

Portella, Jorge Guillermo ; Brandi, Sandra

*De la justicia animada a la justicia legislativa
¿Qué jueces tenemos hoy? ¿Qué jueces necesi-
tamos hoy?*

IX Jornadas Internacionales de Derecho Natural, 2013
Facultad de Derecho - UCA

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Portella, J. G., Brandi, S. (2013, octubre). De la justicia animada a la justicia legislativa : ¿qué jueces tenemos hoy? ¿qué jueces necesitamos hoy? [en línea]. Presentado en *Novenas Jornadas Internacionales de Derecho Natural : Derecho natural, hermenéutica jurídica y el papel del juez*, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Argentina. Disponible en:
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/justicia-animada-justicia-legislativa.pdf> [Fecha de consulta:]

De la justicia animada a la justicia legislativa
¿Qué jueces tenemos hoy? ¿Qué jueces necesitamos hoy?

I.- Un poco de historia:-

Nos sentimos tentados de hacer una muy breve referencia histórica. Después de todo, jueces siempre hubo, porque siempre hubo conflictos y por ende, se necesitó de alguien que tuviera facultad para resolverlos de acuerdo a normas pautadas con anterioridad. Ese es el primer dato que no podemos eliminar: el juez y el conflicto son como las dos caras de una misma moneda.-

De allí, precisamente, surge esa profunda ponderación que ha tenido la función judicial. Si hemos de remontarnos a una visión clásica del problema, no podemos menos que pensar y repensar en Platón y Aristóteles. Ambos nos presentan una visión “áulica” del juez. El primero de ellos , quien parece recordarle a los encargados de administrar justicia que en la interpretación del derecho hay ciertas pautas o principios objetivos, que jamás pueden ser dejados de lado, tal como aparece claramente en el *Eutifrón* (“Creo, Sócrates, que ninguno de los dioses estará en desacuerdo con otro en que deba ser castigado quien haya matado a alguien injustamente” ; “...no se atreven, creo, a negar ni a discutir que, si cometen una injusticia, deben ser castigados”, *Eutifrón*, 8b y 8d, respectivamente). Es decir que, en clave platónica , el drama judicial es discrepar sobre un acto determinado: unos dicen que el acto es justo; otros que no lo fue, pero nadie ha de sostener que la injusticia deba quedar impune.-

Por su parte, Aristóteles, en su *Ética a Nicómaco*, pinta con gran respeto la función del juez. Al desarrollar el tópico referido a la justicia correctiva, nos dice, en efecto, que el juez quiere ser como una encarnación de la justicia. El juez restablece la igualdad (*Ética a Nicómaco*, V, 4, 1120a). Semejantes afirmaciones nos evidencian la ponderación que podía tener un griego medio acerca de la función judicial. Y Aristóteles, por otra parte, con gran realismo, hace estas descripciones elogiosas en medio de uno de los aspectos más tremendos del drama jurídico-interpretativo: el tránsito de lo general a lo particular, de la norma general y abstracta al caso

particular y concreto. Ese camino, en clave aristotélica, tan sólo puede ser recorrido por el juez a partir de la utilización de una herramienta básica: la equidad, la justicia del caso concreto. El estagirita efectúa tal aportación en otra de sus obras maestras, la *Política*, en donde señala, con gran realismo, que lo mismo que en las demás artes, es también imposible en política escribir exactamente todo lo referente a su ordenación, ya que forzosamente las normas escritas serán generales y en la práctica no se dan más que casos singulares (*Política*, 1269 a, 22)

Pasemos por alto muchos siglos de historia. Concentrémonos por un momento en Santo Tomás. Este autor repite el elogio de la figura judicial, utilizando términos similares a los empleados por Aristóteles: "...aquellos que recurren al juez se consideran como que buscan el medio entre las partes que litigan" (Comentarios al L. V de la *Ética* a Nicómaco, Lección Sexta). Entonces, si recurro al juez de esta manera, veo en su función, cierta encarnación de la justicia. Sin embargo, hay en su concepción un pequeño toque de atención, un matiz que ha sido inexplicablemente pasado por alto por sus comentaristas y seguidores más importantes: Tomás advierte que la sentencia judicial puede ser inicua, y aún así ser considerada derecho, aunque en un sentido muy analógico e impropio.-

Desde luego, lo que acabamos de señalar es un simple detalle. Pero un detalle importante: el juez, ese "crisol" de la justicia, ese "filtro" que hará purificar las pretensiones de las partes sometidas a la situación conflictual y cuya misión es decir lo que le corresponde a cada uno, sentenciar sobre lo suyo de cada cual, puede también ser injusto. Esto no había sido dicho antes con tanto realismo.-

Y este detalle que acabamos de apuntar, permite nuestro ingreso a la modernidad. Una entrada abrupta, sin duda, porque nuestro autor es ahora Hobbes, un pensador que le tenía una gran repugnancia a la jurisprudencia. En efecto, la mentalidad geométrica de Hobbes no podía concebir las diferencias de opinión propias de los juristas, respecto del sentido de las normas jurídicas. La ley civil, determina lo justo y lo injusto, pero las *escuelas*, añade, "establecen reglas de lo bueno y de lo malo según su propio agrado y desagrado. Siendo tan grande la diversidad de los gustos, no existe nada, por consiguiente, que esté generalmente admitido, sino que cada uno hace (en cuanto se atreve a ello) lo que parece bueno a sus propios ojos, para subversión del Estado. Su lógica, que debería ser el método del

razonamiento, no es otra cosa sino la expresión de términos capciosos e invenciones para confundir a quienes discuten con ellos”. Y adelantándose a lo que va a ser el positivismo posterior, Hobbes concluye: “Difícilmente podrá existir cosa tan absurda en materia de filosofía natural como la que ahora se denomina metafísica aristotélica; ni nada tan contrario al gobierno como gran parte de lo que dijo en su Política, ni más ignorante que una gran parte de su Ética” (Leviatán, Parte IV, Cap. 46). De suyo, pues, Hobbes le extiende un verdadero certificado de defunción al arte del derecho.-

Años después, Locke, en su *Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil* (Cap. IX, nros. 124 y 125) va a poner nuevamente en su lugar el papel del juez: si bien consideraba que el Legislativo era la autoridad suprema, el paso del estado de naturaleza a la sociedad civil se efectúa, principalmente, para proteger la propiedad, para lo cual es necesaria la intervención de jueces, individuos conocidos e imparciales que resuelvan todas las diferencias que puedan existir en la interpretación de la ley establecida a partir del consenso de la mayoría.-

Sin embargo, ya en la modernidad, la función judicial vuelve a caer, ahora por obra de la escuela de la exégesis, según la cual la actividad del magistrado se ha de reducir a una mera tarea de búsqueda de la norma aplicable al caso. Norma que, según una curiosa interpretación, debía encontrarse inexcusablemente en el código civil que acababa de redactarse. Eso implicó un reduccionismo improcedente del arte de juzgar por el que se vino a reducirla impropriamente a la tarea propia de un lógico. Como se dijera adecuadamente, se pretendió entonces sustituir a la justicia por el silogismo.-

Pero ya sea por exceso o por defecto, con posterioridad al surgimiento del código napoleón, se viene a asestar el restante golpe de gracia, esta vez propiciado por von Kirchman, quien subvaluando ahora la función del juez y viendo que las determinaciones de la ley positiva arraigan en el puro arbitrio de aquellos que interpretan el derecho, ha concebido una frase nefasta, que bien condensa el estado actual de la cuestión en torno al ethos judicial:- “Por culpa de la ley positiva los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida. Abandonando la madera sana, anidan y tejen en la carcomida (...) tres palabras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papeles inútiles”.

El jurista –categoría en la cual, desde luego, incluye al juez- es un ser despreciable, en tanto hace de la arbitrariedad y la pereza su estilo. ¿Qué ocurre en la comunidad cuando se advierte que la justicia no funciona? En los lugares en los que ello ocurre, von Kirchmann asegura que los individuos no son más pobres ni la comarca más devastada que en otro lugar. Y concluye: “La gente había acudido a transacciones: habían hecho uso del maestro de escuela y del alcalde, en lugar de acudir al juez”¹.-

Entonces, ya sea por fas o por nefas, ya por el culto excesivo a la letra de la ley o por la interpretación arbitraria de su letra, la tarea del juez pasa por su ponderación histórica más trágica. El terreno se encuentra preparado para que ingresemos en el resbaladizo e inasible concepto de la denominada “discrecionalidad” judicial. Concepto éste que ha sido una de las más encantadoras creaciones del positivismo jurídico y que le permitiera explicar, a través de Austin y Kelsen, la denominada “plenitud” del ordenamiento jurídico, dogma tan falso como abstruso y que permitiera negar una vez más toda posible ingerencia del derecho natural no sólo en el sistema de normas, sino también en el mismo proceso interpretativo.-

Ello provocó –como sabemos-, la reacción de Dworkin. Tenemos que hacer una breve explicación, por separado, de ese planteo.-

II.- Dworkin, discrecionalidad y “justicia democrática”:-

En efecto, una de las principales críticas dworkinianas al positivismo jurídico ha tenido lugar a partir de la noción de la “discrecionalidad”: si una norma jurídica no prevee claramente un caso, el juez está autorizado a resolverlo ejerciendo la “discreción”, ya sea creando una norma nueva (a partir de la sentencia judicial) o ampliando una ya existente en el sistema jurídico. Todas las principales versiones del positivismo jurídico (Austin, Kelsen, Hart) incluyen alguna variante de esta tesis que, como hemos visto más arriba, pretende salvar la aporía de la plenitud.-

¹ Von Kircmann, Julio Germán: El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho, en: La ciencia del Derecho, AAVV., Editorial Losada, Buenos Aires, 1949, pág. 267/68. Para el estudio de Kircmann en el contexto de la escuela de la exégesis y del dictado del código napoleón, se puede consultar:- Portela, Jorge G.: Algunos apuntes sobre el método en el Código Napoleón, en: La codificación: raíces y prospectiva. ¿Qué derecho, qué códigos, qué enseñanza?, AAVV., Editorial El Derecho, 2005, pág. 126.-

El razonamiento de Dworkin, en este punto, no deja de ser atrayente. Nuestro autor advierte que admitir sin más la idea de la discrecionalidad significa permitir que los jueces puedan fundamentar sus sentencias de cualquier manera, algo que no puede estar permitido si queremos tener una visión correcta de lo que es el Derecho.-

Estamos aquí entonces, frente a una teoría de la interpretación, que ha de tener en cuenta, básicamente, los casos individuales que deben resolverse: hay una referencia entonces, a la adjudicación: la teoría del derecho es básicamente una teoría de la adjudicación, que hace que se vincule inevitablemente la teoría con la práctica².-

Sin embargo, para la resolución de esos casos no bastan simplemente las normas o, mejor aún, ellas no son suficientes. Si queremos resolver el caso adecuadamente (y la ficción del Juez Hércules lo logra plenamente), han de observarse la totalidad de los objetivos en los que se basa la sociedad donde se plantea el caso, y deducir de éstos los principios inmanentes de esa misma comunidad. En consecuencia, el derecho ya está ahí, aunque no de una forma explícita. *Donde ninguna ley o decisión previa señala el resultado adecuado, el resultado adecuado existía, sin embargo, antes que se plantease el caso*³. Dworkin explica este importante punto de su teoría, recurriendo a la analogía con una partida de ajedrez. En una partida entre el maestro ruso Tal y el americano Fischer, Dworkin dice: “Tal mira todo el rato fijamente a Fischer a los ojos y le sonríe para molestarle y desconcentrarle. Supongamos que las reglas del campeonato, a pesar de abarcar un amplio abanico de eventualidades (si los jugadores pueden levantarse de la mesa, el máximo de tiempo permitido para que cada uno mueva, etc.), no dice nada sobre la sonrisa. Fischer se queja al árbitro y sugiere que Tal debería perder la partida. Un positivista que acepta el concepto de derecho de Hart diría que, puesto que no existía ninguna norma que hiciese referencia a este caso, el árbitro tiene la discreción para decidir el resultado, y que su decisión supondría la creación de una nueva norma.-

Pero de acuerdo con Dworkin, la decisión correcta ya existía. Para decidir si Tal tenía derecho a sonreír a Fischer, el árbitro no tenía más que examinar la historia, la naturaleza, los objetivos y las normas de ajedrez que antes existían.

² Marmor, Andrei: Interpretación y teoría del derecho, Ed. Gedisa, pág. 55, passim.-

³ Riddall, J.G.: Teoría del derecho, Gedisa, pág. 145, passim.-

Debería haber llegado a la conclusión de que se trata de un juego intelectual que requiere concentración, cuyo objetivo es averiguar qué jugador tiene más capacidad de evaluar las posibles consecuencias de cada jugada, que el ejercicio de las actividades intelectuales requiere concentración y que el comportamiento que hizo perder la concentración del jugador era algo que entorpece la valoración de las verdaderas habilidades en el juego. Y que a partir de todos estos factores podría haber deducido que el principio por el cual un jugador tiene derecho a no ser distraído por la conducta deliberada del otro es inherente a la naturaleza del ajedrez. En la sociedad sucede lo mismo que en el juego: el juez, cuando quiere dictar una sentencia en un caso difícil, debe contemplar la totalidad de las leyes, de las instituciones, de los estándares morales y de los objetivos de la sociedad.-

En consecuencia, los jueces no dictan leyes, sino que las encuentran. El principio por el que un jugador de ajedrez tiene el derecho a que no le sonrían, una vez anunciado este principio, puede considerarse que siempre había estado implícito en el juego del ajedrez⁴.-

Pero además, en este esquema en el que confluyen normas, principios y valores, Dworkin ha sostenido reiteradamente que hay un modo autónomo de toma de decisiones judiciales que es compatible con el rango no electivo de la judicatura. Pero, como ya hemos visto, esta tesis descansa sobre el presupuesto de que los jueces están obligados y son capaces de seguirlo –antes que de crearlo- en cada uno de los casos que llegan a sus manos. Hay entonces aquí una distinción permanente entre el hecho de *dictar* leyes y *aplicarlas*. Yo como juez, por ende, puedo tomar una decisión basada en normas y principios, pero sería inconveniente que lo hiciera fundando la resolución en objetivos o fines. En *policies*, en políticas.-

Se entiende: los parlamentos bien pueden hacer leyes con el propósito de alcanzar ciertos fines colectivos, tales como la prosperidad económica, así como dar forma a derechos y deberes antecedentes, siempre que en la consecución de tales fines no infrinjan derechos. *Los jueces, sin embargo, podrían decidir los casos por referencia sólo a reglas y principios*⁵, como ya hemos visto.-

Dworkin advierte expresamente: “*La conocida actitud de que la adjudicación de competencia debe estar subordinada a la legislación encuentra apoyo en dos objeciones al*

⁴ Ridall, J.G., ob cit., pág. 146.-

⁵ Campbell, Tom: La justicia. Los Principales debates contemporáneos, Ed. Gedisa, pág. 84.-

poder creador de derecho del juez. La primera sostiene que una comunidad debe ser gobernada por hombres y mujeres elegidos por la mayoría y responsables ante ella. Como los jueces, en su mayoría, no son electos, y como en la práctica no son responsables ante el electorado de la manera que lo son los legisladores, el que los jueces legislen parece comprometer esa proposición. La segunda objeción expresa que si un juez legisla y aplica retroactivamente la ley al caso que tiene entre manos, entonces la parte perdedora será castigada no por haber infringido algún deber que tenía, sino un deber nuevo creado después del hecho”⁶.-

En otra obra, afirma contundentemente: “¿Por qué está mal que los jueces tomen decisiones políticas como las que afirmo que la concepción centrada en los derechos los obliga a tomar? Para muchos de ustedes, hay un argumento contra las decisiones políticas judiciales que les parecerá decisivo. Las decisiones políticas, según ese argumento, deben ser tomadas por funcionarios elegidos por la comunidad en su conjunto, a quienes, pasado cierto periodo, se puede reemplazar de la misma manera(...) Los jueces no son elegidos o reelegidos en sus cargos, y es conveniente que así sea, porque las decisiones que toman aplicando las normas vigentes a casos particulares deben permanecer al margen del control popular. Pero de esto se sigue que no deben adoptar decisiones independientes para modificar o ampliar las normas, porque estas únicamente deben tomarse bajo el control popular”⁷.

Un punto de vista que no tienen en cuenta, ciertamente, los jueces neoconstitucionalistas, con el constante protagonismo político que se pone de relieve en sus sentencias, lo que hace que estas se transformen en pequeños manuales de la arbitrariedad, según la conocida y lúcida taxonomía propuesta por Carrió en uno de los más importantes manuales que se han escrito sobre el tópico⁸: arrogarse, al fallar, el papel del legislador.-

Y esto plantea, obviamente, problemas concretos, algunos de los cuales vamos a señalar seguidamente.

III. “Mandarínismo”, “Activismo judicial”, “Judicialismo”. Diversos nombres para un drama actual: “el juez que dice mentiras”:

⁶ Dworkin, Ronald: Los Derechos en Serio, Ed. Ariel, pág. 150.-

⁷ Dworkin, Ronald: Una cuestión de principios, Ed. Siglo veintiuno, pág. 36.-

⁸ Carrió, Genaro: El recurso extraordinario por sentencia arbitraria, Ed. Abeledo Perrot, 1978.-

Cuando se habla de “mandarinismo” se alude a los mandarines, funcionarios en Asia que tenían como tarea administrar justicia sin restricciones o límites de ningún tipo y hoy día asistimos a un verdadero “mandarinismo jurídico-político” que ha dado lugar a “una élite autorreferente, cuya concepción teórica y su puesta en práctica puede terminar afectando a la democracia y sus instituciones, en un pretendido ejercicio de paradójica institucionalidad democrática”⁹.

Este drama es uno de los frutos del “neo constitucionalismo” que no es más que un *eterno retorno del positivismo jurídico*, como ya hemos señalado en otra ocasión¹⁰. Entre las características del neo-constitucionalismo se encuentra una suerte de descontrol de los jueces al momento de realizar la revisión de la constitucionalidad de las normas¹¹.

En efecto, si bien es una garantía cabal del sistema democrático, el control de constitucionalidad de las leyes no significa, en modo alguno, que los jueces puedan arrogarse, so pretexto de dicho control, atribuciones de tipo legislativo o “super poderes” donde además de la función judicial, como advertía Dworkin, sumen ahora la función legislativa. El control es necesario ya que una adecuada interpretación del texto constitucional será la salvaguarda de los derechos fundamentales y de la supremacía de la Constitución, dando lugar a la verdadera paz como tranquilidad en el orden, entendiendo el orden como “orden constitucional” pero de ningún modo es admisible que, so pretexto de control de constitucionalidad, los jueces se sitúen por encima del Poder Legislativo y del orden jurídico.-

Asistimos con estupor a la actuación de jueces omnipotentes, una especie de “samurais” del derecho, que al ejercer de este modo nefasto la magistratura, exceden ampliamente sus atribuciones constitucionales cayendo en el *mandarinismo jurídico* que sin lugar a dudas “puede terminar por corromper estructural y funcionalmente la democracia”¹².

La idea propugnada por Zagrebelsky en su obra *El derecho dúctil* según la cual el Derecho debe interpretar la *situación estructural de la sociedad actual* a través de la

⁹ J. B. Rodríguez Iturbe, “Los Derechos Humanos. ¿Entre deseos particulares y bienes fundamentales?”, en *Retos del derecho constitucional contemporáneo*, G. Mora Restrepo y V.F. Benítez Rojas (coordinadores), Ed. Astrea y U. de La Sabana, Bogotá, 2013, p. 33.

¹⁰ Lo justifica J.G. Portela en “El neo-constitucionalismo, ¿es realmente neo?”

¹¹ Sobre las características del neo-constitucionalismo ver el artículo de Portela ya citado .

¹² J. B. Rodríguez Iturbe, art. cit. p. 39.

tarea judicial, lleva, indefectiblemente, a que los jueces se muevan al compás de intereses sectoriales, de grupos de poder sumamente influyentes y minoritarios que no son acordes a lo que las mayorías ciudadanas necesitan y apoyan. Como bien dice Rodríguez Iturbe, “Así, el Estado constitucional de Zagrebelsky se refiere, por obra del intérprete, muy poco a la Constitución y muy mucho al consciente, subconsciente e inconsciente del juez constitucional. De allí a recubrir con manto de suprema legalidad el sentido potencialmente arbitrario, erróneo o manipulador del juez constitucional, como intérprete inapelable, sólo hay un paso. El juez constitucional borra por decisión de sí mismo, en cuanto hipotético intérprete, custodio y constructor del futuro, cualquier rezago de división de poderes”¹³.

Es claro que el activismo judicial es producto del neo-constitucionalismo, como ya se dijo, y de la situación moral que nos toca vivir por el sobredimensionamiento de los Derechos Humanos entendidos como derechos subjetivos y no como expresión del Derecho Natural. El neo-constitucionalismo borra de un plumazo toda referencia al Derecho Natural para fundamentar los Derechos Fundamentales alegando que, los derechos están incluidos en la Constitución y que más que fundamentar esos derechos lo que se debe hacer es promoverlos y protegerlos. Como explica Barzotto¹⁴, siguiendo a Bobbio (*El tiempo de los derechos*, 1990) y a MacIntyre (*Tras la virtud*, 1981), justificar los derechos por su inclusión en la Constitución lleva al “positivismo moral” que termina dando al Poder Constituyente la facultad de decir qué es lo bueno y lo malo. Por otra parte la ausencia de fundamentación racional lleva al fanatismo.

Esta antinomia “positivismo moral” versus “fanatismo moral” sólo podría ser superada si el neo-constitucionalismo pudiera dar fundamentación racional de los Derechos Humanos, pero lo único que ofrece es un endiosamiento de los “derechos” y cada grupo de interés quiere hacer valer sus “derechos” para que sean concretados cueste lo que cueste. Ya es un lugar común sostener que el sobredimensionamiento de los denominados derechos humanos lleva fatalmente a su banalización.

Así, estos temas de moral natural pasan a ser discusiones donde no se distinguen razones sino que se plantean exigencias, afirmar la posesión de un derecho indicaría que ese derecho debe ser efectivizado sin importar si “mi derecho” traspasa e incluso impide

¹³ Artículo citado, ps 42/43..

¹⁴ “Positivismo, Neoconstitucionalismo y Activismo Judicial” (traducción de F. Bonaldo) en *Retos del derecho constitucional contemporáneo*, G. Mora Restrepo y V.F. Benítez Rojas (coordinadores), Ed. Astrea y U. de La Sabana, Bogotá, 2013, p. 70 y ss.

el “derecho de otro”. Así se convierten en discusiones sin fin ni sentido que terminan en los estrados judiciales donde el grupo de presión que tenga mayor poder y difusión en los medios de comunicación torcerá todo el sistema para así satisfacer las “aspiraciones y deseos” de un grupo que se siente “con derecho”. Todo porque se carece de fundamentación racional y de sustento político ganado en las urnas. En síntesis, buscan que les otorgue un juez lo que jamás ganarían en elecciones democráticas. Quizás sea bueno aquí evocar las agudas reflexiones de Burke, cuando sostenía que más que declamar un vago “derecho a la salud”, lo realmente importante es preguntarnos donde vamos a obtener los medios para conseguir medicamentos...

Desde luego, eso tan sólo se logra dando una mirada realista al derecho y a la política. Y probablemente en este punto nuestra conferencia sea políticamente incorrecta...

Además este abuso del lenguaje de los derechos hace perder de vista la jerarquía de los mismos, así lo que para algunos es el ejercicio de un derecho (derecho a transitar libremente de un punto a otro del territorio nacional) para otros será la violación de un derecho (derecho a manifestarse ocupando vías de comunicación). Cuando los jueces entran en esta espiral irracional abandonan lo que los prestigia y sostiene: la majestuosa imparcialidad de la justicia que asegura una decisión racional que pueda ser entendida y aceptada por quienes participan del conflicto jurídico.

De todas maneras, la invocación a los principios sin una base objetiva, tal como lo propone Dworkin, corre el peligro cierto de que el juez mienta sobre el derecho positivo haciéndolo decir lo que no dice o lo contrario a lo que realmente dice.

Mora Restrepo pone en evidencia esta idea del “juez que dice mentiras” abandonando el derecho positivo para “crear un derecho” que colme los deseos y aspiraciones de minorías explicando las interpretaciones realizadas por la Corte Constitucional de Colombia en dos temas centrales: el aborto y la equiparación de la unión de personas del mismo sexo con el matrimonio. Ha llegado el momento de plantear casos concretos.-

IV.- Algunos casos jurisprudenciales:-

Esta es una cátedra internacional. Por lo tanto, lo que ocurre en otros países no nos puede parecer ajeno, sino más bien la confirmación de lo que venimos diciendo al denunciar a este increíble activismo judicial que incluso, no duda en actuar de manera

completamente antidemocrática, anulando en la práctica a verdaderos derechos contramayoritarios. La aclaración es válida porque comentaremos ahora lo que ha ocurrido en Colombia, respecto de cuestiones muy disputadas pero cuya solución correcta no puede plantear ninguna duda en el marco del derecho natural verdaderamente clásico.

Respecto del aborto, por ejemplo, hay una serie de fallos que son un verdadero muestrario de falta de fundamentación jurídica y fáctica, comenzando por la sentencia C-355¹⁵ de mayo de 2006 que despenaliza el aborto y en donde la Corte Constitucional crea el “derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo”, ampliando las causales para matar al *nasciturus* sin límite temporal alguno, por lo cual se podría quitar la vida a un niño en un embarazo “a término”, conforme a las sentencias T-388 de 2009¹⁶ y T-841 de 2011¹⁷ conjuntamente con la sentencia T-585 de 2010¹⁸ donde se creó una nueva causa de aborto consistente en los “deseos de practicarse un aborto” de una mujer embarazada sin existencia de riesgos de ningún tipo para su vida y su salud. Esto es, se establece por vía jurisprudencial el “derecho” de las mujeres “a la interrupción voluntaria del embarazo como derecho fundamental” y no como una situación excepcionalmente despenalizada o como causal de justificación. Incluso en el fallo T-841 de 2011 se “sella” el expediente impidiendo el conocimiento pleno de las circunstancias del caso reservando la identidad de quien peticiona el aborto, los profesionales de la salud y establecimiento sanitarios intervinientes y el acceso al expediente. Asimismo no pone límite temporal a las prácticas abortivas y estableciendo que deberá tomarse como criterio fundamental de las mismas “el deseo de la mujer gestante”. De tal forma se eluden reglas de argumentación jurídica mínimas, se inventan premisas y causas de nuevos derechos, se abandona la lógica y los precedentes, se invade la esfera del legislativo.

Basta solamente leer el incidente de nulidad presentado por el procurador general de Colombia el 13 de diciembre de 2010¹⁹ frente a la sentencia T-585 donde se ponen de manifiesto la falta de reglas mínimas propias de una correcta teoría de la argumentación jurídica como por ejemplo alteración de las constancias de autos. Así se afirma que existía “indicación de aborto” por parte de unos de los profesionales

¹⁵ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>

¹⁶ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-388-09.htm>

¹⁷ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-841-11.htm>

¹⁸ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-585-10.htm>

¹⁹ www.procuraduria.gov.co/descargas/131210comunicacion.pdf.

tratantes de la recurrente cuando no surge de autos, conforme lo expresa el incidente de nulidad, de la existencia de cualesquiera de las causales introducidas por la sentencia C-355 de 2006²⁰. Dicho incidente de nulidad fue denegado evitando mencionar circunstancias de hecho fundamentales de los hechos sometidos a juzgamiento, sin contestar a las alegaciones de incongruencia en el fallo planteadas por el procurador general y haciendo una interpretación antojadiza del ya desastroso fallo del 2006²¹.

En efecto la Corte afirma en la sentencia T-585 que en el 2006 se habría consagrado el derecho a la “autodeterminación reproductiva” consagrando al aborto como “un verdadero derecho fundamental”. Este razonamiento es errado, como explica Mora Restrepo, pues en el 2006 el contexto del mismo se encuadra en violaciones al derecho internacional humanitario por embarazo forzado y esterilización involuntaria dentro del ámbito general de los tratados sobre métodos anticonceptivos impuestos sin consentimiento, conjuntamente con la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo de El Cairo de 1994 en lo relativo al programa de acción.-

En efecto, allí se afirma el derecho de la mujer a la libre elección del número de hijos y el intervalo entre ellos, marco de derecho internacional donde nunca se estableció el “derecho fundamental al aborto” Todo esto contra la interpretación realizada, por ejemplo, en el Parlamento europeo el 4 de diciembre de 2003, en el que se deja expresa constancia que el término “salud reproductiva” no incluye el aborto²².

Tan grave como la anterior es la sentencia de la Corte Constitucional C-577 de 2001²³ donde se abandona la inalterada interpretación del concepto de familia haciendo lugar a la demanda por inconstitucionalidad de términos incluidos en el Código Civil colombiano y otras leyes donde se alude en cuanto a que el matrimonio está formado por “hombre y mujer” afirmando que si bien así está expresado en la Constitución y en la normativa vigente sobre el tema la familia no es un vínculo jurídico entre heterosexuales únicamente sino que existen hoy día uniones homosexuales estables que constituirían un verdadero matrimonio ordenando que “si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República de Colombia no ha expedido la legislación correspondiente,

²⁰ Ver el incidente de nulidad p. 15.

²¹ Cfr. Comunicado 8 del 12 de febrero de 2012 en www.corte-constitucional.gov.co/comunicados/No.%202008%20comunicado%2028%20de%20febrero%20de%202012.php#_ftnref1. En dicho comunicado se insiste en que el Procurador General pretende “reabrir un debate y examinar controversias definidas, cuya solución no comparte”, siendo el planteo de nulidad solamente una “mera disconformidad” con una “solución que no comparte”.

²² Véase el artículo ya citado de Mora Restrepo página 20 y en particular la nota 36.

²³ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm>

las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual”. ¿Es necesario agregar algo más? ¿Acaso no prueba esto suficientemente el daño provocado por el “activismo judicial” a las instituciones republicanas? El caso colombiano ha replicado también en Brasil, con casos sustancialmente análogos a los que comentamos.-

Del mismo modo, en la Argentina han ocurrido casos increíblemente curiosos, que muestran hasta donde puede llegar la politización judicial. Recordamos ahora la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“Quizbert Castro, S.Y. c/. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/. amparo” –Q.64.XLVI-) , en donde se ha obligado al gobierno de esta ciudad a suministrarle una vivienda digna a un menor discapacitado, hijo de una ciudadana boliviana . Más allá de cuestionarnos que ocurriría en una situación inversa, en este caso no se ha preguntado cómo hacemos para darle esa alimentación (que pagaremos todos, obviamente), sino que se declama alegremente un derecho, y luego se condena al Estado a otorgarlo (¿?).

Los fundamentos de esa sentencia judicial son antológicos. Luego de precisarse que los derechos amparados por la Constitución “no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad”, uno de los ministros firmantes del fallo ha dicho: “...involucrando el tema habitacional a las prestaciones financiadas con dinero público, la demandada no podía prescindir al delinear sus políticas de la condición especial que revisten las personas con discapacidad”²⁴ justificándose de esa manera la admisión del reclamo.-

O ese otro, en el cual un juez paralizó durante días las obras viales que permitían la circulación del transporte público por la avenida 9 de Julio, con la excusa que había que tener en cuenta a las especies arbóreas afectadas por ese trazado. Los jueces aquí, no dictan simplemente una sentencia inocente. Van más allá: “legislan” acerca de las “políticas”, para utilizar nuevamente la terminología dworkiniana.-

V.- ¿Qué jueces necesitamos?:-

Se impone en este punto efectuar una apreciación no ya en el ámbito de lo que “es”, de lo que “tenemos”, sino más bien en el terreno de lo que “debe ser”. Si lo hacemos llegaremos a la conclusión de que hay un gran número de jueces que cumplen

²⁴ Voto de la Dra. Carmen Argibay, considerando 10.

acabadamente su función y que han entendido hasta que punto su tarea debe ser especialmente calificada. Hemos insistido en otros trabajos acerca de las características que ha de tener el razonamiento judicial²⁵. Pero conviene precisar aquí algunos conceptos que son obvios y necesarios.-

Todos los jueces, en tanto personas, deben desarrollar las virtudes cardinales. Pero, ¿cómo se incardinan ellas en la dinámica del juzgar?. Creemos que la síntesis de todas ellas, sin duda, es la prudencia. Se ha dicho de ella que es madre de todas las virtudes cardinales, puesto que es el fundamento de las otras. Una vez que se conjugue la justicia, la fortaleza y la templanza se podría decir que se ha llegado a la prudencia y, a su vez, las anteriores virtudes la presuponen. Josef Pieper pregunta ¿qué significa, pues, la supremacía de la prudencia? y alega que quiere decir que la realización del bien exige un conocimiento de la verdad, quien ignora cómo son y están verdaderamente las cosas no puede obrar bien, pues el bien es lo que es conforme a la realidad²⁶.

La objetividad es presupuesto de la prudencia. Quien tiene una visión parcializada de la realidad o ideologizada no actúa conforme a esta virtud. Por eso, según la explicación anterior sobre la importancia del conocimiento autónomo, como un conocimiento universal y que no ve el mundo desde sus causas próximas ni de forma fragmentada, también la prudencia se logra con una visión filosófica de la vida y de la realidad que existe. La actividad del juez debe ir más allá de la norma positiva, cuando ello sea necesario. La comprensión del derecho, en su exacta magnitud, implica desde la virtud de la prudencia, obtener una visión objetiva de la realidad jurídica. La realidad jurídica en todas sus dimensiones, tanto normativa como axiológica y social.

Los Jueces deben conocer las fundamentaciones teóricas de las instituciones, categorías y conceptos jurídicos. Pero esas fundamentaciones tienen que estar conforme a la verdad y a la realidad. La prudencia en el derecho es lo que es conforme a la realidad, es decir, si no existe una conformidad del conocimiento que se tiene sobre la realidad del derecho con dicha realidad misma, no habrá prudencia jurídica.

El ya citado Josef Pieper, al examinar la prudencia como conocimiento, explica que en su condición de recta disposición de la razón práctica, la prudencia ostenta, como dicha razón, una doble faz. Es cognitiva e imperativa. Aprehende la realidad para luego,

²⁵ Portela, Jorge G. y Maino, Carlos Alberto G: Prudencia Jurídica, Argumentación y Razonamiento Judicial, en: La Argumentación de los Operadores Jurídicos, AAVV, Ed. a cargo de Francisco Puy Muñoz y Jorge Portela, Educa, pags. 328/376.-

²⁶ Pieper, Josef. (1976). Las virtudes fundamentales. Madrid: Ediciones Rialp, S.A. p.54

a su vez, ordenar el querer y el obrar.²⁷ Esto quiere decir que la prudencia no es conocimiento meramente informativo, es un saber sobre la realidad que inmediatamente debe consumarse en acciones humanas. Exactamente las características de ser cognitiva e imperativa son compartidas con el saber jurídico. La ciencia del derecho no se queda en especulaciones jurídicas teóricas, sino que tiene la propiedad de convertirse en normas o principios que deben ser aplicados en la realidad por los jueces. La prudencia del derecho, es decir, la jurisprudencia²⁸ es un conocimiento que aspira a regir las acciones humanas y no a quedarse en la especulación teórica. En rigor, no se puede ser justo sin ser previamente prudente.

Cabe aquí efectuar algunas reflexiones a la luz de la ya clásica obra de Piero Calamandrei: *Elogio de los jueces escrito por un abogado*²⁹. Lo debemos hacer porque el maestro italiano insistió una y otra vez en el valor que posee la prudencia para el razonamiento judicial.

El libro mencionado, fundamentalmente, es un pequeño tratado de deontología judicial que hay que tener presente una y otra vez a la hora de pensar en los jueces que necesitamos. Para Calamandrei el juez debe ser el arquetipo del *buen padre de familia* o del *hombre prudente* como lo entendían los romanos, aquel que obrando con cuidado y previsión evita los males, o al menos, evita que se agraven. (Cap. XIV). Al elegir un juez no solo debe hacerse hincapié en sus antecedentes académicos sino también, con igual celo, un carácter independiente, capaz de soportar sin mellarse las presiones del poder político dando a la sociedad fallos en orden al bien común (Cap. XII y XIV).

Insiste en que *el juez es el Derecho hecho hombre*, por ello los magistrados poseen el “poder mortífero de convertir en justa la injusticia, obligar a la majestad de la ley a hacerse paladín de la sinrazón, e imprimir indeleblemente, sobre la cándida inocencia, el estigma sangriento que la confundirá para siempre con el delito”, por ello la prudencia en su elección es fundamental. El juez no solo debe interpretar y aplicar el Derecho sino llegar a una sentencia justa, que sea además convincente. (Cap. XII)

El juez, agrega Calamandrei, deberá abstenerse de “silenciar las cuestiones esenciales del Derecho” dictando sentencias exageradamente motivadas en los hechos,

²⁷ Ibid.100

²⁸ El término jurisprudencia proviene de dos palabras latinas: *ius* que es derecho lícito y *prudencia* que es un saber de la realidad que no es una técnica ni tampoco arte, pero es un conocimiento práctico, fundamentado y objetivo.

²⁹ Calamandrei, Piero: - Elogio de los jueces escrito por un abogado, EJEa, Buenos Aires, 1956.-

así como de dictar sentencias que sean piezas literarias ausentes de fundamentación fácticas. En fin, deberá ceñirse a las necesidades de la causa (Cap. IX).

Un juez que carece de las cualidades básicas caerá en la injusticia y en la construcción de sentencias absurdas; deberá ser claro, preciso, hacerse entender racionalmente. El juicio de valor en que se resuelve la sentencia es la conclusión de un silogismo teórico/práctico donde la premisa mayor es la ley, la menor el caso concreto y la conclusión la sentencia. (Cap. XVII y XVIII).

La sentencia justa, enseña Calamandrei, depende en su estructura, de las leyes de la lógica y transmite, también, una valoración moral superior a la de la ley positiva. Responderá, para ser justa, al Derecho Natural, fundamento de todo el derecho positivo y garantía de justicia, paz y orden (Cap. X).

En la época en que Calamandrei escribía estas magníficas reflexiones, sin embargo, se estaba muy lejos de pensar que podríamos llegar tan bajo desde el punto de vista cultural y humano. Hoy vivimos en una sociedad “líquida”, en la cual no hay sustento firme alguno. Es la nuestra, la época del pensamiento débil, que conduce a un irracionalismo fatal, que se difunde incluso en la esfera jurídica.-

VI.- Conclusiones:-

Nuestro trabajo sería incompleto, precisamente, si no fuera acompañado por las lúcidas reflexiones del que es ahora el Titular de esta cátedra de Ley Natural y Persona Humana, su Santidad el Papa Francisco. Hace algunos años, en el ámbito de esta Facultad de Derecho, se invitó a que efectuara algunas reflexiones sobre el ejercicio de la justicia al que por entonces era el Arzobispo de Buenos Aires y Gran Canciller de la UCA, el Cardenal Jorge Mario Bergoglio. El entonces Cardenal, aceptó la invitación, y pronunció un breve discurso en el ámbito de las Terceras Jornadas sobre la Codificación, centradas en la pregunta: ¿Qué Derecho, qué códigos, qué enseñanza?.-

En aquella ocasión el Cardenal Bergoglio denunciaba que algunas sentencias de nuestros jueces eran como un discurso intelectual enfermo de debilidad y acicateado por la coyuntura, pareciendo más bien a cabriolas de equilibristas de circo. Algunos fallos, aseguraba en ese entonces el Cardenal, se asemejan a un proceso de alambique, puesto que la realidad termina tan absolutamente destilada que termina por convertirse en una copia falsa del mundo de las cosas concretas y tangibles, aquel donde debe decirse el derecho. En una situación así, prima lo formal sobre lo sustancial: los valores, son

desplazados hacia las estructuras; hay un eticismo formal, ascético, alejado de todo bien. En ese estado de cosas, el juez creará una jurisprudencia sin talento y sin bondad, produciéndose entonces, incluso desde el punto de vista metafísico, un retroceso hacia el no ser, hacia la fragmentación³⁰.-

La actitud de los jueces, por ende, debe estar guiada por un profundo sentido teleológico, no meramente coyunturalista y constructivista. Pero sobre esta concepción constructivista de la persona y del derecho, están operando hoy en día los imperios políticos, económicos y culturales.-

De una manera profética, el Cardenal Bergoglio sostenía que el instrumento de operación de esta estructura nefasta son los simposios y congresos internacionales, forzando el derecho de los tratados y buscando formular acuerdos sobre la legislación de los diversos países, incluso de sus mismas cartas constitucionales, presionando a través de la opinión pública. La conferencia de El Cairo y de Beijing, para nombrar a solamente dos de ellas, son ejemplo de este intento de penetración cultural constante. Y por la puerta de esos acuerdos entran, por vía legislativa, por vía de una reforma constitucional o por vía judicial, un gramscismo maquillado que se quiere imponer. Pero cuando el poder legislativo es fuerte y por ello la constitución no se puede tocar...entonces la puerta de ingreso es la judicial (diversos tribunales, la Corte misma)...

La recomendación del Cardenal en ese entonces era muy clara: la actitud de los jueces ante esta embestida debía ser de total libertad interior, para lo cual hay que tener una trayectoria limpia y asumir la dimensión martirial que conlleva esta vocación: la de ser servidor del derecho.

Es verdad que las nuevas realidades humanas, advertía el Cardenal, reclaman jurisprudencia. Y esa jurisprudencia hay que darla, obviamente, pero respetando la naturaleza humana y la ley natural, de acuerdo a esa vieja regla de oro cincelada por San Vicente de Lerins en su *Commonitorio*: “progresar, consolidándose con los años, desarrollándose con el tiempo, haciéndose más profundo con la edad” (ut annis consolidetur, dilatetur tempore, sublimetur aetate)³¹.-

Recordemos, precisamente, que el *Commonitorio*, obra que el actual Papa Francisco frecuenta, si nos atenemos a algunos recientes reportajes que han sido

³⁰ Bergoglio, Jorge Mario: Algunas reflexiones sobre el ejercicio de la justicia hoy, en: La codificación; raíces y prospectiva. ¿Qué derecho, qué códigos, qué enseñanza?, Ed. El Derecho, AAVV, 2005, pág. 17.-

³¹ Bergoglio, Jorge Mario: ob cit., pág. 19, passim.-

difundidos en estos días, son un conjunto de reglas escritas por el santo en el siglo V, para distinguir la verdad del error.

Esa es precisamente la clave de bóveda de nuestro problema acerca del ethos judicial: el Derecho se compone no sólo de normas, sino también de principios, de valores. Por lo tanto, la cuestión referida a la verdad y al error es de absoluta pertinencia, cada vez que abordamos el estudio de su contenido y de las conductas propias de los operadores jurídicos, relacionadas precisamente con esos mismos contenidos.

Ello así, la respuesta no es difícil: necesitamos jueces con vocación de justicia y amantes de la verdad, tal como lo advertía claramente su Santidad. Urge entonces recuperar la ponderación y el respeto que se sentía por la función judicial y que sólo la propia conducta de muchos jueces en la actualidad, al apartarse de aquellos sabios y viejos principios ha degradado a niveles impensables, al desalojar de la jurisprudencia a íncolas tan notables como el Derecho y la Justicia.-

JORGE GUILLERMO PORTELA

SANDRA BRANDI