

(tema 5: Activismo judicial e judicializacáo da política)

¿Del imperio de la ley al gobierno de los jueces?

Eduardo Martín Quintana ¹

1.Introducción al tema. Breve referencia histórica.

El tema a considerar en este trabajo gira en torno a una cuestión jurídico-política de larga data: el equilibrio que deben guardar los poderes en un Estado de Derecho. En efecto, es propio de los regímenes autoritarios la absorción de funciones por uno de ellos (en general el poder administrador) en desmedro de los restantes. Sin embargo, contemporáneamente, en los regímenes republicanos llamados también democráticos, aparece el fenómeno del sobredimensionamiento del poder judicial por sobre el poder legislativo.

La legislación ha sido desde los albores de la civilización occidente un elemento modélico. Así la encontramos ya en Hesíodo, como luego en los presocráticos, entre ellos en el *apeiron* de Anaximandro y el *logos* de Heráclito, para quienes el cosmos era regido por una ley universal. En el apogeo de la cultura griega Platón le dedicará el diálogo *Las leyes* y tendrá un lugar destacado en *La Política* de Aristóteles. También está presente en los estoicos como “razón universal”, asumida luego por Cicerón en su República. Más tarde su vigencia permanece vigente y en el siglo trece Tomás de Aquino le dedicará un extenso tratado en su Suma Teológica.

Sin embargo, lejos de lo que a veces se entiende, durante los períodos señalados precedentemente la juridicidad dependía de una pluralidad de fuentes en la que la ley en el significado contemporáneamente conocido, no ocupaba el primer lugar. Por sobre el *nomos* positivo primaba *Dike*, y el derecho no era norma sino lo concreto o igual en todo *sinálgma* o sea *to dikaion* en manos del juez o *dikastés*. En Roma la primera fuente fue el derecho consuetudinario, pero paralelamente se consolidó el derecho pretoriano cuyo similar contemporáneo es la jurisprudencia.. Ya en el siglo primero A.C. la principal fuente del

¹ Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor Consulto de la Universidad de Buenos Aires . Profesor Emérito de la Universidad Católica Argentina.

derecho privado no tenía ya la inmutabilidad de las Doce Tablas o de las leyes votadas en los comicios. “El edicto perpetuo era una *lex* anual, que no contenía normas sino la indicación de la estructura de las acciones judiciales: era la fuente para un sistema gobernado por la jurisprudencia casuística. El derecho que encontraba su fuente en los edictos de los magistrados era llamado *ius honorarium* (o por referencia a los edictos de los pretores, *ius pretorium*). No constituía un sistema por sí solo, ya que reconocía incluso, suponía la validez del *ius civile* que junto con el *ius honorario* formaban dos capas de un único sistema jurídico, en cuyo seno una tercera capa estaba representada por las *leges*, es decir, las leyes votadas en los comicios curiados”.² Por tanto “la ley” se encontraba imbricada en un entramado normativo originado por múltiples autoridades jurídicas.

Si bien este no es el lugar para reseñar el tránsito de la cultura romana al Medioevo, no puede dejar de señalarse que el sistema político imperante fue muy diverso según las épocas y lugares durante los diez siglos o más de esta edad que estaba lejos de constituirse en una unidad como fueron luego las monarquías absolutas o los imperios modernos. Sanchez Agesta resume en breve frase la situación de la época, “el orden en la edad media estaba encajado entre la paz y la hostilidad, pues el denominador común era un equilibrio inestable de poderes, sin que hubiera una única autoridad que ejerciera monopólicamente ese poder, ya que coexistían una multiplicidad de fuerzas que competían entre sí.”³ Distintos factores, desde religiosos y estéticos hasta sociológicos y políticos dieron origen a la modernidad que se manifiesta en una dialéctica entre la tradición clásico- medieval y las nuevas tendencias originadas por la licuación de aquellos valores y el impulso centrífugo motivado por las ciencias y la economía que originaría luego la revolución industrial.

2. Génesis y desarrollo del sistema legalista.

El sistema “legalista” todavía aún vigente, -de raíz diversa al *common law*- está íntimamente ligado a la “estatalidad” del derecho que cuenta con una clara explicación en Bobbio para quien el normativismo positivista es la concepción que vincula el fenómeno

² Cannata Carlos Augusto, *Historia de la ciencia jurídica europea*, Tecnos, 1996, Madrid

³ Sanchez Agesta Luis, *Nociones de teoría política en Curso de D.S.I.*, B.A.C., Madrid, 1968.

jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar al coacción: el Estado. Históricamente esta teoría es la expresión o toma de conciencia, por parte de los juristas, del complejo fenómeno en la formación del Estado moderno, que es la monopolización del poder jurídico por parte del Estado. Históricamente fue el absolutismo monárquico quien viabilizó la centralización política y anticipó empíricamente la noción de “*lo stato*” que luego de descabezados los reinos se transformó en el modelo estatal conservando el concepto de soberanía mutando de Bodino a Rousseau en una ecuación bien conocida: soberano ya no es más el rey ni la autoridad, sino el pueblo que gobierna por medio de sus representantes cuya misión es el dictado de la legislación, a la cual se le subordina el poder administrador. En el tránsito del absolutismo a la soberanía popular las *declaraciones de derechos* aparecen como la nueva legitimación jurídica y política de la franja ilustrada de una sociedad signada fuertemente por una impronta economicista cuyo propósito era la liberación tanto de la nobleza como de la Iglesia. Legitimación que encuentra su eje en la nueva “racionalidad” cuyos primeros principios no derivaban de verdades ni reveladas ni descubiertas en las relaciones sociales, sino en la funcionalidad deductivista de los nuevos filósofos quienes a su vez asumieron roles políticos. Según Habermas, nace un nuevo derecho “que autoriza más bien, a una esfera de deseo personal en la cual cada ciudadano, en tanto que hombre privado, puede perseguir egoístamente metas de maximización de utilidades. Los derechos formales son principalmente derechos de libertad, porque deben permitir todas las acciones que no estén explícitamente prohibidas según criterios de comportamiento externo”.⁴

Como bien expresa Pereira Menaut, el “Estado de Derecho” no es esencialmente diferente del *Rechtsstaat* germano que fue la contribución alemana a la superación del absolutismo y expresaba más que la sumisión de la potestad política al Derecho, la racionalidad regularidad e institucionalización del estado en las monarquías alemanas de aquella época que ya no giraban sólo en torno al príncipe y sus medidas visibles se concretaron en la regularización del estatuto legal de la Administración pública; principio de legalidad de su actuación; respeto a ciertas reglas, creación de recursos contra la

⁴ Habermas J. *Teoría y praxis*, pág.89

Administración.⁵ Por tanto el Estado de Derecho, reclamó para sí, entre otras cosas el monopolio de la legislación y de los tribunales de justicia, en consecuencia el monopolio legislativo ha sido más que un simple acaparamiento de la creación de las leyes, pues asimiló todo el derecho. De esta manera se concreta una nueva fundamentación del orden público ya que “el Estado de Derecho no es sólo un estado de legalidad formal sino que es aquel estado en el que la legalidad se funda en la soberanía popular y se dirige a la tutela de los derechos fundamentales. El Estado de Derecho es, por tanto, una expresión de legitimidad política.”⁶

El sujeto de derecho destinatario de la legislación de la modernidad era el sujeto cartesiano racional y abstracto, dueño de su voluntad, consciente y libre. Uno de los paradigmas más difundidos era la proclamación de la igualdad de derechos de todos los seres humanos. En consecuencia, la ley tenía un alcance general, primando por sobre todas las cosas el principio de igualdad. A su vez el individualismo aún pregonado en el siglo veinte se insertaba en ciertas premisas universales como “el reconocimiento a la dignidad intrínseca de todos los miembros de la familia humana”. Esta apelación a la humanidad como principio universal implicaba una cierta nivelación en los derechos y pretensiones, pues se postulaba un parámetro referido a la especie que por lógica abarcaba a todos sus individuos que la integran. Las primitivas declaraciones de derechos y su anclaje en la dignidad humana tenían como destinatario la limitación de los poderes de la autoridad soberana.⁷

3.¿Ocaso de la legalidad?

La segunda mitad del siglo veinte muestra paradójicas interpretaciones de las mencionadas declaraciones de derechos, pues por una parte se mantuvo su carácter universal e igualitario pero al mismo tiempo otras escuelas presentaron como argumentos

⁵ Pereira Menaut Antonio Carlos, *Rule of Law o Estado de Derecho*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003.

⁶ Carreras Francesc de, *El Estado de Derecho como sistema*, Madrid, 1996

⁷ Quintana Eduardo Martín, *Dignidad y deberes humanos*, Revista *Prudentia Iuris* n°83, pp.73/95. junio 2017, Buenos Aires.

principales el derecho a la diversidad, a la diferencia, a la no discriminación y el derecho de las minorías. Esta última posición fue ganando terreno frente a la primera, apegada a la primacía de la legalidad cuya característica es su vigencia en el tiempo o sea cierto apego a su permanencia mostrándose más reacia a aceptar continuas modificaciones. No deja de ser llamativo que desde distintas perspectivas iusfilosóficas el legalismo sufrió fuertes críticas. Sintéticamente podemos mencionar las siguientes: a) las teorías argumentativas que reivindican el renacimiento de la función práctica de la razón y el recurso a la dialéctica y la tópica clásica sostenidas entre otros, por Perelman ⁸, Viehweg ⁹ Recasens Siches, ¹⁰ Hennis ¹¹ b) la superación del modelo de reglas mediante la incorporación de los principios cuyo adalid fue Ronald Dworkin ¹²; c) las teorías de raíz crítica entre ellas los *Critical Legal Studie,s* para quienes el derecho está inficionado de componentes ideológicos que es necesario desentrañar para abatirlos luego. En esta línea se puede mencionar a Duncan Kennedy ¹³ para quien la legislación en si misma presenta dos caras como Jano: la visible para “la vidriera” y la oculta que los “operadores jurídicos” deben develar, efectuando una disección de la ley que por tanto deja de ser la rectora del orden jurídico y pasa a ser suplantada por las deconstrucciones y posteriores constructivismos de los nuevos dueños de otra verdad jurídica; d) las teorías procedimentalistas, entre quienes se puede mencionar a Habermas ¹⁴ quien justifica su teoría jurídica en el diálogo emergente de las permanentes comunicaciones cuya premisa básica en la imparcialidad de

⁸ Perelman Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Editorial Civitas S.A., Madrid 1979

⁹ Viehweg Theodor, *Tópica y Filosofía del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1991.

¹⁰ Recasens Siches Luis, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable*, F.C.E.-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1971

¹¹ Hennis Wilhelm, *Política y filosofía práctica*, Sur, Buenos Aires, 1973

¹² Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona 1984.

¹³ Duncan Kennedy, *Izquierda y derecho, Ensayos de teoría jurídica crítica*, Siglo veintiuno editores, Buenos Aires, 2013

¹⁴ Habermas Jürgen, *Facticidad y validez*, Editorial Trotta S.A. 1998

los interlocutores cuya finalidad es obtener el consenso que debe ser continuamente renovado.

Sin perjuicio de las crítica precedentes, por mi parte entiendo que el legalismo decimonónico presentaba como característica: a) como principio ineludible aplicar la semántica utilizada en el mismo texto legal, b) la deducción como metodología lógica, c) en caso de duda recurrir a la intención o “espíritu” del legislador, y d) entender a la legislación y/o al código civil como un sistema cerrado y completo. O sea todo dentro de la ley, nada fuera de ella. Según las críticas de estos autores, el procedimiento de esta escuela se fundaba en la aplicación textual de la ley. El deductivismo y la subsunción del caso en los términos legales. También asumía uso reductivo de la razón limitada sólo al análisis legal como objeto teórico perdiendo de vista que el derecho es un saber práctico y por tanto es necesario el uso de la razonabilidad.

4. ¿Hacia un nuevo paradigma jurídico?

4.1.Principios y valores. El vacío jurídico consecuente al descredito de la legalidad ha sido sustituido, por el paradigma de los principios y valores que se hallarían en las relaciones sociales reclamando su reconocimiento jurídico más allá de su positivización normativa. Pero cabe advertir que uno de los pilares de esta concepción es la del multiculturalismo que plantea varios desafíos difíciles de superar. Al respecto describe Bandieri, “los valores en una sociedad postmoderna son plurales y relativos, en tanto deben coexistir y deben salvaguardarse su contradictoriedad...la coexistencia pacífica de los valores asume un carácter de indestructible eje diamantino de la vida social, política y jurídica. Pero el peso de la salvaguarda mutua de valores contradictorios –es es de afirmar la supremacía del pluralismo- recae sobre jueces ponderativos que se sirven a ese fin de un “derecho dúctil”, o en otro imagen de una dogmática jurídica “liquida” o “fluida”. Por tanto, no serán las normas quienes tengan la última palabra sino los intérpretes bien se ha

dicho que del gobierno de las leyes se ha pasado al gobierno de los jueces, pero en realidad es el gobierno de quienes gobiernan a los jueces”.¹⁵

Por lo tanto las doctrinas principistas pueden ser objeto de las siguientes observaciones: en primer término, no se menciona su fundamento, sin perjuicio que se los remite a la moral, la justicia, los valores, etc. ante lo cual cabe formularse la pregunta ¿en que se sustenta esa moral, justicia y valores? ¿acaso en las opciones multiculturales o los vaivenes sociológicos?, ¿existe alguna ontología que sirva de sustrato y una concepción antropológica que los presida? En esta dirección se advierte la agudeza de Zagrebelsky al expresar que “la palabra más aproximada para indicar el carácter del derecho en la actualidad es la de “ductilidad”. La coexistencia de valores y principios, de una Constitución “exige que cada uno de tales valores o principios se asuman con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimiento).¹⁶ En otras palabras, el fundamento normativo descansa en el relativismo al que concomitantemente se le otorga valor absoluto, lo cual no deja de resultar paradójico.

Por mi parte sostengo que en la medida que los principios no tengan un anclaje en una ontología realista y una gnosceología objetiva, no son sino recursos para evadir cualquier tipo de normatividad ya sea iusnaturalista o positivista que limite la subjetividad de procedimientos constructivistas. Bien sostiene Prieto Sanchis que “definicionalmente los principios no garantizan la conexión del derecho con la moral en el sentido de una moral buena o correcta, sino acaso únicamente la conexión con la llamada moral social mayoritaria o del grupo hegemónico, siempre más o menos presente en el orden jurídico” y agrega: “Tal vez, los principios sean uno de los últimos juguetes fabricados por los juristas,

¹⁵ Bandieri Luis María, *Notas al margen del neoconstitucionalismo*, El Derecho, 19 de abril de 2011, Buenos Aires.

¹⁶ Zagrebelsky Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*.pág. 14 Editorial Trotta S.A., 1995, Madrid

capaces de servir por igual a malabarismos conceptuales que a propósitos ideológicos, (*de valer lo mismo para estimular una cierta racionalidad argumentativa que para encubrir las más disparatadas operaciones hermenéuticas*).¹⁷

4.2. Reciclaje de la función judicial. El denominado “rol protagónico de los jueces”, no descansa simplemente en que se ha optado por el sistema del precedente judicial en vez de mantener la rigidez de la legislación, ya que la motivación más profunda de las innovaciones radica en consideraciones filosóficas y sociológicas, según las cuales los cambios anteceden al derecho pero a la vez se considera que ha desaparecido una única concepción de la vida para transformarse en una sociedad compuesta de miríadas de vivencias que tienen como fuente a cada individuo singular cuyas apetencias mudan con tanta rapidez que la generalidad de la ley siempre llega tarde. De asumirse estas doctrinas, los jueces serán los operadores del derecho antes que por los legisladores, pluralismo bien reflejado por Zygmund Bauman bajo la denominación de “sociedad líquida”.¹⁸

El sistema del precedente implica un complejo andamiaje que no parece haber sido tenido en cuenta hasta ahora por los partidarios de estas mutaciones, ya que se ha producido una atomización de las decisiones judiciales en la que cada juez adopta una fuente según la conveniencia del caso a resolver, licuándose de esta manera la unidad del orden jurídico y la jerarquía normativa. En efecto, como explica Antonin Scalia, “la regla del precedente propia del *comon law* requiere una ajustada técnica para discernir en cada caso entre el razonamiento principal y definitorio de un caso (*holding o ratio decidendi*) y los diversos dictados o razonamientos laterales y como principio, no resulta aplicable al derecho legislado, o sea a sistemas fundados en la norma positiva, en tanto su aplicación a ultranza importaría socar la base democrática de aquella, expresión de la voluntad general, confiriendo al juez el poder de “hacer la ley” y no sólo aplicarla. La regla del precedente

¹⁷ Prieto Sanchís Luis, *Diez argumentos a propósito de los principios*. Jueces para la Democracia, n°26, 1996, pág.43, citado por Florencia Ratti Mendaña, *Los principios jurídicos: revisión histórica y concepción actual desde la perspectiva neoconstitucionalista*, El Derecho, diario de Doctrina y Jurisprudencia, 1° de julio de 2016, n° 13.988, Buenos Aires.

¹⁸ Zygmund Bauman, *La cultura en el mundo de la modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica, 2013, Buenos Aires.

no constituye un principio de seguimiento absoluto. De allí el desarrollo de las técnicas de “distinción” (*distinguishing*) que permite a otros tribunales inaplicar el precedente mediante la búsqueda de diferencias (muchas veces sutiles) entre el caso que motivara el precedente y el que se está llamado a juzgar y del *overruling* por la cual el mismo tribunal que sentó el precedente deja éste de lado por no considerarlo ya más como la doctrina “correcta”.¹⁹ Puede concluirse que el llamado “activismo judicial” se encuentra lejos de atenerse a un procedimiento más complejo que el legal.

4. La armonización de la legalidad y de la función judicial.

4.1. Respecto a las críticas que mereció la codificación como un *corpus* normativo completo y cerrado, considero que no significó el triunfo total del racionalismo ya que en gran parte, fueron compilaciones o consolidaciones de normas preexistentes, romanas o consuetudinarias, satisfaciendo sobre todo las necesidades que la realidad histórica demandaba. El meollo del problema no se encuentra en la materialidad del derecho legislado los códigos a partir del *code* francés de comienzos de siglo diecinueve, sino en las escuelas interpretativas y hermenéuticas que se apoderaron a posteriori de él, viabilizadas por el método racionalista, que no es un simple instrumento, sino una concepción filosófica, que prescindiendo de la realidad, abrirá entonces sí, paso a los ideales iluministas e ilustrados que se nutrían del empirismo y del utilitarismo.

4.2. Me propongo primero efectuar algunas distinciones semánticas y luego brindar pautas que orienten el cometido propio de la función judicial. Hasta aquí he empleado el término derecho para significar norma o ley, pero cabe aclarar que se trata de un término polisémico, con más precisión análogo o sea que designa entidades esencialmente diferentes entre sí pero relacionados por una semejanza. Esta relación puede entenderse como si las realidades significadas fueran de igual valor entre sí o por el contrario, existe una de ellas con categoría superior por asumir la plenitud de la significación. Me inclino

¹⁹ Scalia Antonin, *A matter of interpretation*, Princeton University Press, 1997 citado por Vitolo Alfredo E.D. 16/12/2013, *Una novedosa categoría jurídica: el “querer ser”. Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del “control de convencionalidad”*

por la segunda opción pues el derecho clásicamente es “aquello que le corresponde a otro en una relación de jurídica” o más simplemente, “lo suyo de cada uno”. La ley es una medida que demarca al derecho (en el sentido indicado) y por tanto si bien hay semejanza, no hay identidad.

4.3. Las leyes son normas generales mientras que las sentencias son particulares. De aquí surge la posibilidad o necesidad, según los casos que el juez tenga en sus manos la “creación del derecho”, en el marco del conflicto particular. En la tarea judicial puede abrirse el camino hacia que suele denominarse la creación del derecho, tratándose de parte del juez de más de un descubrimiento de lo suyo de cada uno que una creación y para ello debe usar la prudencia jurídica que no en vano a través de los siglos fue conocida como *iuris prudentia*.²⁰ Trasladando estas nociones al orden jurídico, las leyes tienen su fuente en la actividad política, pero se denomina específicamente prudencia jurídica no a la actividad legislativa, sino a la tarea del jurista que debe prevenir un conflicto o asesorar y defender a las partes si este se ha producido y principalmente a la actuación del juez que debe resolverlo. Precisamente estas actividades requieren no sólo el conocimiento general de la normas, sino principalmente el conocimiento de los hechos y circunstancias particulares del caso, como también el discernimiento de lo que es justo en el reclamo de las partes.

Por eso la prudencia debe alcanzar su máxima expresión en la decisión judicial, pues es en el conflicto particular donde resulta insuficiente tanto el marco legal como los principios orientadores de la vida jurídica; en múltiples situaciones, el caso a decidir presenta matices y facetas únicas e irrepetibles. Sólo mediante la prudencia el juez puede encontrar el camino que arribe a esclarecer lo justo o sea lo suyo de cada parte en litigio.

²⁰ Considero que el concepto “creación” aquí empleado es metafórico, pero tiene su cuota de verosimilitud en tanto el “derecho” es lo que corresponde a las partes en disputa y en múltiples oportunidades se encuentra imbricado en una confusa situación fáctica. De ahí la acertada mención de la “opacidad” del derecho, pero a mi juicio desligado de la posible opacidad de la ley, pero referido al caso concreto. Por tanto el juez realiza una tarea creativa en descubrir lo suyo de cada uno en las controversias judiciales.

Lo que define a la prudencia es que el conocimiento práctico no tiene por objeto algo que ya “es”, que ya “existe”, sino algo que debe ser actuado. El conocimiento de las leyes no es prudencial, sino teórico, las leyes ya “son”. Pero cuando al jurista se lo consulta y se requiere su intervención es ante una situación en la que debe efectuarse una actividad futura: promover una demanda, prevenir un conflicto, contestar una acción, producir una prueba en un juicio, etc. Otro tanto sucede con la actividad del magistrado judicial: si bien las partes aportan sus argumentos y sus pruebas, una vez que estas ya “son” debe conocer y producir una obra que aún no es: la sentencia.²¹

Como conclusión considero necesaria en un sistema republicano la centralidad de la ley o sea de la norma general, la que si bien no descarta la existencia de otras fuentes, estas deben asumirse como complementarias dado que aquellas son las únicas que pueden establecer un orden jurídico que brinde a su vez justicia y seguridad en base a la previsibilidad, sin perjuicio de la insustituible función judicial que se caracteriza por operar el derecho en particular, dándole a cada cual lo que le corresponde.

²¹ Quintana Eduardo Martín, *Notas sobre el derecho en el iunsturalismo*, pág. 157 segunda edición Educa, Buenos Aires, 2013.