

Sodero, Eduardo R.

Algunas reflexiones sobre los desafíos del juez en el siglo XXI

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:

Sodero, E. R. (2013, octubre). Algunas reflexiones sobre los desafíos del juez en el siglo XXI [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/algunas-reflexiones-desafios-juez.pdf> [Fecha de consulta:]

Algunas reflexiones sobre los desafíos del juez en el siglo XXI

por Eduardo R. Sodero¹

El desafío decisivo -incluso en términos morales- que se le plantea al juez es el de tener conciencia plena de que no es un mero tecnócrata de la ley (aquél “ser inanimado” que idealmente debía limitarse a ser la boca que “pronuncia las palabras de la ley”²), ni un especialista más o menos hábil en el manejo de recursos argumentativos/interpretativos, sino que está llamado a ser un auténtico “ministro del derecho”³ (donde “ministro” –como sabemos- deriva del latín *minister*, que significa “sirviente”, lo cual nos recuerda la clásica fórmula de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en reiteradas oportunidades aludiera a los jueces como “servidores del derecho para la realización de la justicia”⁴).

Siendo que ésta ha sido desde siempre la esencia de la función judicial, se impone reflexionar acerca de dónde reside la novedad de los desafíos actuales, lo cual constituye el objeto de la presente contribución.

. primer desafío: el olvido del auténtico bien común

¹ El autor es juez civil y profesor e investigador de Jurisprudencia y Filosofía del Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina.

² “*Les juges de la nation ne son, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n’en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur*”: CHARLES-LOUIS DE SECONDAT, BARON DE LA BRÈDE ET DE MONTESQUIEU, *De l’Esprit des Lois* (1748), ed. Garnier, Paris, 1926, T. I, Libro XI, cap. VI, pág. 234.

Idénticas palabras encontramos en la obra del menos famoso Gerrard Winstanley, quien expresaba que “es llamado juez aquel que es elegido para pronunciar la ley, puesto que es la boca de la ley; pero nadie debe juzgar o interpretar la ley -*he who is chosen to pronounce the law is called judge, because he is the mouth of the law: for no single man ought to judge or interpret the law*- (...). La tarea del funcionario llamado juez es escuchar cualquier cosa que le sea sometida... Tras lo cual debe pronunciar la desnuda letra de la ley, que es el verdadero juez” (GERRARD WINSTANLEY, *The Law of Freedom in a Platform: or the True Magistracy Restored* [London, 1652], Schocken Books, New York, 1973, pág. 72).

³ Para usar el título de una obra reciente de la profesora de la University of Notre Dame, Jean Porter: *Ministers of the Law: A Natural Law Theory of Legal Authority*, Eerdmans, Michigan/Cambridge, 2010.

⁴ Fallos, 249:37 (1961); 253:267 (1962); 302:813 y 1284 (1980); 304:1416 (1982); 308:54 (1986); 310:2674 (1987), entre otros.

La primera novedad que se comprueba es la pérdida generalizada del sentido último del derecho, que implica el olvido de su causa final o *causa causarum*: al respecto la propia definición de “bien común” que esboza la C.S.J.N. en “A.L.I.T.T.”⁵ revela hasta dónde ha llegado la crisis en la definición de conceptos claves para el Derecho, como el de “bien” o el de “dignidad”.

Vale aquí la referencia a Dworkin –a pesar de que algunas de sus obras sean dignas de discusiones y lamentos- cuando, con mucha razón, exige que los jueces sean en alguna medida “filósofos” (luego nos ocuparemos de qué filosofía es la que asegura un “derecho con rostro humano”)⁶.

. segundo desafío: aceptación acrítica del concepto positivista de “derecho vigente”

El segundo desafío proviene del empobrecimiento acrítico del concepto de “derecho vigente” (desde el cual los jueces debemos “derivar razonadamente” sus decisiones en los casos concretos, según otra fórmula clásica de la Corte), cuya definición (que presupone la definición del modelo de sistema jurídico) se deja en manos de los teóricos positivistas, incluso apelando a la inexistente “pirámide de Kelsen” (y sabemos que a Kelsen no podemos pedirle que incluya en su sistema al *Naturrecht*).

.tercer desafío: “superación de la bipolaridad jurídica”

Vinculado con el anterior aparece el tercer desafío, que se origina en el *olvido del verdadero sentido práctico de un concepto iusnaturalista del derecho*: con esquizofrenia, y sufriendo un auténtico trastorno disociativo de identidad (emparentada con la bipolaridad), muchos juristas que adhieren a un

⁵ Fallos, 329:5266 [2006].

⁶ Vide Ronald Dworkin, “Must Our Judges Be Philosophers? Can They Be Philosophers?”, public lecture in New York City on October 11, 2000, honoring Prof. Dworkin’s appointment as the New York Council for the Humanities’ 2000 Scholar of the Year (versión española bajo el título ¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?, Isonomía Nro. 32 / Abril 2010, pp. 8 y ss.

Vide, Christopher L. Eisgruber, “Should Constitutional Judges be Philosophers?”, en Scott Hershovitz (ed.), *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 5 y ss.

concepto no-positivista del derecho en términos teóricos o académicos, se convierten en Mr. Hyde al operar con el derecho en los casos concretos.

¿Cómo superar este drama propio de Stevenson?

Pues reconociendo y afirmando la *autoridad del derecho natural*, como orden normativo sobre el cual el juez puede fundar sus decisiones.

Es decir: no sólo hay autoridades “por su origen” (Hart-Raz); también hay autoridades “por el contenido”, normas que son derecho “porque es correcto que valgan”⁷.

El derecho natural, entonces, debe recuperar su posición como la fuente primordial del derecho, que condiciona la validez de todas las normas positivas. Se impone, pues, una plena toma de “conciencia iusnaturalista”, contraria a la “huída del derecho natural”⁸.

. cuarto desafío: el positivismo de los precedentes

Así como las enfermedades mutan para vencer a las nuevas medicinas, el positivismo ha ido renovando sus expresiones a fin de superar modelos insostenibles (como el legalismo dogmático), configurándose en épocas recientes a través de una forma particularmente fuerte, que se le presenta a los jueces con intensas exigencias, frente a las cuales ellos se encuentran en cierta medida inermes.

Ahora ya no se trata sólo de la validez de las leyes gravemente inmorales (como las que autorizan la maternidad subrogada o el alquiler de vientres⁹, la manipulación genética, la inseminación artificial, la eutanasia) sino del problema de los “*precedentes extremadamente injustos*” (auténticos prevaricatos), que le plantean al juez un problema aún más grave, por la estructura institucional de los Poderes Judiciales.

⁷ Robert Alexy, *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, en Stephan Gosepath/Georg Lohmann (eds.), *Philosophie der Menschenrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1998, pp. 244-264, en p. 249.

⁸ Sobre el tema me remito a mi trabajo *Autoridad del derecho y argumentación judicial*, en Rodolfo Luis Vigo/María Gattinoni de Mujía -dir.-, *Tratado de derecho judicial*, Abeledo Perrot, Bs. As., 2013, t. I -Teoría General-, pp 71/109, en especial pp. 72/84.

⁹ Que plantea la moralidad de los pactos, a la manera del pagaré firmado por Antonio en favor de Shylock en *El Mercader de Venecia*.

Pensemos en la injusticia extrema de precedentes ya no sólo históricos - como el paradigmático “Dred Scott v. Sandford”¹⁰-, sino contemporáneos, como “F., A. L. sobre medida autosatisfactiva”¹¹ (y su secuela de octubre de 2012¹²) dictado por la Corte argentina, o la sentencia de la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa “Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) c/Costa Rica”, del 28/11/12, cada uno sentando reglas cuyo reconocimiento/seguimiento exige confrontar la “autoridad precedencial” de los fallos (derivada del status de los tribunales que los dictaron¹³) con la autoridad superior del *higher law*.

Ante estos precedentes el juez puede ser una suerte de Roland Freisler (asumiéndolos fanáticamente), puede “beberse la cicuta” del derecho injusto (Death of Socrates) o, siguiendo el testimonio de Santo Tomás Moro, ser un “rebelde con causa” (un “anti-James Dean”, si se permite la expresión), lo cual implicará –en buena medida- atreverse a “hacer lío” en los tribunales (para seguir desde sus lugares el llamado que Su Santidad el Papa Francisco formuló a los jóvenes argentinos, y a los católicos en general, durante las JMJ en Río de Janeiro 2013).

No otra cosa decía Blackstone cuando destacaba que la obligación de someterse al precedente “admite excepciones cuando la decisión anterior es evidentemente contraria a la razón; y todavía más si es claramente contraria a la ley divina. (...) La doctrina del derecho es entonces ésta: que los precedentes y las reglas deben ser seguidos a menos de que sean netamente absurdos o injustos”¹⁴.

¿Cómo evitamos “bebernos la cicuta” y, al mismo tiempo, conservamos el cargo? (no nos olvidemos que hay que ser “astutos como la serpiente”).

¹⁰ 60 U.S. 393 (1856).

¹¹ Fallos, 335:197 (2012).

¹² “Pro Familia Asociación Civil c. GCBA y otros” (del 11.X.2012),

¹³ Repárese en que tanto la CSJN como la CIDH se han autoatribuido la posición de “*final interpreters*” de sus respectivos ordenamientos, una especie de Demiurgo jurídico o de oráculo de Delfos (sobre el tema vide mi trabajo “Precedente e internacionalización del derecho constitucional”, en G. Capaldo; L. Clérico; J. Sieckmann (eds.), *Internacionalización del Derecho Constitucional-Constitucionalización del Derecho Internacional*, EUDEBA, Buenos Aires, 2012, pp. 451/471, passim).

¹⁴ William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Clarendon Press, Oxford, MDCCLXV, book the 1st, pp. 69/70.

Pues bien: a veces la propia jurisprudencia de esos mismos tribunales nos ofrece precedentes que nos ayudan: pensemos en “Sánchez, Elvira”¹⁵, como argumento para rebatir el funesto “F.A.L.”

Además, las constituciones nos asisten: pensemos en el significado de nuestro artículo 33 C.N.; o la idea explicitada por el Bundesverfassungsgericht al defender la existencia principios suprapositivos superiores a la Constitución misma, que son “indispensables para la vida humana en común”, pertenecientes al “inviolable núcleo esencial del derecho”, y que valen “con independencia de cualquier reconocimiento estatal”, de modo tal que las normas constitucionales que los violen serían propiamente inconstitucionales¹⁶.

Éste es el lugar del *ius naturae*.

. quinto desafío: derecho natural y objetivismo moral

Ahora bien: no se trata de “cualquier derecho natural”; no hay un derecho natural de contenido infinitamente variable (para inspirarnos en el *Naturrecht wechselnden Inhalts* de que hablaba Stammler¹⁷).

Como sabemos, la Historia ofrece ejemplos de apelaciones irresponsables o arbitrarias al derecho natural (v.gr., Naucke, Frank), que llegan hasta nuestros días, donde no todo lo que se invoca como “derecho natural” es tal: así, por ejemplo, se llega a hablar del “derecho natural al aborto”, o del derecho natural al “cambio de sexo”.

Dios nos libre si conceptos tales de ley natural se llegasen a imponer. Sería preferible el más rancio positivismo.

El Derecho Natural cuya autoridad debe imponerse es el Derecho Natural *serio*, que, con todo, no podrá fundarse en clave teológica à la Blackstone (cuando, inspirado seguramente en Puffendorf, hablaba del “*law of nature ... dictated by God himself*”¹⁸), o como lo hace la USSC en “Bradwell v

¹⁵ Fallos, 330:2304 (2007).

¹⁶ Sobre el tema vide mi trabajo “Sobre el antipositivismo jurídico del Bundesverfassungsgericht”, en Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (coord.), *Las razones del derecho natural*, 2ª. ed., Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., 2008, pp.387/410, passim.

¹⁷ Rudolf Stammler, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung. Eine philosophische Untersuchung*, Veit & Comp, Leipzig, 1896.

¹⁸ Agregando que “no human laws are of any validity, in contrary to this” (William Blackstone, op. cit., book the first, p. 41).

Illinois”¹⁹, al afirmar que *the Law of the Creator* indica que la esfera doméstica es a la que propiamente pertenecen las mujeres, fallo que diera pie a John Hart Ely a recordar la clásica objeción de Haines en 1930, en el sentido de que “*all the theories of natural law have a singular vagueness which is both an advantage and disadvantage in the application of the theories*”. “*The advantage is that you can invoke natural law to support anything you want. The disadvantage is that everybody understands that*”²⁰.

Estas afirmaciones evidencian el principal problema del derecho natural en la actualidad, que no es otro que el clima relativista y de “pérdida casi total del concepto de creación”(discurso del Papa Juan Pablo II a la Asamblea General de la Academia Pontificia para la Vida, del 27 de febrero de 2002), que ve al hombre como ser “autocreado” o “autopercebido”, ignorando que “el ser no nos pertenece” (D’Agostino).

Ante ello, y como decía el Papa en el referido discurso, debemos entender que “los derechos del hombre deben referirse a lo que el hombre es por naturaleza y en virtud de su dignidad, y no a las expresiones de opciones subjetivas propias de los que gozan del poder de participar en la vida social o de los que obtienen el consenso de la mayoría. En la encíclica *Evangelium vitae* denuncié el grave peligro de que esta falsa interpretación de los derechos del hombre, como derechos de la subjetividad individual o colectiva, separada de la referencia a la verdad de la naturaleza humana, puede llevar también a los regímenes democráticos a transformarse en un totalitarismo sustancial”.

Ante este desafío –entonces- de hacer valer el derecho natural en un sistema jurídico que tiene “alergia a Dios”, sólo nos queda la filosofía, la argumentación racional, la única que puede recuperar la objetividad a la que renuncian incluso las doctrinas que pretenden confiar casi mágicamente en los “valores de la comunidad”, propuesta que nos recuerda la enseñanza del polémico Hegel, al distinguir entre la moralidad (“*Moralität*”), que es universal, y la eticidad (*Sittlichkeit*), que es histórica y propia de cada

¹⁹ 83 U.S. 130 (1872).

²⁰ John Hart Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge –Mass.-, 1980, pp. 50/51.

comunidad –pudiendo no coincidir con aquella-²¹ como si ésta fuese mágicamente capaz de ser infalible la “eticidad”. Y es entonces que aparece en su verdadera dimensión el valor de los “bienes humanos básicos” de Finnis, la perspectiva metafísica (cuya necesidad ha destacado el propio Alexy desde otra tradición²²), en otras palabras, la necesidad de “hacer filosofía”.

²¹ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 2e. Aufl., Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989, p. 88

²² Robert Alexy, “¿Derechos humanos sin metafísica?”, versión española por José Antonio Seoane y Eduardo Soderó, en Robert Alexy, *La institucionalización de la justicia*, 2ª. ed., Comares, Granada, 2010, pp. 79/94.