

# **Autopoiesis y objetivos de la función judicial: identificación y justificación del tejido social a restablecer mediante la sentencia**

**Federico G. M. Sosa Valle**

Paper presentado como trabajo final en la materia Análisis Ético dictada por el Dr. Ricardo A. Gibourg durante el año 2011 en el Programa de Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

## **Tema del trabajo**

La pregunta: ¿Existe una obligación o deber moral por parte del juez, al impartir justicia, de considerar las consecuencias sociales de sus fallos, o su función debe limitarse exclusivamente a decir el derecho para un caso concreto?

La función judicial cumple un rol clave en la caracterización del derecho como sistema normativo autopoietico, es decir como un sistema que genera endógenamente las normas que lo componen. Ello por cuanto los jueces contribuyen a la formación de derecho vigente al definir cuál es el contenido del derecho para una controversia concreta. De esta manera, el juez, al “decir el derecho en el caso concreto”, afirma una determinada interpretación de las normas, su validez, o su eventual desuetudo y la primacía de una norma sobre otra. Sin embargo, tal decisión jurisprudencial acarrea consecuencias allende el juicio en el que fue dictada. En primer término, permite a los operadores jurídicos informarse sobre la interpretación de la ley a ser aplicada por los tribunales para

casos similares y permite a toda la ciudadanía formarse expectativas acerca del comportamiento humano, propio y ajeno, a ser considerado “conforme a derecho”, ante una eventual controversia judicial. Asimismo, obliga al propio sistema judicial a emitir fallos en el mismo sentido que el expresado en los precedentes, o al menos a exponer la razón que justifique apartarse de aquellos. Ello por cuanto diferentes fallos judiciales para casos similares son síntomas evidentes de arbitrariedad.

Vemos así cómo el sistema judicial es un subsistema de crucial importancia para entender al derecho como un sistema de normas autogeneradas. El juez, en su labor de establecer el derecho aplicable para la solución de una controversia concreta suscitada entre dos partes en juicio, sin proponérselo está contribuyendo de modo incremental a la configuración y transformación del sistema jurídico, sea a través de la interpretación de la ley positiva o a través de la creación jurisprudencial.

Desde el momento en el que los tribunales, con el dictado de sus sentencias en controversias concretas y singulares, inciden en la configuración del sistema jurídico, compuesto por normas abstractas y de alcance general para toda la población, cabe preguntarse si dichos jueces, a la hora de dictar sus sentencias, tienen el deber, o no, de considerar las eventuales consecuencias para toda la sociedad de sus pronunciamientos. En otras palabras nos preguntamos si deben los jueces, o no, fallar sobre una controversia concreta en vistas al precedente que pudieran estar fijando para futuras controversias similares, o aún de eventuales controversias que habrían de generarse en virtud de un nuevo precedente o de una variación en la interpretación de la ley.

Correlativamente, también corresponde que nos preguntemos si, por el contrario, es deber del juez, o no, abstenerse de toda consideración en torno a las eventuales consecuencias de sus fallos, más allá de las que les pudiera corresponder de modo directo a las partes involucradas en el proceso. Es decir, si las partes en el proceso son acreedoras de un fallo que considere exclusivamente las pretensiones de las partes, con total independencia de toda consideración en torno a las consecuencias de tal fallo para el conjunto del ordenamiento jurídico y, correlativamente, para los involucrados en dicho sistema legal.

A fin de dar una respuesta clara a tales interrogantes, previamente deberemos hacer algunas salvedades terminológicas. En este escrito utilizaremos las denominaciones “orden jurídico”, “ordenamiento jurídico”, “sistema jurídico”, “sistema legal”, como sinónimos. Si bien cada uno de los términos aporta diversos matices, los mismos no son relevantes para esta discusión. De la misma manera, consideraremos a la función judicial como un subsistema del orden jurídico cuyo cometido es el de dirimir controversias entre partes haciendo expreso cuál es el contenido del derecho aplicable para las mismas, a fin de enunciar una solución de aplicación obligatoria para las partes y autorizando así a los órganos ejecutivos del Estado, como subsistema que ejerce el monopolio legítimo de la fuerza, para hacer cumplir el contenido de tal sentencia. Para nuestro análisis no será relevante si la función judicial la cumple un juez individual o un tribunal colegiado, en una única instancia o en múltiples. Lo importante es que, dada una controversia entre dos partes que contraponen sus respectivos intereses, ambos con pretensión de fundamento en el derecho vigente, un tribunal dictará una sentencia que expresará cuál es la solución que el derecho vigente prevé dentro de su sistema de normas y dicha sentencia facultará a los órganos ejecutivos del

Estado a ejercer la fuerza en el modo acordado por la misma sobre la parte perdedora en el pleito y a favor de la vencedora en el mismo.

En este contexto, el concepto de “derecho vigente”, originariamente acuñado por Alf Ross, se torna problemático; ya que, creyendo ambas partes en la controversia obrar conforme al derecho vigente, el juez establecerá para las mismas el contenido concreto de aquél, quitándole tal carácter a la argumentación que prestaba su sustento a la pretensión de la parte perdedora en el pleito.

Si se percibe en la reciente enunciación un tufillo de “circularidad”, ello resulta correlativo con el carácter circular de todo proceso autopoiético. Tales procesos consisten en sistemas de retroalimentación, en los que parte de los datos utilizados para resolver las incógnitas –en este caso las sentencias judiciales- fueron generados por el propio sistema en procesos anteriores. Asimismo, en la resolución de nuevos problemas, tales datos pueden sufrir cambios, los que pueden ser interpretados como adaptaciones al entorno. Por otra parte, los datos que, en el transcurso de los diferentes ciclos, permanecen inalterados, pueden ser considerados como parte de la “estructura” del sistema. Tenemos entonces un “entorno”, del que proceden las incógnitas, y tenemos un sistema con elementos estructurantes, o parámetros –en nuestro caso, las normas más permanentes- y elementos que van fluctuando como respuesta a los cambios en el entorno, o variables.

Por regla general, esperamos que un sistema jurídico sea un medio para “mantener la paz” –como había definido al derecho el Juez Roscoe Pound-, por lo que consideramos que un sistema jurídico que funcione apropiadamente actuará como un proceso de retroalimentación negativa, esto es: corrigiendo las

desviaciones del equilibrio, es decir, los desacuerdos y los niveles de violencia entre las partes. Diremos que un sistema jurídico que no cumple su función será aquél que no logre limitar la entropía o no contribuya a la negantropía del sistema social.

Finalmente, cuando consideramos una controversia legal concreta solamente a la luz de los hechos expuestos y probados por la partes y consideramos para su resolución al derecho vigente, con plena abstracción de la relevancia de tal sentencia para el macro sistema social, diremos que estamos frente a lo que en otros contextos –la teoría del derecho de H. L. A. Hart- se llama “una mirada interna del derecho”. Por otra parte, un fallo que tenga en vista las posibles consecuencias del mismo para el resto de la sociedad estará inspirado, diremos, por una “mirada externa del derecho”.

Hemos sentado así los lineamientos conceptuales para contestar a nuestra pregunta, la que podemos reformular conforme los siguientes términos: ¿debe el juez fallar las controversias concretas teniendo tanto una visión interna del derecho como una externa?, o ¿se encuentra obligado el juez a abstenerse de fallar un caso concreto teniendo en consideración una mirada externa del derecho?

En primer término, debemos contemplar que un subsistema judicial que falle en relación a una anticipación de los cambios en el entorno –es decir los cambios en las conductas de los ciudadanos que el precedente o la nueva interpretación de la ley positiva pueda generar- ya dejará de funcionar como un sistema de retroalimentación propiamente y pasará a comportarse como uno de “pro-alimentación”.

Por otra parte, podríamos afirmar que, desde el punto de vista de la teoría de los sistemas –que es el que mayormente hemos empleado en este escrito-, de incorporar los jueces una mirada externa del derecho en sus fallos, el subsistema judicial estaría incursionando en competencias propias del “subsistema legislativo”. Con lo que llegamos así a una formulación del otro problema: el del conflicto entre democracia e interpretación judicial y control judicial de constitucionalidad. Ya que el poder judicial en la mayoría de los sistemas jurídicos no se halla conformado por elecciones directas y periódicas, como sí lo están las cámaras legislativas.

Sin embargo, pese a tales aristas, consideramos que la cuestión puede ser resuelta dentro del seno mismo de la teoría de los sistemas. Como se sabe, la teoría de los sistemas nace de la propia ciencia de la información, la que asimismo se torna relevante cuando el caudal de información a ser procesado se hace inmanejable para una sola mente o un proceso algorítmico simple (es decir un procedimiento mecánico para descifrar incógnitas).

Justamente si estamos frente a un subsistema –el judicial- de un macro sistema mucho más complejo destinado a reducir al mínimo posible la violencia entre los ciudadanos –es decir, el derecho-, procesando los conflictos que se susciten entre ellos, es porque el caudal de información que circula en el sistema social es de tal magnitud que hace imposible prever todas las consecuencias de determinada decisión, sea esta individual, judicial o legislativa.

El poder legislativo sanciona leyes de carácter general y abstracto, justamente porque la complejidad de la información que circula en el sistema social hace que sólo sean pronosticables las consecuencias de tales políticas legislativas en términos generales y abstractos.

El poder judicial resuelve controversias concretas y particulares. Lo puede hacer porque toma contacto con la información detallada que concierne a la controversia puesta bajo su consideración. Sin embargo, no puede tampoco hacer una predicción detallada sobre las consecuencias de sus sentencias más allá del caso concreto a decidir.

Por consiguiente, si un juez fallara tomando en consideración las consecuencias de sus pronunciamientos más allá del caso concreto que le toda decidir –es decir, según una mirada externa, en todo o en parte- tendría una altísima probabilidad de equivocarse en cuanto a cuáles podrían ser tales consecuencias. Estaríamos así en el peor de los mundos posibles, en el que el juez desatiende los datos inmediatos de la causa judicial bajo su directa jurisdicción – cuyo grado de probabilidad de resultar ciertos es más alto- para decidir en torno a estimaciones que tienen una baja probabilidad de resultar ciertas.-

Por consiguiente, concluimos que corresponde que el juez falle pura y exclusivamente sobre la base de los datos proporcionados por la causa judicial misma y por las normas generales y abstractas proporcionadas por el derecho vigente y con total independencia de las posibles consecuencias sociales de tal fallo. De obrar de tal manera, el juez contribuirá a hacer funcionar al subsistema judicial y al macro sistema legal como un proceso de retroalimentación negativa, en el que incrementalmente se reducen los niveles de violencia entre los ciudadanos.-

El contenido de lo que la ley prescribe, la conducta que es considerada debida y cuya exigibilidad puede reclamar y ser reclamada por y al ciudadano, forma parte del tráfico de información que circula en una sociedad extendida y compleja. Los canales de circulación de dicha información pueden ser



múltiples: la educación, la imitación, las leyes positivas o la publicidad de la interpretación de la ley por parte de los tribunales judiciales. El poder judicial es un subsistema del macro sistema legal en el cual, merced a la resolución singular de controversias concretas mediante la aplicación del derecho vigente, éste a su vez se va transformando en función de los cambios en el entorno. Lo que a su vez generará nuevos cambios en el entorno y nuevas interpretaciones jurisprudenciales.

Sin perjuicio de tal realidad, no resulta apropiado, como se dijo, que los jueces aparten su mirada de las especiales circunstancias de la causa judicial a decidir, para dictar sus fallos teniendo en consideración tal proceso de cambio social y jurídico. Por el contrario, el lugar del sistema judicial en el sistema jurídico exige que los jueces emitan sus fallos siempre en función de una mirada interna del derecho.

