en que no se concibe al juez como mero reproductor de textos legales, a ejemplo de una computadora que opera de forma limitada un sistema rígido. No obstante, repercuten todavía ciertos restos, pues los operadores jurídicos, en un momento, huyen de la ley y, en otro, se aferran a ella, siempre con la finalidad de asegurar la observancia de su conciencia, como si la ley fuera un líquido que cupiera en cualquier recipiente, según la voluntad del sediento.⁸

Existe, ante ello, una mezcla teórica entre los positivismos exegetico y normativista y los neopositivismos. Los operadores jurídicos, aunque no lo noten, usan como base de sus razonamientos las tres vertientes citadas y, en efecto, producen inseguridad jurídica y, no pocas veces, arbitrariedad enmascarada de discrecionalidad. Streck (2011, p. 33) no busca criticar la estructura de la TPD; dirige sus críticas al problema planteado por Kelsen, relacionado con la idea de discrecionalidad del intérprete (el marco de la norma), que sobrevive en el inconsciente de los operadores jurídicos en Brasil. El propio Kelsen afirma que la desviación implicada por los subjetivismos en el momento de la interpretación no puede corregirse.

Para Streck (2011, p. 34), Kelsen no trató el principal problema del derecho, que es la aplicación de la norma (interpretación concreta), de modo que su tesis quedó profundamente afectada por ello. Tanto respecto del positivismo exegetico como del normativista, no se admite actualmente que el operador jurídico se guíe por argumentos antidemocráticos y fundados en la voluntad de superar la literalidad del texto legal (Streck, 2011, p. 35). Por tanto, los positivismos o sus perfeccionamientos con el prefijo “neo” ya no subsisten frente al principio democrático y al estadio actual de la ciencia jurídica y de la filosofía.

Streck (2011, p. 261) constata que las corrientes positivistas en general se fueron petrificando, de modo que se convirtieron en instituciones y conducen el modo de ser del operador jurídico: forman parte de disposiciones legales y funcionan como medios de resistencia a lo nuevo. El autor cita, como ejemplo, la Ley de Introducción al Código Civil (actual Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño), cuyo art. 4.º —junto con el art. 126 del Código de Proceso Civil— funciona como cierre del sistema jurídico brasileño, al disponer que el juez,

cuando la ley sea omisa, decidirá el caso de acuerdo con la analogía, las costumbres y los principios generales del derecho. Esas disposiciones son manifiestamente contrarias a una lectura hermenéutica actual del ordenamiento e inconstitucionales por violar el Estado Democrático de Derecho (Streck, 2011, p. 262). De ahí se observa la necesidad de una teoría de las fuentes y de las normas, junto con la ya citada necesidad de una teoría de la decisión judicial.

Las recepciones equivocadas

La teoría de la argumentación de Robert Alexy y la jurisprudencia de los valores

Se observa una recepción miope de ese aparato teórico, en la medida en que los operadores jurídicos en Brasil conjugaron la ponderación alexyana con la jurisprudencia de los valores, sobre todo porque se sirven de la idea de que la Constitución es un orden de valores. Esa idea, que sirvió de base a la jurisprudencia de los valores, sirve en Brasil también para la ponderación alexyana, de forma que la racionalización propugnada por esta corriente teórica se volvió inalcanzable (Streck, 2011, p. 48). Dicho de otro modo, los presupuestos de la ponderación alexyana se desconsideran, pues se retorna a las estrategias de fundamentación de la jurisprudencia de los valores (Streck, 2011, p. 49), según la cual la rigidez de la norma debe reducirse por medio de valoraciones y moralizaciones operadas por el intérprete.

Los constitucionalistas fueron seducidos por la teoría alexyana en los moldes equivocadamente recibidos en Brasil, de modo que esa compleja teoría quedó reducida a una simple operación en la que se colocan dos principios en una balanza para observar cuál de ellos tendrá mayor peso en el caso que se juzga. La teoría alexyana, sin embargo, no autoriza la elección directa en el proceso ponderativo; al contrario, busca conducir al intérprete a la formación de una regla que, como en Kelsen, se aplicará al caso por subsunción. El principal problema de su uso indiscriminado es el respaldo pleno a la discrecionalidad del juzgador, que pasa a tener una puerta abierta para decidir conforme a su conciencia y fundamentar tal decisión en la panacea alexyana, cuyos presupuestos nada tienen que ver con lo que Alexy proponía en la fórmula original (Streck, 2011, p. 50).

Streck (2011, p. 50) sustenta la irracionalidad del método ponderativo en la existencia de votos discrepantes en un único fallo, a pesar de que todos los juzgadores condujeron sus discursos con base en las mismas premisas. Pueden citarse los casos de salud pública y suplementaria, en los que el juzgador coloca habitualmente en un platillo de la balanza el derecho a la salud y en el otro el importe necesario para costear un medicamento o procedimiento, de modo que, por simple elección personal, hace prevalecer el derecho a la salud en detrimento de cualquier argumento opuesto.

El activismo judicial norteamericano

El activismo judicial fue recibido y viene aplicándose en Brasil a modo de *tabula rasa*, es decir, como si fuera una hoja en blanco que ha de llenarse. Lo que se observa nítidamente es la

tendencia a legitimizar posturas activistas responsables de romper el texto normativo, sobre todo constitucional (Streck, 2011, p. 51-54).

Debe destacarse la distinción elemental entre judicialización y activismo. Judicializar implica someter cierta materia al análisis del Poder Judicial (judicialización de la política, de la salud, etc.); en cambio, ser activista consiste en sobreponerse al Estado Democrático de Derecho y violar la separación de poderes, en la medida en que esa conducta acarrea la sustitución del legislador, que es elegido y representa el interés del ciudadano (Streck, 2013a, p. 1-3). Para Streck (2013b, p. 1-6), la judicialización es contingente y no representa un mal en sí misma; el problema es el activismo como comportamiento, que respalda e institucionaliza la ya criticada discrecionalidad judicial, pues el operador jurídico sobrepasa los límites democráticos y acaba por crear ley, como si fuera legislador.

Tratándose del Supremo, la cuestión es más compleja, pues, en virtud de la eficacia *erga omnes* y del efecto vinculante de algunas de sus decisiones, la regla estipulada valdrá para toda la administración pública y para los demás poderes y órganos del Poder Judicial situados por debajo de la Corte. La institucionalización del activismo preocupa a Streck (2013b, p. 5), porque revela la judiciariocracia y la politización de las decisiones judiciales; la violación de la Constitución por parte del Poder Judicial es, al fin y al cabo, la peor especie de ofensa, dado que este es su principal guardián.

Streck (2013b, p. 6) ofrece el ejemplo del art. 212 del Código de Proceso Penal, que establece el orden de interrogatorio en las audiencias de instrucción y juicio: el artículo se viola constantemente y tal ofensa es admitida por el Superior Tribunal de Justiça y por el Supremo Tribunal Federal, pues estos niegan vigencia a la disposición. Cita también el caso del Municipio de São Paulo, cuyos gastos de la Secretaría Estatal de Salud en medicamentos a raíz de condenas judiciales activistas llegaron en 2011 a R\$ 515 millones, casi R\$ 90 millones más de lo previsto en el presupuesto del año (Streck, 2013b, p. 7); se tiene, por tanto, al Poder Judicial interviniendo en políticas públicas de salud.

Tres consecuencias negativas

El uso indiscriminado de principios (panprincipiologismo)

El sentido común teórico está formado, entre otros factores, por las recepciones equivocadas y, en ese contexto, presenta el problema del panprincipiologismo, que consiste en la creencia según la cual los valores fueron positivados y se transformaron en principios capaces de resolver casos difíciles o corregir las incertidumbres del lenguaje (Streck, 2011, p. 518). Los principios se convirtieron en la panacea hermenéutica, de modo que crean un ambiente favorable para la introducción de la moral y de la opinión del juzgador en la resolución de los casos.

Streck (2011, p. 519-534) enumera más de cuarenta supuestos principios usados cotidianamente por los operadores jurídicos y demuestra que no pasan de ser *standards* interpretativos, que tienen inicialmente carácter pragmático y, en un segundo momento, adquieren

fueros de universalización. El autor (2011, p. 538) enseña que la proliferación de principios debilita el derecho, ofende su autonomía y desvaloriza la Constitución y el Estado Democrático, puesto que los supuestos principios están dotados de contenido corrector, en el sentido de permitir al operador jurídico vencer los límites del texto normativo. Además, el fenómeno resucita la denominada completitud que caracterizaba al positivismo decimonónico, según la cual, en caso de ausencia de leyes o de leyes inapropiadas, el intérprete debe echar mano de los principios generales o incluso crearlos (Streck, 2011, p. 539).

Para la mayoría de los autores, los principios son normas jurídicas y, en consecuencia, están dotados de carácter normativo. Sin embargo, pregunta Streck (2012, p. 1), ¿cuál es el sentido normativo del principio de confianza en el juez de la causa? ¿Del principio de cooperación procesal? ¿De la afectividad? ¿De la felicidad? Esos seudoprincipios no pasan de ser coartadas para juzgar conforme a la conciencia del juzgador, dado que no hay normatividad presente en ellos.

La arbitrariedad

Losano (*apud* Streck, 2011, p. 38) enseña que en el siglo XX la razón es sustituida por la voluntad del juzgador, de modo que se abandonan las leyes de la lógica. Streck (2011, p. 38) afirma que, desde la Escuela del Derecho Libre, pasando por la jurisprudencia de intereses, por el normativismo kelseniano, por el positivismo moderado de Hart y, posteriormente, por argumentativistas como Alexy, hay una constante: la creencia según la cual en el momento de la decisión siempre habrá un espacio libre que llenará el juzgador, quien procederá conforme a su voluntad. En ese contexto, no habría medios para eliminar dicho espacio libre (la discrecionalidad judicial), pues la ley jamás preverá plenamente los hechos sociales.

De ahí que Streck (2011, p. 38) defienda que la discrecionalidad y la voluntad son dos caras del mismo problema. El autor entiende la discrecionalidad como el poder arbitrario delegado en favor del juez para llenar los espacios libres de la legislación, espacios que derivan de un proceso de calificación, pues es libre aquello que el juzgador entiende como tal, de modo que el propio intérprete podrá ampliar la zona en la que actuará libremente (Streck, 2011, p. 39). Streck concluye que, en el plano del lenguaje, discrecionalidad y arbitrariedad son sinónimos y nada tienen que ver con la separación simplista operada por el derecho administrativo entre actos reglados y discrecionales. En verdad, se discute el grado de libertad conferido al operador jurídico en un Estado Democrático.

Hart (*apud* Streck, 2011, p. 40), al enfrentar el problema de la aplicación de la regla jurídica, presentó la tesis de que en el derecho existe una textura abierta, y con ello hizo aparecer una flagrante diferencia entre la discrecionalidad administrativa y la judicial. El administrador es libre para elegir los medios necesarios para la consecución de los fines establecidos en la ley, observando siempre el principio de legalidad; la discrecionalidad judicial, en cambio, da lugar a la creación de una nueva regulación para el caso en análisis, que hasta entonces no encontraba precedente ni respaldo legal. En consecuencia, lo que actualmente se llama discrecionalidad

judicial no es más que una excusa para legitimar implícitamente la arbitrariedad, ahora perpetrada por el Poder Judicial (Streck, 2011, p. 42).

El juez no es un mero reproductor de textos legales, ni tampoco una computadora por intermedio de la cual operan programas previamente formateados; sin embargo, no se admite como adecuado el *statu quo* en el que decide libremente cuando entiende estar ante una laguna legal o un caso supuestamente difícil. La arbitrariedad, enmascarada de discrecionalidad, se apodera de los tribunales, sobre todo de los superiores. Véanse como ejemplos los crecientes requisitos de admisibilidad del recurso especial: ¿hay divergencia entre tribunales? ¿Fue la materia objeto de prequestionamiento? ¿Está la sentencia recurrida conforme con la jurisprudencia dominante de la Corte? Son preguntas que se responden conforme a la conciencia de quien las analiza. No pocas veces, dos recursos con las mismas cuestiones de fondo e interpuestos en los mismos términos tienen desenlaces diferentes, según quién haya sido designado para juzgarlos.

El incumplimiento de la ley

Una ley dictada conforme a los dictados de una democracia solo puede apartarse en hipótesis rígidas y excepcionales: a) si la ley es inconstitucional; b) si se aplica la interpretación conforme a la Constitución; c) si se declara la nulidad parcial sin reducción de texto; d) si se declara la nulidad parcial con reducción de texto; e) en caso de resolución de antinomias; y f) cuando se trata de una confrontación entre regla y principio, teniendo en cuenta las salvedades relativas al panprincipiologismo. Fuera de esas hipótesis, el abandono de la ley culminará en activismo, protagonismo judicial y arbitrariedad (Streck, 2013d, p. 1).

Los juzgadores, en su mayoría, pretenden rectificar las imperfecciones del proceso legislativo, dado que impera actualmente la fama (equivocada) de que la elaboración legislativa carece de técnica y sigue solo los dictados de la política. En ese escenario, el juez abdica de su función de rescatar la historicidad de los hechos y juzgar de forma imparcial, sobre todo porque emite juicios morales sobre lo correcto y lo incorrecto, lo justo y lo injusto, y toma partido.⁹

Streck (2013d, p. 2) afirma que no pocas veces cumplir estrictamente la ley es un avance, teniendo en cuenta que durante años se luchó por su promulgación, y advierte que el texto legal debe tomarse en serio, sobre todo en el Estado Democrático. No tiene sentido que la legislación construida democráticamente sea —al día siguiente de su promulgación— incumplida con base en decisiones que simplemente no quieren seguirla (Streck, 2013d, p. 4); por regla general, el fundamento implícito encuentra eco en el protagonismo, en la arbitrariedad, en el panprincipiologismo y en la seudoponderación.

LA NECESIDAD DE UNA TEORÍA DE LA DECISIÓN JUDICIAL Y DE SUS CRITERIOS

La reserva de consistencia como medio para medir la responsabilidad política del juez

El juez está vinculado a lo que lo precede, así como a los dictados de la sociedad en la que está inserto. A este escenario Dworkin (*apud* Passari, 2010, p. 103) le da el nombre metafórico de novela en cadena, en la que cada juzgador escribirá un nuevo capítulo (decidirá) y en la que los capítulos, aunque diferentes, constituirán la misma historia, de lo que deben resultar la coherencia y la integridad del sistema jurídico. Surge, así, la responsabilidad política del juez, que es justamente la obligación de ser coherente e íntegro con esa novela en cadena. Es aceptable que el juez decida de manera distinta de la anterior, es decir, que rompa con la línea de decisiones, pero debe justificar mediante argumentos la diferencia del caso en cuestión respecto de los anteriores, esto es, siempre debe tener presente el sentido general de la novela (Passari, 2010, p. 103).

Paralelamente, se señala la reserva de consistencia como medio para medir y ampliar esa responsabilidad: además de ser coherente e íntegro con el sistema jurídico, el juez debe ser consistente al escribir un nuevo capítulo. La reserva de consistencia es una exigencia dirigida al juez, con la finalidad de imponerle la necesidad de fundamentar sus decisiones de modo convincente, tomando en cuenta argumentos en general (y no solo jurídicos), además de pruebas concretas y el auxilio de otras ciencias, de lo que resultarían la ampliación de la instrucción probatoria y el alejamiento de decisiones arbitrarias (Rocha, 2011, p. 165).

Américo Bedê Freire Júnior (*apud* Rocha, 2011, p. 165) enseña que la reserva de consistencia se confunde con la necesidad de fundamentación de las decisiones judiciales, de forma que afirma que una decisión fundamentada en términos jurídicos será siempre consistente. No obstante, dicho autor está equivocado: las razones meramente jurídicas —pese a atender a las exigencias del ordenamiento en cuanto a la fundamentación— no son suficientes para resolver ciertos casos, cuyo abordaje exige el auxilio de ciencias no jurídicas.

Si se toma el ejemplo de las decisiones que tratan del derecho fundamental a la salud, se tiene que obligatoriamente deben valerse de elementos proporcionados por la ciencia médica (dictámenes, informaciones técnicas prestadas por especialistas, etc.), y el propio juzgador debe buscar tales informaciones y juzgar teniéndolas en cuenta (Rocha, 2011, p. 166). Hay casos, es cierto, en los que se prescinde de mayores informaciones ajenas al mundo jurídico; sin embargo, constituyen una excepción y deben ser justificables a la luz de sus circunstancias fáctico-jurídicas (Rocha, 2011, p. 166).

Se infiere, así, la estrecha relación entre la responsabilidad política del juez y la reserva de consistencia, ambas reforzando los deberes de transparencia, fundamentación, claridad y democraticidad en el momento de dictar la decisión. La responsabilidad política se mide, con mayor precisión, mediante la reserva de consistencia, que hace constar en la decisión datos e informaciones ajenos a la ciencia jurídica (pero que la refuerzan significativamente), de lo que resulta una fundamentación robusta y, en consecuencia, una mayor facilidad para medir cómo se escribirá el nuevo capítulo de la novela en cadena.

La necesidad de una teoría de la decisión judicial para limitar las intervenciones del Poder Judicial

Ya se advirtió sobre las recepciones equivocadas y sus consecuencias negativas, y se puso en evidencia el sentido común teórico perjudicial para el Estado Democrático de Derecho. Es preciso aún tratar, en líneas generales, otros argumentos que corroboran la necesidad de una teoría de la decisión judicial.

La decisión judicial es el producto de jueces y tribunales, que contiene un fallo en el sentido de declarar, condenar o constituir, y que puede seguir los más variados razonamientos, según los paradigmas de decisión elegidos y las influencias externas.¹⁰ En ese escenario surgen los problemas señalados por Lorenzetti (2010, p. 44-68): el *big bang* legislativo, el derecho *ad hoc* y la feudalización del derecho.

El crecimiento exorbitante de leyes dispersas y la resolución de cuestiones jurídicas con base en ellas recibió el nombre de *big bang* legislativo: el Código perdió su centralidad, dado que la explosión legislativa produjo un fraccionamiento del orden, y la igualdad legislativa, la coherencia y la integridad del sistema legal se convirtieron en un sueño lejano (Lorenzetti, 2010, p. 44).

El derecho *ad hoc*, a su vez, consiste en la producción autónoma de reglas, cuyo interés es huir del derecho puesto y crear, intención hoy implícita en la ponderación alexyana, en la búsqueda del ideal de la justicia o de la verdad real (Lorenzetti, 2010, p. 52). Ante ello, la imperatividad, cualidad básica de la ley, viene volviéndose débil y olvidada, de lo que resultan la ley como mero consejo y el derecho feudalizado, puesto que los feudos se alejan del Estado nacional y se rigen por sus propias reglas (Lorenzetti, 2010, p. 54). Estos son, en líneas generales, los problemas que forman el *statu quo* de la práctica forense cotidiana brasileña, y la teoría de la decisión judicial adecuada a la Constitución pretende eliminarlos o, al menos, reducirlos.

Los paradigmas se conceptúan como modelos de decisión anteriores a las reglas y condicionantes de las decisiones judiciales (Lorenzetti, 2010, p. 227). Su elección no es el objeto de este trabajo; se pretende aquí solo exponer el asunto y demostrar la necesidad de debatirlo, con el propósito de, en el futuro, construir o elegir una teoría de la decisión judicial adecuada a la Constitución. En cuanto a los criterios, téngase presente que son requisitos obligatorios que el juzgador deberá seguir a lo largo del camino que conduce a la decisión, obedeciendo reglas objetivas e ineludibles aplicables a todos los casos, de lo que resultaría, en tesis, el alejamiento de la discrecionalidad/arbitrariedad, del incumplimiento de la ley y del panprincipiologismo.

Tampoco se busca definirlos aquí; se pretende solo fomentar el interés en construirlos o elegirlos, dado que criterios objetivos y previamente establecidos romperán con el *statu quo* actual, cuya negatividad reside en posibilitar decisiones arbitrarias y guiadas por la conciencia de quien juzga.

En el seno del Estado Democrático, los criterios se definirán con base en la participación o representación del ciudadano y estarán previstos en normas jurídicas. La teoría de la decisión judicial que los tome en cuenta servirá de base para que el juzgador recorra —y no establezca— el camino del discurso jurídico, so pena de violar la democracia y la legalidad.

El juez que decide conforme a su entendimiento moral o con base en falsos principios jurídicos descuida los presupuestos básicos de la democracia, del sistema de *civil law* en el que está inserto y del estadio actual de la dogmática jurídica; más aún: crea el camino que él mismo recorrerá, de modo que se convierte, en realidad, en un legislador. Paradigmas y criterios en conjunto —los primeros establecen el camino y los segundos, los criterios utilizados en el recorrido— proporcionarán al juzgador un campo adecuado a la Constitución.

En cuanto a las intervenciones del Poder Judicial, son necesarias, pero su forma y su límite merecen una amplia corrección, pues vienen evidenciando el protagonismo judicial, algo condenable en una democracia. La intervención consiste en el acto por el cual se extinguen, constituyen o modifican relaciones jurídicas públicas o privadas, de modo que no hay corrección que hacer en la necesidad natural de intervenir, dado que la sociedad busca tales acciones por parte del Estado. Es posible concluir, por tanto, que una teoría de la decisión judicial se hace indispensable para que la Constitución sea debidamente respetada y las intervenciones del Poder Judicial queden limitadas a los dictados constitucionales. No se olviden los mencionados criterios de decisión, pues sirven de instrumento para medir el modo en que el juzgador decidió, es decir, si su decisión se adecuó a la Constitución.

La necesidad de una teoría de la decisión judicial para establecer parámetros en la aplicación de los precedentes

Al comienzo de este trabajo se llamó la atención sobre el hecho de que los jueces deciden cada vez más con base en precedentes. Se pretendió suscitar la duda sobre los criterios utilizados en el momento de esa decisión abstracta, pues el juzgador no se detiene en las minucias del caso concreto, que, a su entender, no presentan relevancia para la resolución de la cuestión controvertida. Como se dijo, se camina hacia el análisis comparado de casos, y el punto central reside en la inexistencia de criterios democráticos para esa comparación.

Una de las repercusiones de la abstracción en las decisiones judiciales es la transformación del juez en un “Carlos posmoderno”,¹¹ cuya única función es producir. La mera mención de precedentes en el momento de la decisión no le confiere legitimidad ni consistencia; al contrario, la transforma en mera repetición de textos, separada de las peculiaridades del caso concreto sobre el que se dicta.

Por otro lado, se considera necesaria la pacificación de la jurisprudencia en favor de la seguridad jurídica, lo que no significa repetición de textos sin el menor grado de parametrización. Se vuelve, en consecuencia, indispensable la fijación de criterios comparativos a efectos de la aplicación de precedentes, pues solo así se obtendrán medios para medir la legitimidad de las decisiones judiciales.¹² Junto a ello, debe tenerse presente la reserva de consistencia en cuanto medio para medir la responsabilidad política del juzgador.

A los fines de este trabajo, los precedentes son decisiones judiciales anteriores que, por la fuerza de sus argumentos, se toman en cuenta en el futuro en casos semejantes. La cuestión es

saber qué es semejante y cómo se aplicará esa decisión anterior al caso presente, sin perjuicio del contradictorio y de la amplia defensa. Los parámetros propugnados para esa aplicación no son, propiamente, objeto de este trabajo; se busca aquí poner en evidencia la necesidad de crearlos, a fin de evitar las arbitrariedades señaladas más arriba y la denegación indirecta de justicia.

No se aboga aquí por una transformación del derecho brasileño en *common law*. Se buscan la integridad y la coherencia necesarias para la seguridad jurídica mediante la aplicación criteriosa de precedentes, que son instrumentos de celeridad y deben utilizarse ampliamente, siempre que haya criterios objetivos y claros que regulen su aplicación. Con ello se evitan las consecuencias negativas de su implementación, tales como el análisis superficial de los matices del caso concreto, la aplicación de un precedente desconectado del caso *sub judice*, la violación de la amplia defensa y del contradictorio y la desconsideración previa de los argumentos de la parte.

CONSIDERACIONES FINALES

El problema formulado en este trabajo consiste en saber si existe la necesidad de una teoría de la decisión judicial y de criterios, junto con la reserva de consistencia, para medir la responsabilidad política del juez y limitar las intervenciones del Poder Judicial.

Para responder a esa pregunta, se trató inicialmente del positivismo exegético y de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, con el objetivo de presentar los problemas de decisión derivados de la repercusión de esas teorías en el ámbito jurídico brasileño, en la medida en que el consenso dominante en Brasil busca, aunque sea inconscientemente, su fundamento en ellas, teorías que, como se demostró, ya no son admisibles actualmente, sobre todo ante el Estado Democrático de Derecho y el estado actual de la ciencia jurídica.

Se trataron, a continuación, las recepciones equivocadas en el derecho brasileño —la teoría de la argumentación de Robert Alexy, la jurisprudencia de los valores y el activismo judicial norteamericano—, a fin de exponer el consenso en *terrae brasilis* en lo que respecta a las decisiones judiciales.

Demostrado el consenso, se abordaron las cuestiones preliminares a las críticas, es decir, el Estado Democrático de Derecho, el constitucionalismo contemporáneo y la actual hermenéutica en crisis. Se expusieron, entonces, las críticas elaboradas por Lenio Luiz Streck —entre ellas el panprincipiologismo, la arbitrariedad y el incumplimiento de la ley—, de modo que se comprobó la necesidad de una teoría de la decisión judicial y de criterios, junto con la reserva de consistencia, para superar el consenso establecido, limitar las intervenciones del Poder Judicial y establecer parámetros democráticos para aplicar los precedentes.

Se concluye que el objetivo general se alcanzó: la necesidad de una teoría de la decisión judicial y de criterios, junto con la reserva de consistencia, para medir la responsabilidad política del juez y limitar las intervenciones del Poder Judicial quedó debidamente presentada. En otros términos, se formularon críticas constructivas al consenso vigente y, en consecuencia, se fomentó el cambio de postura por parte de los juzgadores. Por último, debe aclararse que este trabajo no

pretendió crear ni elegir una teoría de la decisión judicial, pues se trata de una materia propia de una disertación de maestría y de una tesis doctoral.

REFERENCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Traducción de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Traducción de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Traducción de Márcio Pugliesi, Edson Bini y Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgReg em EREsp n. 279.889/AL. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Juzgado el 14 ago. 2002. T1 – Primeira Turma.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo na suprema corte norte-americana. *Instituto de Direito Brasileiro*, Lisboa, año 2, n. 6, p. 4693-4741, 2013.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Traducción de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Traducción de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Traducción de Luis Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Traducción de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Traducción de Bruno Miragem y Claudia Lima Marques. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- PASSARI, Alessandro Antonio. Democracia e tutela jurisdicional sob a ótica hermenêutica de Ronald Dworkin. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, ene./jun. 2010.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ROCHA, Eduardo Braga. *A justiciabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto, o ativismo judicial, em números?* Brasília: Os Constitucionalistas, 2013a.
- STRECK, Lenio Luiz. Senso incomum. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? *Consultor Jurídico*, jun. 2013b.
- STRECK, Lenio Luiz. Senso incomum. O panprincipiologismo e o sorriso do lagarto. *Consultor Jurídico*, mar. 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. Senso incomum. O Supremo não é o guardião moral da nação. *Consultor Jurídico*, sep. 2013c.
- STRECK, Lenio Luiz. Senso incomum. Por que tanto se descumpra a lei e ninguém faz nada? *Consultor Jurídico*, nov. 2013d.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito I*. Porto Alegre: Fabris, 1994.

NOTAS

1 Con este término, Streck busca revelar el paradigma de la conciencia, según el cual el derecho es aquello que los jueces dicen que es. El protagonismo del juzgador es el medio por el cual se encubre una actividad subjetiva —no pocas veces arbitraria—, anclada en la superada filosofía de la conciencia (Streck, 2010, p. 20). Las citas de obras consultadas en traducción portuguesa o en otras lenguas, así como las de obras del propio autor, se vierten al español por el autor.

2 “Un argumento de principio puede ofrecer una justificación para una decisión particular, según la doctrina de la responsabilidad, solo si es posible mostrar que el principio citado es compatible con decisiones anteriores que no han sido rehechas, y con decisiones que la institución está preparada para tomar en circunstancias hipotéticas” (Dworkin, 2002, p. 138).

3 El término designa un conjunto de criterios abstractos, democráticamente elegidos, destinados a fundamentar y conducir al juzgador en el momento de la decisión, con el objetivo de hacer ese acto legítimo y correspondiente a la opinión de la mayoría. Se pone fin, así, al subjetivismo del juzgador.

4 “La reserva de consistencia impone al juez, al hacer efectiva una norma constitucional, la necesidad de fundamentar su decisión de modo convincente, utilizando no solo argumentos jurídicos, sino también pruebas concretas, muchas veces proporcionadas por otras ciencias, lo que posibilita una ampliación de la instrucción probatoria, con el fin de evitar decisiones arbitrarias” (Rocha, 2011, p. 165).

5 Las teorías pospositivistas se ocupan de perfeccionar la cuestión de la discrecionalidad propiciada por la TPD (Streck, 2011, p. 31), cada una a su modo. Las críticas aquí formuladas se dirigen también a esas teorías, que, sin embargo, no se presentan por figurar como desdoblamiento del sustrato teórico representado por el sentido común en Brasil.

6 Se observa un movimiento semejante en Brasil, dado que algunos juzgadores entienden que el Poder Judicial goza de plena libertad, casi al punto de afirmar que el derecho es aquello que ellos dicen. Véase un fragmento de una decisión

del STJ: “[...] No me importa lo que piensan los doctrinarios. Mientras sea Ministro del Superior Tribunal de Justiça, asumo la autoridad de mi jurisdicción. [...] Decido, sin embargo, conforme a mi conciencia” (Brasil. Superior Tribunal de Justiça, 2002).

7 Podría sostenerse, erróneamente, que, a causa de las súmulas vinculantes y de las decisiones con efecto vinculante y eficacia *erga omnes* del STF, la jurisprudencia figuraría entre las fuentes del derecho en Brasil. No obstante, las súmulas vinculantes son, en última instancia, leyes dictadas por el Poder Judicial (autorizadas por la Constitución), y las decisiones en control concentrado tienen fuerza vinculante en razón de lo que dispone la Constitución. La fuente del derecho, en ambas situaciones, es la Constitución.

8 “[...] I) sentencia del Tribunal de Justiça del Estado de Paraná: ‘La norma legal proporciona al juez (...) medios para completar su convicción y, así, decidir con tranquilidad de conciencia, realizando el ideal del verdadero juez’; II) sentencia del Tribunal de Justiça del Estado de Minas Gerais: ‘Al Juez, como destinatario de la prueba, y solo a él, corresponde, ante su conciencia, para dictar la decisión, determinar la realización de una nueva pericia’” (Streck, 2010, p. 27).

9 “Una de las disposiciones que simboliza esto es el artículo 212 del Código de Proceso Penal. Allí está claramente escrito que el juez solo puede formular preguntas complementarias al oír a los testigos. Allí está inscrito el sistema acusatorio. El juez no produce prueba. Son las partes las que la producen. [...] El resultado, sin embargo, es que el Poder Judicial, en su mayor parte, respaldado por lecturas equivocadas del STJ y del propio STF, rasgó el texto legal” (Streck, 2013d, p. 1).

10 “El sistema actual abre un amplio campo para el intérprete, que debe ‘reconstruir’ el derecho del caso mediante un proceso de selección de leyes, costumbres, normas administrativas, normas constitucionales, principios y valores. El problema es cómo debe hacerlo, lo que nos lleva al estudio de la decisión judicial y de la argumentación jurídica” (Lorenzetti, 2010, p. 35).

11 En la película *Tiempos modernos*, Charlie Chaplin interpretó a Carlos, obrero de una fábrica.

12 Aunque no sea directamente el objeto de este trabajo, vale la pena señalar el problema del descuido que representa la transcripción, casi íntegra, de decisiones anteriores en casos nuevos. Es un hecho que la jurisprudencia sirve como pacificadora en el ámbito jurídico; sin embargo, ello no da lugar a análisis superficiales de las demandas. El magistrado tiene responsabilidad política en el sentido de convencer al justiciable del acierto de las decisiones dictadas, incluso ante una cuestión pacífica desde el punto de vista jurisprudencial.