

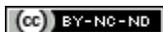
*Revista Crítica Penal y Poder*

2017, n° 12

Marzo (pp.87-108)

Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos

Universidad de Barcelona



## **¿DEMOCRACIA EN LA ACTIVIDAD DE LOS TRIBUNALES CRIMINALES? BREVE ENSAYO SOBRE LA LEGITIMACIÓN DE LA FUNCIÓN DE LOS JUECES PENALES**

*¿DEMOCRACY IN THE ACTIVITY OF CRIMINAL COURTS?  
-BRIEF ESSAY ON THE LEGITIMIZATION OF THE FUNCTION OF CRIMINAL JUDGES-*

**Gustavo A. Arocena**

*Universidad Nacional de Córdoba (República Argentina)*

### **RESUMEN**

*En este ensayo, el autor analiza detenidamente la legitimación de la función judicial, desde la mirada de un jurista penal. Para ello, estudia detalladamente, y critica, el discurso que procura encontrar tal legitimación en el llamado “principio democrático”. Finalmente, el jurista propone otra justificación del rol de los jueces, vinculada con la sujeción incondicionada a la ley.*

**Palabras clave:** función judicial, rol de los jueces, legitimación de la actividad judicial.

### **ABSTRACT**

*In this essay, the author analyses meticulously the legitimization of the judicial function, from the look of a penal jurist. With this purpose in mind, the writer studies in detail, and criticizes, the speech that tries to find such legitimization in the so called “democratic principle”. Finally, the jurist proposes another justification of the role of the judges, linked with the unconditional subordination to the law.*

**Key words:** judicial function, role of the judges, legitimization of the judicial activity.

## 1. Introducción

Pensamos que nadie dudará, hoy, sobre la plausibilidad de postular la necesidad de una consistente legitimación institucional de los tradicionalmente denominados “poderes” del Estado de Derecho; no sólo del Legislativo y el Ejecutivo, sino también del Judicial.

Lo que, en cambio, exige un análisis y, aun, una justificación más profunda es, a nuestro ver, la identificación de las vías que conducen a la legitimación del Poder Judicial o, según las expresiones que utilizamos antes, del rol que son llamados a cumplir los jueces; principalmente, en materia penal.

No es necesario que se recuerde aquí que la legitimación de las agencias legislativa y ejecutiva del Estado Argentino viene dada por la sencilla razón de que, tanto los diputados y senadores que integran el Congreso de la Nación, como el presidente y el vicepresidente de la Nación, son **elegidos directamente por el pueblo (arg. arts. 45, 54 y 94 Constitución de la Nación Argentina<sup>1</sup>)**.

Diferente es la situación en el casos de los jueces quienes, como es sabido, son **designados por el titular del Poder Ejecutivo** (arts. 99, inc. 4, C.N; y 144, inc. 9, Constitución de la Provincia de Córdoba), **con acuerdo del Senado** en el supuesto de los magistrados de la Corte Suprema y los demás jueces de los tribunales federales inferiores (arts. 99, inc. 4, C.N.), **o de las legislaturas** en la hipótesis de los miembros de los tribunales superiores y demás tribunales inferiores de las provincias (p. ej., art. 144, inc. 9, Constitución de la Provincia de Córdoba)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> En adelante: C.N.

<sup>2</sup> La circunstancia de que legisladores y miembros de los Poderes Ejecutivos sean elegidos directamente por el pueblo, mientras que los jueces lo son por los titulares de los poderes administradores con acuerdo legislativo, impone, a nuestro ver, que el análisis de la legitimación del rol de aquéllos y estos, respectivamente, *transite por carriles discursivos distintos*: hay allí una clara “propiedad relevante” que reclama una indagación de uno y otro asunto, a la cual se añade, en el caso de los legisladores, la previsión de mecanismos de participación directa del pueblo por parte de la Constitución de la Nación Argentina, tales como la *iniciativa popular* y la *consulta popular*.

Así, los dos primeros párrafos del artículo 39 de la ley suprema establecen:

“Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses.

El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, sancionará una ley reglamentaria que no podrá exigir más del tres por ciento del padrón electoral nacional, dentro del cual deberá contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa”.

Y el artículo 40 del mismo conjunto normativo prescribe:

“El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática.

El Congreso o el presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a consulta popular no vinculante. En este caso el voto no será obligatorio.

El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular”.

¿Dónde radica aquí, entonces, la legitimación de la tan trascendente función que desempeñan los magistrados judiciales? Hay quienes procuran emplazar dicha legitimación en la “validación democrática” del Poder Judicial o, para ser más concretos, de los jueces y del quehacer que estos llevan a cabo.

Nosotros dudamos que pueda hallarse en una pretendida “democratización de la justicia” una razón “consistente” y, preponderantemente, pertinente, de legitimación de la función de los jueces. En la presente monografía, sostendremos, en torno a esto, la tesis de que la legitimación de la función judicial a partir de la idea de “democratización” encierra **un problema de pertinencia argumentativa**. No se trata de un asunto de “suficiencia” de la justificación postulada, sino de algo distinto, a saber: de buscar –o de ubicar- en el lugar equivocado, el discurso de legitimación de la actividad de los jueces. Es que, si se añadieran más argumentos emplazados en la misma línea, no se subsanaría el “déficit” de motivación, pues, insistimos, no es que no existan fundamentos bastantes en la pretensión que persiguen esas leyes, sino en que esas razones transitan, a nuestro ver, *por el lado equivocado*. En otros términos: no afirmamos que estas leyes no sean “suficientes” para fundar la legitimación de la función judicial, sino que ellas procuran esto último a través de un camino errado. Habremos de ocuparnos, entonces, de indagar sobre este tópico.

Antes de ello, juzgamos conveniente reiterar una aclaración ya hecha: todo cuanto se expresa en el presente artículo, aun cuando se refiere la función judicial considerada “en general”, es manifestado por un *iuspenalista*. Por consiguiente, no obstante la vocación de “amplitud” del texto, es probable que algunas de las reflexiones que se desarrollan no puedan dejar de estar teñidas de los eventuales particularismos que muestra la función judicial en el ámbito del Derecho penal.

## **2. El Poder Judicial y su finalidad de asegurar la estabilidad del ordenamiento jurídico**

En primer lugar, juzgamos pertinente señalar que, con arreglo a una perspectiva político-institucional, e incluso a partir de una concepción normativa de la agencia estatal que ejerce la función judicial, la función del tradicionalmente denominado “Poder Judicial” es

---

Estos institutos, sumados a la ya mencionada elección directa –por parte del pueblo- de legisladores y miembros de los Poderes Ejecutivos, nos conducen a aseverar que la reflexión relativa a la posible influencia del “principio democrático” en la configuración del discurso de legitimación del rol de quienes desempeñan cada una de las funciones que integra el poder del Estado debe llevarse a cabo, como dijimos, en forma autónoma, separada; al menos, en lo que concierne a legisladores y miembros del Ejecutivo, por un lado, y jueces, por el otro.

No parece entenderlo de la misma manera Gargarella, quien –con su habitual profundidad- analiza “...las razones que apoyan la promoción de un mayor involucramiento del pueblo en la creación, aplicación e interpretación del Derecho penal” (Gargarella 2016, 16), **adunando** así el estudio de **motivos que**, para nosotros, **no pueden aplicarse por igual en el examen del rol de quienes crean las leyes penales y del quienes las interpretan y aplican**.

**asegurar la estabilidad del sistema político y del ordenamiento jurídico**<sup>3</sup>. En esta orientación, Garzón Valdés aduce:

“Desde el punto de vista de una concepción normativa del poder judicial, puede afirmarse que su función principal es la de garantizar la estabilidad del respectivo sistema político. La estabilidad es una propiedad disposicional de un sistema político que consiste en el mantenimiento de su identidad a través de la tendencia de quienes detentan el poder a guiar su comportamiento de acuerdo con las normas básicas del sistema”<sup>4</sup>.

Ciertamente que, en el caso del juez en regímenes democráticos, la estabilidad del sistema político, e incluso del ordenamiento jurídico, requiere que el magistrado –que siempre deberá ser imparcial en relación con las pretensiones jurídicas y los intereses de las partes– ejerza una **estable e incondicionada sujeción a las normas fundamentales del sistema**, o sea, a aquellas disposiciones de raigambre constitucional que, por serlo, se erigen en **enunciados insoslayables de referencia** para la validez de las restantes prescripciones jurídicas.

La legitimación de la función de los jueces puede hallarse, así, en su “**autonomía**” respecto, no sólo de las posibles influencias de los restantes poderes o agencias del Estado (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo), sino también de cualquier otra fuente de presión, como –por ejemplo– los medios masivos de comunicación.

Esto último es así porque –como subraya Garzón Valdés– la “...autonomía del poder judicial significa adhesión no condicionada por factores prudenciales [de coste-beneficio], que suelen incluir la negociación y el compromiso. El ámbito de la política es el de un comportamiento caracterizado por la negociación y el compromiso. Si ello es así, puede ...concluirse que el ámbito de las decisiones judiciales no debería, por definición, estar afectado por o de depender del de la política. Autonomía judicial significa, pues, independencia de lo político. De aquí que puede inferirse también que la autonomía judicial queda lesionada si se permite en ella la irrupción de la política. Y, viceversa, se renuncia a

---

<sup>3</sup> La “*estabilidad del ordenamiento jurídico*” a la que hago referencia, desde luego, no equivale a su inmutabilidad, pues el universo normativo se ve obligado a cambiar constantemente en virtud de la propia “naturaleza de las cosas” que surge del carácter dinámico de la vida en sociedad y de los asuntos que debe disciplinar el Derecho. La estabilidad a la que aquí aludimos es, como podrá imaginarse, aquella que se resiste a las modificaciones arbitrarias, ilegítimas e injustificadas del ordenamiento jurídico, que derivan de decisiones apoyadas en razones que se apartan de la configuración axiológica de las normas que fundamentan todo el sistema. Como señala Moreso –citando a Raz–, conviene distinguir “...entre la cultura política básica de una sociedad, que incluye a la vez la distribución del poder (la división de poderes, el sistema federal) y algunos principios básicos referidos a los derechos y deberes de los individuos y del gobierno, y los arreglos más detallados y contingentes. Por ello, **es aconsejable proteger la estabilidad de la cultura política básica mediante algunos instrumentos institucionales que la aislen en alguna medida de las presiones de la política cotidiana**” (Moreso 1998, 21 y 22).

<sup>4</sup> Cfr. Garzón Valdés (2003, 129).

la autonomía judicial cuando el juez incursiona en el ámbito de la política”<sup>5</sup>. Si esta autonomía o independencia es un “**valor nuclear de la jurisdicción**”<sup>6</sup>, entendida como “garantía de garantías” orgánicas y procesales<sup>7</sup> que da sentido a la idea de juez natural y predeterminado por la ley, el magistrado penal debe sujetar su actuación a la ley material en cuanto coherente con la Constitución. Conforme lo remarca con acierto Andrés Ibáñez, la virtud constitucional del orden judicial no radica en ser un “poder bueno” sino “en ser el poder otro, desde el derecho”<sup>8</sup>, con una “cierta dimensión de contrapoder”<sup>9</sup>. La relevancia de este rol es, insistimos, la **naturaleza contramayoritaria del papel constitucional judicial**. El papel del poder judicial arranca de la **necesidad de dotar a los derechos fundamentales y al derecho de una institución de garantía de su efectividad**, y esto hace que la propia independencia –en cuanto garantía- deba estar rigurosamente garantizada<sup>10</sup>.

Puesto que la autonomía de los jueces es la que legitima la función que *define* su rol, ella nunca puede ser excesiva, de la misma manera que nunca puede ser excesiva la adhesión a los principios constitucionales, que son los que determinan el alcance de aquella<sup>11</sup>. En este sentido, parece pertinente anotar que, en el contexto del presente artículo, empleamos las expresiones “*constitución*” y “*principios constitucionales*” en uno de los dos principales significados con los que actualmente se las utiliza, a saber: un **significado específico y sustantivo** (el significado “garantista” –*sit venia verbo*-), en el que el término “constitución” designa el *ordenamiento protector de las libertades del ciudadano*<sup>12</sup>.

Una tal adhesión a los principios constitucionales –que no algo distinto de la *sujeción a las normas fundamentales* a la que antes nos referíamos- se muestra, de esta forma, como un medio de *validación de la actividad de los jueces en materia penal* a través de su *intervención como garantes de los derechos básicos de los ciudadanos*. De allí que sostengamos, como lo ha hecho también –por ejemplo- Ferrajoli, que la legitimidad de la actuación de la magistratura penal no es “democrática”, en el sentido de que no proviene del consentimiento de la mayoría; antes bien, ella es –en términos *ferrajolianos*- “**garantista**”, “...residiendo en los vínculos impuestos por la ley a la función punitiva para la tutela de los derechos de todos”<sup>13</sup>. Desde un punto de vista deontológico, la **necesidad de sujeción de la función punitiva a los límites impuestos por la ley en salvaguarda de la vigencia de los derechos de todos** ha de representar un **objetivo político y una obligación**

---

<sup>5</sup> Garzón Valdés (2003, 130).

<sup>6</sup> V. Andrés Ibáñez (2015, 213).

<sup>7</sup> Sobre esta idea, v. Andrés Ibáñez (2015, 139 a 141).

<sup>8</sup> Andrés Ibáñez (2015, 41).

<sup>9</sup> Andrés Ibáñez (2015, 202).

<sup>10</sup> Andrés Ibáñez (2015, 84 y 87).

<sup>11</sup> Garzón Valdés (2003, 130).

<sup>12</sup> Cfr. Sartori (1992, 19), donde el autor agrega que el otro significado con el que se utiliza el término “constitución” es un “significado cósmico y formal”, en el que “constitución” es “...cualquier forma que se da a sí mismo un Estado”. Ha de quedar claro, pues, que nosotros empleamos la alocución en su sentido “garantista”.

<sup>13</sup> Vid. Ferrajoli (1997, 335).

**jurídica prioritaria sobre cualquier otra:** un objetivo, entonces, que debe ser alcanzado a cualquier precio, pues constituye un presupuesto de legitimidad de la actividad de los jueces penales que, como hemos enfatizado, es contra mayoritario, o sea, un “deber de obligatorio cumplimiento”, incluso contra la voluntad de la mayoría<sup>14</sup>.

En esta última dirección –con respecto a un tópico quizás más vasto que el que aquí abordamos, pero en sintonía con la concepción que se defiende en el presente texto-, el intelectual italiano explica que “garantismo” significa “...tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aun contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador del derecho penal: la inmunidad de los ciudadanos contra la arbitrariedad de las prohibiciones y de los castigos, la defensa de los débiles mediante reglas de juego iguales para todos, la dignidad de la persona del imputado y por consiguiente la garantía de su libertad mediante el respeto también de su verdad”<sup>15</sup>. Es precisamente la garantía de estos derechos fundamentales la que hace aceptable para todos, incluida la minoría de los reos y los imputados, al derecho penal y al mismo principio mayoritario<sup>16</sup>, y no la voluntad mayoritaria –añade Eiroa-, “pues ni siquiera por mayoría se podría prescindir de esa función de garantía”<sup>17</sup>.

### **3. Las posibles actitudes del juez frente a las normas jurídicas aplicables para la resolución de un caso, como un problema de filosofía moral. A la vez, una arenga a favor del deontologismo**

Llegados a este punto, nos atrevemos a sostener que el asunto que se analiza en el presente texto se relaciona con la cuestión de las **posibles actitudes que puede asumir el juez** frente a las normas jurídicas pertinentes para resolver una determinada controversia que le es planteada y la **responsabilidad** que deriva de la adopción de una de tales alternativas en desmedro de otras. Y esto, a su vez, involucra –entre muchos otros asuntos- un **problema de filosofía moral**.

En esta última sede de análisis es posible distinguir tres niveles diferentes de estudio, a saber: la metaética, la ética normativa y la ética aplicada. La *metaética* tiene como objeto de examen la determinación de la eventual existencia de procedimientos racionales para justificar la validez de los juicios de valor, por lo que ella se ocupa, en suma, de la naturaleza de los juicios morales y del razonamiento moral. La *ética normativa*, en cambio, se ocupa de la elucidación de los principios de justicia y moralidad social idóneos para juzgar las instituciones jurídicas, y de las implicaciones de tales principios en áreas temáticas específicas. De allí que se diga que ella “...se entiende –en un nivel abstracto-

---

<sup>14</sup> *Mutatis mutandis*, Ferrajoli (2016, 148).

<sup>15</sup> Ferrajoli (1997, 335 y 336).

<sup>16</sup> Ferrajoli (1997, 336).

<sup>17</sup> V. Eiroa (2016, 147).

con las nociones de lo bueno y lo correcto”<sup>18</sup>. Por último, la *ética aplicada* concreta en una materia determinada las nociones tratadas por la ética normativa. En este ámbito tiene lugar una actividad eminentemente descriptiva: no se discute ya el carácter de los juicios de valor y el significado de los términos éticos, ni se formulan juicios de valor determinando qué cosas son justas o buenas, sino que “...se describen los juicios de valor que se formulan en cierta sociedad en determinada época, dando cuenta de qué cosas los mineros de esa sociedad *consideran* justas o buenas”<sup>19</sup>.

La **ética de la función judicial** es, por cierto, un importante caso de ética aplicada. Ahora bien, entre las teorías éticas que pueden aplicarse a la conducta de los jueces, se pueden mencionar, especialmente, tres<sup>20</sup>: dos de ellas son *éticas del deber*; la tercera, una *ética del carácter*. Las éticas del deber se llaman de tal forma porque establecen un catálogo preciso de nuestros deberes morales, y son, concretamente, el *consecuencialismo* y el *deontologismo*. La ética del carácter, cuyo nombre responde a que no pretende brindar un catálogo de deberes sino concentrarse en lograr el mejor carácter moral para el agente, es la ética de la virtud. Para la ética de la virtud –ilustra Farrell– “...lo central es el carácter del agente moral: un individuo no es bueno porque hace cosas buenas, sino que ciertas cosas son buenas porque las hace ese individuo, que posee un carácter virtuoso”<sup>21</sup>. En nuestra opinión, la teoría de la virtud debe ser desplazada en el discurso de legitimación de la función judicial porque lo que “válida” la actividad de los jueces no puede ser emplazado en la mera “investidura” de estos, sino en los *actos institucionales* a través de los cuales se materializa la función que desempeñan estos magistrados. En otros términos, no es el *status* de juez lo que legitima lo que este hace, sino la satisfacción –por parte del magistrado y a través de sus actos institucionales<sup>22</sup>– de las expectativas normativas que se desprenden del rol del juzgador judicial.

Presentadas estas sucintas nociones previas, nos adelantamos a aseverar que, al menos en lo que a la Argentina se refiere –cuyo ordenamiento constitucional consagra firmemente un importante catálogo de derechos y garantías individuales (aunque también sociales)-, la teoría ética que más adecuadamente sustenta la legitimación de la función de los jueces que propongo es el **deontologismo**.

¿Por qué afirmamos esto? Trataremos de justificar el aserto.

---

<sup>18</sup> Cfr. Farrell (2003, 147). Ha de quedar en claro que la cita de Farrell –un *autor confesadamente utilitarista*– que hacemos en el texto principal, **en modo alguno importa compartir su concepción sobre tópicos como el que abordo en el presente artículo**. Simplemente hemos recurrido a él como una forma de presentar de modo relativamente prolijo el marco teórico en el que se inserta el problema que se desmenuza en el texto. Por lo demás, lo que ahora decimos es así, conforme surge claramente de la posición deontologista que defendemos en el escrito principal.

<sup>19</sup> V. Nino (1999, 354).

<sup>20</sup> Sobre esto, v. Farrell (2003, 149).

<sup>21</sup> Cfr. Farrell (2003, 149).

<sup>22</sup> Por medio de los cuales resuelve los casos sometidos a su decisión.

Para desentrañar qué se le pide moralmente a un juez cuando actúa –lo que constituye el interrogante central de la ética aplicada a la función judicial-, es conveniente preguntarse, antes, qué se le pide al magistrado que *no haga* en tales circunstancias.

Según creemos, al juez –por lo menos, al juez *penal*- que debe resolver una controversia particular no se le pide que, mediante su decisión, procure *obtener el mejor estado de cosas posible*, sino que, aun intentando lograr ese loable cometido, se comporte **haciendo respetar los derechos** que el orden jurídico garantiza a las personas. En un Estado de Derecho, entonces, el imperio de la ley fundamental impide que el juez resuelva los casos teniendo en cuenta propiedades que no han sido admitidas por el legislador en el conjunto de las normas promulgadas, ni se derivan de sus disposiciones expresamente adoptadas<sup>23</sup>. No podrá, pues, recurrir a soluciones que no estén expresamente establecidas por la ley – aunque se basen en circunstancias relevantes favorables al imputado en el caso concreto-, ni basar su decisión práctica en argumentos morales que la justifiquen, con independencia de lo que expresamente prescriban las disposiciones jurídicas. Tenemos para nosotros, en definitiva, que el juez debe resolver el caso aplicando la norma pertinente, con respeto al catálogo de derechos y garantías básicas de las personas. Si la norma aplicable tensionara insanablemente con tales reglas fundamentales, deberá declararla inconstitucional por apartarse de las disposiciones constitucionales que constituyen, como dijimos, la “piedra de toque” para la “validez sustancial” de las restantes normas del sistema. Ya veremos qué ocurre si, por el contrario, no hubiera regla claramente aplicable o se tratara de un caso extremo.

De este modo, los derechos fundamentales de los individuos, que se encuentran fundados en los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona, se erigen en instrumentos cuya **función primordial es acotar la operación del proceso democrático para tomar decisiones colectivas** a través de la **descalificación de éstas cuando ignoran aquéllos**. Si el proceso democrático –ejemplifica Nino- negara la inviolabilidad de la persona, *verbi gratia*, por intermedio de la institución de alguna forma de esclavitud, o ignorara la autonomía de la persona a través de la promoción de políticas perfeccionistas, el reconocimiento de los derechos que emergen de nuestros principios constitucionales invalidaría *ipso facto* estas decisiones<sup>24</sup>. Esta es la intuición básica –añade el jurista citado- “...detrás de la idea de que cuando el constitucionalismo es sumado a la democracia, hay decisiones democráticas que están impedidas por el reconocimiento liberal de los derechos”<sup>25</sup>.

No se alarmará nadie, pues, si aseguramos que la legitimación de la función judicial presupone, en algún sentido, la asunción del carácter *contramayoritario* de la actividad de

---

<sup>23</sup> Sobre la “posición legalista” relacionada con las posibles actitudes morales del juez ante las normas penales, v. Navarro, Bouzat & Esandi (2001, 73 y 74).

<sup>24</sup> Vid. Nino (1997, 95).

<sup>25</sup> V. Nino (1997, 95).

los magistrados<sup>26</sup>, quienes deben resolver los casos que se les plantean aplicando la norma pertinente, que no sólo deberá ser *legal*, por ser producto de la aplicación del procedimiento previsto por el ordenamiento jurídico para la válida sanción de las leyes, sino también *legítima*, por no colisionar con las reglas del ordenamiento constitucional.

Por cierto que no es que el sistema jurídico desprecie objetivos consecuencialistas (p. ej., “maximizar lo bueno”) o fines colectivos (v. gr., la búsqueda de la felicidad de la generalidad de los integrantes de la comunidad organizada); al contrario se supone que el legislador elabora las normas jurídicas inspirado en la voluntad de lograr el bien de cada uno y de todos los que integran la comunidad. Pero de lo que se trata es que “...el sistema jurídico está preocupado especialmente por el *modo* como se obtiene la felicidad. Y el modo –esto es, el respeto de los derechos- tiene más importancia que la felicidad misma. Esto descarta a primera vista al consecuencialismo –y el utilitarismo, como especie dentro del género consecuencialista- como la teoría ética a aplicarse en el ámbito de la función judicial”<sup>27</sup>.

Los casos en los cuales la utilidad es suficiente como justificación son los supuestos que podríamos considerar como “secundarios” en un ordenamiento jurídico: determinar la dirección del tránsito vehicular, por ejemplo. En los casos primarios, como el de proteger la libertad de expresión o –en lo que interesa especialmente a los fines del presente texto- el derecho de defensa en juicio del imputado, el papel de la utilidad es sólo indirecto, puesto que se supone que el legislador consideró útil el respeto a la libertad de expresión y la defensa en juicio de la persona y los derechos de la persona inculpada en un proceso penal, sin que sea necesario que resulte útil el respeto a la libertad de expresión o al derecho de defensa del encartado *en cada caso concreto* en que ellos se encuentran en juego.

Desde esta perspectiva, es dable expresar, con Dworkin, que “...los ciudadanos tienen ciertos derechos fundamentales en contra de su Gobierno, ciertos derechos morales que la Constitución convierte en jurídicos. Si esta idea algo significa y merece que se haga alarde de ella, estos derechos deben ser derechos en el sentido fuerte (...). La afirmación de que los ciudadanos tienen derecho a la libertad de expresión debe implicar que estaría mal que el Gobierno les impidiese usar de ella, aun cuando el Gobierno crea que lo que han de decir causará más mal que bien”<sup>28</sup>.

Conforme la tesis *dworkiniana* de los derechos individuales, éstos –y muy especialmente el derecho a la igual consideración y respeto- son *triumfos* frente a la mayoría. Ninguna directriz política ni objetivo social colectivo, entonces, *puede triunfar frente a un auténtico derecho*. De tal suerte, los derechos aparecen como *conquistas* que desplazan la consideración a fines colectivos, que reside en la base de las teorías utilitaristas.

---

<sup>26</sup> Aun bajo el riesgo de parecer redundante, insistiremos en que todo cuanto sostenemos en el texto principal tiene como sujeto de referencia al *juez penal*.

<sup>27</sup> Cfr. Farrell (2003, 152).

<sup>28</sup> Cfr. Dworkin (2002, 284).

Lo que Dworkin muestra, con toda claridad, es que los derechos son *cartas de triunfo*, que se imponen, precisamente, sobre las consideraciones de utilidad, y conducen a reconocer que para dejar de lado un derecho no basta con mostrar que este desplazamiento del derecho produce un estado de cosas tal que contenga más felicidad: el juez debe hacer respetar los derechos, no preocuparse por juicios de utilidad<sup>29</sup>. Para expresarlo de otro modo: "...el juez no tiene como misión maximizar el respeto general por los derechos, sino respetar *él mismo* los derechos sometidos a su consideración. Si los derechos son cartas de triunfo frente a consideraciones de utilidad, los derechos obran como una restricción a la persecución de la utilidad. Ellos obran, entonces, como restricciones deontológicas a la persecución de lo bueno, y no como parte de lo bueno que debe ser perseguido (de cualquier manera, y sin restricciones, como piensa en cambio el consecuencialismo)"<sup>30</sup>.

El magistrado, por regla, no puede sacrificar el respeto de algún derecho para lograr, como resultado de su intervención, un estado de cosas laudable. Y esto es así, salvo casos excepcionales que procuraremos mencionar luego, aun cuando tal estado de cosas fuera uno en el cual se ha maximizado el respeto de los derechos. Reiteramos: lo que legitima su función es, justamente, su **firme apego a las normas fundamentales del ordenamiento jurídico**, en cuanto consagran las reglas de derechos y garantías que corresponde a todos los habitantes de la Nación. Poca relevancia tienen, a estos efectos, consideraciones consecuencialistas de cualquier índole, como por ejemplo la repercusión que pueda tener en la opinión pública la decisión de un juez que concede la libertad condicional a una persona condenada por un delito contra la integridad sexual y que ha cumplido todas las condiciones que establece el ordenamiento jurídico para la procedencia de ese beneficio penitenciario.

De acuerdo con lo manifestado, los derechos fundamentales pueden ser considerados "**incondicionales**", en el sentido de que la autoridad pública –en lo que nos interesa particularmente: el *juez*- debe hacerlos respetar con independencia, no sólo de las preferencias de alguna persona, sino también de alguna mayoría circunstancial<sup>31</sup>.

El sistema jurídico, en definitiva, no está diseñado para que el juez obre como un consecuencialista, sino para que él "...se considere un agente moral que está obligado a respetar ciertas restricciones, aún a expensas de la utilidad del estado de cosas resultante"<sup>32</sup>. Esta actuación del magistrado como agente moral garantizador de la vigencia de los derechos de los individuos es, justamente, la que legitima su función y su actividad. Al menos *en lo que concierne al juez penal*, una tal actuación del juez apegándose a las reglas –y no a cualquier otro tipo de consideración basada en la discusión y la negociación política- lo vuelve *confiable* y, con ello, legitimado en su actividad. Seguramente muchos filósofos cuestionarán el aserto pero, en nuestra opinión, la confianza en el juez penal puede

---

<sup>29</sup> Cfr. Farrell (2003, 153).

<sup>30</sup> Farrell (2003, 155).

<sup>31</sup> V., en este sentido, Gargarella (2003, 5).

<sup>32</sup> Cfr. Farrell (2003, 155).

explicarse de manera relativamente exhaustiva por su sujeción a las normas fundamentales del ordenamiento jurídico, en función de las cuales él resolverá los casos criminales sometidos a su decisión respetando el sistema de garantías que consagra el programa constitucional de proceso penal y brindando una de las “soluciones” que propicia el universo normativo aplicable al caso: por ejemplo, impondrá una pena de ocho a veinticinco años a quien privare arbitraria y dolosamente de la vida a un tercero, aun cuando el “pueblo”, la “opinión pública” o quien fuera (incluso él mismo !!!) pudieran reputar “más justa” alguna consecuencia jurídica punitiva más gravosa que la prevista por la ley.

hora bien, hemos sostenido que la teoría ética que describe correctamente el rol de los jueces en la resolución de controversias particulares es el deontologismo; pero ello, debemos aclarar, no significa que el consecuencialismo no juegue papel alguno en la ética judicial. Es que esta última teoría ética –y, en especial, una de sus particulares manifestaciones: el *utilitarismo*- desempeña un cometido relevante al momento de la decisión judicial en dos hipótesis particulares: los casos de conflictos de derechos y determinados casos extremos.

En el primer supuesto, “el juez debe practicar el cálculo consecuencialista, y optar por estado de cosas que produzca la mayor felicidad”<sup>33</sup>. El razonamiento consecuencialista es llamado a intervenir aquí una vez que han sido identificados los derechos en juego y advertido el conflicto existente entre ellos, que impide que todos sean satisfechos a la vez en el caso concreto. El juez, entonces, ya emplazado en tal situación, está autorizado a echar mano de consideraciones de tipo consecuencialista para resolver el conflicto de derechos. Si el juez penal tiene que decidir, por ejemplo, respecto de la privación cautelar de la libertad del imputado, deberá ponderar los distintos bienes jurídicos involucrados (búsqueda de la verdad / salvaguarda de los derechos individuales del imputado) y resolver, no ya reconociendo a uno supremacía absoluta respecto del otro, sino reconociendo a todos los derechos como limitados y analizando en el caso concreto la razonabilidad de la restricción de uno para lograr el respeto del otro<sup>34</sup>.

Por lo demás, y en orden a la segunda situación referida, cualquier deontologista debería aceptar que hay casos extremos en los cuales, “...ante la gravedad de las consecuencias que se seguirían del respeto de un derecho, ese derecho debe ceder ante consideraciones utilidad, y esto es lo que el juez debe advertir (y decidir de acuerdo a ello)”<sup>35</sup>. Pero habrá de proceder según este último criterio reconociendo y, aún, *poniendo de manifiesto* que – debido a la índole del caso- su decisión se basa en consideraciones de tipo

---

<sup>33</sup> V. Farrell (2003, 156).

<sup>34</sup> El Tribunal Constitucional Español ha dirimido este tipo de casos aplicando el que llama “**Método del Balanceo o Balancín Test**”, a partir del que asevera, en el mismo sentido en que nos expresamos nosotros en el texto principal, que deben resolverse los conflictos de derechos asumiendo que no todos los derechos fundamentales son ilimitados sino que, junto a ellos, concurren otros valores que el ordenamiento jurídico también protege (Tribunal Constitucional Español, S.T.C. 81/83, del 10 de octubre).

<sup>35</sup> Cfr. Farrell (2003, 157).

consecuencialistas: sólo así el precedente que dejará sentado tal pronunciamiento se encontrará debidamente acotado, evitando el peligro de toda futura pretensión de que la protección del derecho involucrado vuelva a ceder en otros casos.

Tenemos para nosotros que, en relación con estos supuestos de conflicto de derechos y de casos extremos, puede adherirse sin demasiadas reservas a la postulación que realiza Haba en favor de una aproximación al derecho de índole *realista-crítica*, la que se caracteriza por una argumentación que hace posible el necesario debate público sobre las opciones valorativas sustentadoras de determinada resolución jurisdiccional. Refiere este autor:

“Dado que la argumentación realista obliga a poner *abiertamente* «las cartas sobre la mesa», así resulta que tanto los principios -«axiomas» valorativos en posición de fines- como las referencias a la realidad social –los medios de eficacia práctica- van a quedar, de *tal* manera, netamente sometidos a la posibilidad de un claro *control* público de *racionalidad*, dentro y fuera del tribunal. Las fundamentaciones normativistas escapan a semejante posibilidad. Se conforman con refugiarse en su cielo dogmático, cuyas figuras son por principio no menos ajenas que inmunes a pruebas y contrapruebas de orden *empírico-social*. En cambio, las razones realistas pertenecen al orden de la racionalidad *fáctica*. Tales razones, al ser *intersubjetivamente* controlables, hacen así plenamente responsable a quien las presenta, mientras que las fundamentaciones normativistas se basan en unas «evidencias» iusmísticas. Estas últimas, por escapar a la posibilidad de ser verificadas o falsadas intersubjetivamente, hacen que el elegir entre una y otra respuesta jurídica venga a ser, al fin de cuentas, una cuestión de «gustos» doctrinarios, queda[ndo] diluida la responsabilidad intelectual de quien recurre a ellas”<sup>36</sup>.

Tal vez respecto de dichos supuestos de casos “difíciles” (conflictos de derechos, procesos extremos) pueda reconocerse suficiente asidero a las afirmaciones de este autor, en el sentido que, por un lado, es “...por demás abundante la prueba empírica de la existencia de fallos judiciales que, justamente por haber sido producidos con base en un enclaustramiento normativista del pensamiento jurídico, han tenido efectos muy contraproducentes en la práctica”<sup>37</sup>, y por el otro, “...no se sabe de pruebas semejantes en cuanto a que, para aquellos mismos casos u otros, una fundamentación realista lleve a consecuencias prácticas similares o aún peores”<sup>38</sup>.

Más allá de todo lo anotado, o quizás como consecuencia de ello, parece innecesario puntualizar que, en rigor de verdad, ningún individuo racional razona, a lo largo de toda su vida y en todas las situaciones posibles, sobre la base de exclusivas consideraciones deontologistas o sobre la base de consideraciones exclusivamente como deontologista. En la inmensa mayoría de los casos, se razona, primordialmente, como uno o como otro, pero

---

<sup>36</sup> Vid. Haba (2002, 528 y 529).

<sup>37</sup> Cfr. Haba (2002, 529).

<sup>38</sup> V. Haba (2002, 529).

en situaciones periféricas se adopta justamente la doctrina opuesta: el consecuencialista acepta restricciones y el deontologista acepta el cálculo de consecuencias. Y los jueces, desde luego, no están fuera de ese estado de cosas. Lo piensa también así Farrell, quien enfatiza que los tribunales:

“...son como los individuos: en la inmensa mayoría de los casos razonan como deontologistas, y esto es –justamente- lo que deben hacer. Pero en situaciones periféricas adoptan el consecuencialismo para evitar catástrofes, y esto es también lo que deben hacer. No hay nada de malo en reconocerlo expresamente y hay mucho de bueno en hacerlo: acotan en este caso el precedente, y lo dejan reducido a situaciones de catástrofe”<sup>39</sup>.

Pero esta circunstancia en modo alguno desmerece la tesis que aquí defendemos, que apoya la justificación de la función judicial en la sujeción del juez a las normas fundamentales del sistema, y no en consideraciones de corte consecuencialista / utilitarista, a la vez que asume el carácter “*antimayoritario*” de los tribunales judiciales, que no tienen la función de expresar en sus fallos la “voluntad popular” sino, por el contrario, “...poner límites a los posibles extravíos inconstitucionales de los representantes de esa voluntad”<sup>40</sup>.

Por lo demás, los jueces, mediante su firme, incondicionado y constante apego a las normas básicas y de máxima jerarquía del ordenamiento jurídico **contribuyen al mantenimiento de la “identidad del sistema”** –*sit venia verbo*- y, por esa vía, se **consolidan como “agentes confiables”** de la configuración institucional del Estado.

La legitimación de su rol, entonces, se expresa también de esta forma, o sea, en la actuación de los jueces en tanto autoridades que resuelven los casos judiciales que se les presentan, a través de **buenas decisiones desde el punto de vista constitucional**. Como señala Garzón Valdés, la confiabilidad en la corrección de las decisiones depende de la confianza por parte de la ciudadanía (electores y gobernantes) en que los jueces prestan su adhesión incondicionada a la Constitución democrática, que es la que proporciona el “respaldo justificante” de la decisión judicial. La “última palabra” judicial –subraya, certeramente, el intelectual citado– “...no pende en el aire sino que se apoya en los principios y reglas básicas del sistema político”<sup>41</sup>.

Para culminar este apartado, diremos, para aventar todo riesgo de confusión, que por “normas básicas del sistema” –a la cuales el juez ha de sujetarse férreamente- entendemos aquellas reglas de derechos y garantías cuya máxima jerarquía normativa las sustrae de la discusión legislativa, e incluso gubernamental. Es, pues, el catálogo de derechos fundamentales de las personas que los jueces tienen el deber de preservar.

Si bien el “principio democrático” hace radicar en “el pueblo” la fuente de la soberanía, lo cierto es que el ciudadano de un Estado democrático de Derecho **carece de “competencia”**

---

<sup>39</sup> V. Farrell (2003, 158).

<sup>40</sup> Garzón Valdés (2003, 131).

<sup>41</sup> Cfr. Garzón Valdés (2003, 132).

**(lato sensu) para decidir “todo” lo que concierne a la res pública:** a él sólo le está permitido decidir por mayoría aquellas cuestiones que *no caen dentro del ámbito de “coto vedado” de reglas de derechos y garantías* al que me he referido al aludir a las normas de necesaria e incondicionada observancia por parte de los jueces. El ordenamiento constitucional, así, determina el contenido de ese “coto vedado” a las atribuciones del votante en un Estado democrático.

Dicho con otras palabras: el “principio democrático”, según el cual la “cosa pública” se organiza en virtud de la decisión de la mayoría<sup>42</sup>, encuentra como freno insoslayable la intervención de los jueces en tanto garantes de la vigencia de un catálogo de derechos fundamentales que es inviolable por *definir la “identidad” del orden jurídico* en razón de una **jerarquía constitucional**<sup>43</sup> que los erige –como enfatizamos al comienzo- en **enunciados insoslayables de referencia** para la validez de las restantes prescripciones jurídicas. Recurrimos, una vez más, y para concluir el presente apartado, a las expresiones preclaras de Garzón Valdés:

“...la determinación del contenido del «coto vedado» no puede ser función del Parlamento por razones conceptuales: estos derechos fundamentales inviolables son justamente los que trazan el límite de lo moralmente aceptable en la deliberación y en la toma de decisiones

---

<sup>42</sup> Es sabido que, en sentido lato, “**democracia**” significa “*gobierno del pueblo*”. De cualquier manera, conviene hacer unas breves estipulaciones básicas en orden a la **concepción de “democracia”** que tenemos en cuenta a la hora de ocuparnos de nuestro objeto de análisis.

La democracia, como forma compleja de gobierno, implica **acción colectiva** (cfr. Dworkin 2003, 49), o sea, unidad de acción en la cual los actores son grupos, no individuos particulares.

Llevando la cuestión a nuestro ámbito de incumbencias, podríamos aseverar que el “principio democrático” implica la realización de ciertas acciones –p. ej., decidir en qué dirección debe resolverse una determinada causa penal- que ningún ciudadano podría hacer por sí mismo.

Pero, además, esta acción colectiva es –según la concepción de la democracia que seguimos - **comunitaria**, en el sentido que requiere de los individuos que asuman la existencia del grupo como entidad o fenómeno por sí mismo. De lo que se trata, entonces, es de la actuación de cada individuo integrante del “colectivo comunitario” llevada a cabo con la intención de realizar una contribución al desempeño grupal, y no como una serie de acciones individuales aisladas.

Ahora bien, la acción colectiva comunitaria ha de ser vista como una acción en la que se da importancia al “aporte individual” de los integrantes del colectivo, lo que torna una suerte de acción colectiva comunitaria **integrada**. En este tipo de acciones, las actitudes compartidas de los participantes crean una **unidad colectiva de responsabilidad**, toda vez que **es el grupo mismo sobre quien recae el crédito o descrédito, el logro o el fracaso** derivados de una determinada acción.

En resumidas cuentas, el “principio democrático” en que nos apoyamos para escudriñar la pretensión de “legitimación democrática” de la función y la actividad de los jueces, propone concebir a la posible participación del individuo en la validación del rol del magistrado judicial en la decisión de los procesos singulares sometidos a su consideración, como la actuación de personas iguales desenvolviéndose en sentido comunitario integrado.

<sup>43</sup> Como es sabido, la sanción de normas constitucionales requiere un procedimiento “*calificado*” –si se nos permite la expresión-, distinto, más exigente y de mayor complejidad que el trámite necesario para el dictado de las leyes; y esto responde, como es fácil colegir, al “rol” que tienen aquellas disposiciones en la configuración del “núcleo duro” de reglas de derechos y garantías indisponibles de un determinado sistema normativo-jurídico que delinear sus *inoslayables características definitorias*.

democráticas. Negar que tal es el caso es ignorar la diferencia que existe entre políticas constitucionales y política parlamentaria. Es aquella la que determina las restricciones que esta última requiere para no sucumbir a la tentación de la dictadura mayoritaria”<sup>44</sup>.

Se nos dirá –como posible objeción a nuestra tesis- que no todos los sistemas jurídicos, o ramas del orden jurídico, se explican en el coto vedado; acaso el reproche tenga asidero en relación con determinadas parcelas del Derecho, pero no en el caso del Derecho penal, según, claro está, nuestra opinión. En el Derecho criminal de los Estados sociales y democráticos de Derecho, que a su vez se reputan respetuosos de las bases fundamentales del Derecho penal liberal, el catálogo de derechos y garantías de jerarquía constitucional vinculadas con el poder penal del Estado se erige en límite infranqueable para un ejercicio legítimo de ese poder.

Recapitulamos, y cerramos, reiterando lo expresado en cuanto a que la función judicial encuentra su legitimación en las siguientes circunstancias: (a) La sujeción de los jueces al catálogo de los derechos fundamentales y de jerarquía constitucional de los habitantes de la Nación; (b) El carácter firme, incondicionado y ajeno a consideraciones coyunturales, consecuencialistas o derivadas de las –reales o pretendidas- demandas de la “comunidad” o cualquier agente distinto de las partes involucradas en el caso sometido a su decisión; y (c) La confiabilidad del magistrado y la confianza de la comunidad en la agencia judicial resultantes de la previsibilidad de su decisión, a partir de la certeza de que se habrán de resolver las causas prescindiendo de toda consideración que se aparte de la juiciosa aplicación del *mínimum minimorum* de reglas de derechos y garantías constitucionales que integran el “coto vedado” a la discusión política al que antes nos hemos referido.

#### 4. El rol de los jueces y los “casos difíciles”

a. Todo cuanto hemos manifestado en el apartado precedente en modo alguno debe ser interpretado como una toma de posición en relación con el problema de la “creación judicial del Derecho”. En efecto, el interrogante acerca de si *los jueces crean derecho al resolver los casos singulares* ha recibido múltiples y divergentes respuestas, en un debate que se ha prolongado a lo largo de los últimos doscientos años y que, en términos generales, ha dado lugar a teorías que van desde el entendimiento que los jueces se “limitan” a aplicar a casos particulares las normas generales dictadas por el legislador hasta la convicción de que aquéllos “crean” normas generales, pero sólo en situaciones muy especiales. Es, ciertamente, un asunto tan atrapante como complejo, que impide que se lo aborde en un texto como el que aquí elaboramos.

Con todo, sí diremos que, para nosotros, al menos en los que podríamos denominar “casos difíciles”, los jueces deben resolver los conflictos sometidos a su competencia, *sin que existan normas del ordenamiento jurídico que le provean la “solución” del caso*, ora por la textura abierta de los enunciados jurídicos que materializan las disposiciones legales, ora

---

<sup>44</sup> Garzón Valdés (2003, 134 y 135).

por la ambigüedad o la vaguedad de sus términos, ora por las lagunas normativas o las contradicciones que puede presentar tal universo normativo. Y en tales supuestos, el magistrado valiéndose de su *discrecionalidad*, de *principios* no escritos o como quiera llamarse a esa elección basada en valores. Si esto sea o no “crear” derecho es un tópico que, como acabamos de adelantar, no es posible que sea abordado en esta oportunidad. En otras palabras, en “casos difíciles” como, por ejemplo, aquellos donde hay lagunas normativas – es decir: no hay reglas-, no parece irrazonable, simplemente porque no hay otras alternativas superadoras, admitir que el juez habrá de resolver el caso con arreglo a su “buen y confiable carácter”, sin perjuicio de que deba luego justificar su decisión expresando las razones que la sustentan.

Sin perjuicio de esto, pensamos que aun cuando estos casos difíciles los jueces pergeñen la solución del caso conforme el protocolo rudimentariamente motejado en el párrafo anterior, e incluso admitiendo que –al hacer tal cosa- el magistrado pueda prohiar una norma de carácter general, esta “creación judicial” de normas generales claramente difiere del procedimiento legislativo necesario para la sanción de esta última clase de reglas. Sin ahondar demasiado en el asunto, subrayaremos que lo que acabamos de afirmar es así, al menos, por una simple razón, a saber: las normas generales del legislador *obligan a todos* – a los integrantes de la comunidad, determinando (o intentándolo) sus comportamientos; a los jueces, brindándoles pautas para valorar las conductas cometidas a sus decisiones institucionales-, mientras que las “normas generales” de los jueces no tienen otro valor –el que, no obstante, no es menor- que el constituir un “precedentes judiciales”, que podrán o no ser tenidos en cuenta por otros magistrados para resolver situaciones equivalentes.

Con mayor consistencia, Bulygin da cuenta de la idea que pretendemos expresar, en los siguientes términos:

La “...creación judicial de las normas generales difiere en importantes aspectos de la creación legislativa.

En primer lugar, las normas creadas por el poder legislativo son obligatorias para todos y en especial para todos los jueces. En cambio, las normas generales mediante las cuales el juez justifica su decisión en un caso de laguna normativa no obligan, en principio, a los otros jueces. Pero una norma general «creada» por un juez en un caso determinado constituye un precedente. Si otros jueces siguen el camino trazado, tendremos una jurisprudencia uniforme: la norma general creada por los jueces adquiere el carácter de obligatoria. Pero bien puede suceder que otro juez resuelva de otra manera un caso análogo. En tal situación tendríamos normas generales incompatibles. El conflicto entre esas normas será resuelto, tarde o temprano, por otros jueces, de modo que el proceso de creación judicial de las normas generales desembocará en una norma general reconocida de origen jurisprudencial”<sup>45</sup>.

En definitiva, no discutimos el carácter creativo de la jurisdicción; sólo procuramos insistir en la idea de juez legitimado en su rol en virtud de su intervención como “fiel garante” de

---

<sup>45</sup> V. Bulygin (2003, 25).

los derechos de las personas, aun en contra de lo que una pretendida mayoría pueda para la resolución de un determinado caso judicial.

**b.** Hecha esta aclaración, volvemos sobre la principal tesis que defendemos en el presente texto, según la cual la legitimación de la función de los jueces proviene de su respeto por el catálogo de derechos fundamentales de las personas y de su capacidad profesional para salvaguardar, por esa vía, la certeza del derecho.

Se ha manifestado aquí que, por medio de su firme apego a las normas constitucionales que –irguiéndose en la “piedra de toque” para la “validez sustancial” de las restantes normas del sistema- *definen el perfil* del ordenamiento jurídico, el juez legitima su rol a partir de consolidarse como un “agente confiable” en razón de satisfacer las expectativas normativas de la comunidad, que se fía de que los casos judiciales habrán de ser resueltos a través de las soluciones que no afectarán el *mínimum minimorum* de reglas de derechos y garantías constitucionales que integran el “coto vedado” a la discusión y la negociación políticas.

*Rol del magistrado y expectativas normativas de la comunidad* derivadas de ese rol institucional confluyen, así, en la configuración de la dinámica de nociones que legitiman la actividad de los jueces.

La validación de la actividad de los jueces, pues, deriva de la satisfacción –por parte de los magistrados- de las específicas expectativas normativas que forman parte del particular rol que esas personas desempeñan<sup>46</sup> en su condición de agentes competentes –*lato sensu*- para la resolución de los casos que se les plantean, mediante decisiones conformes con el catálogo de reglas de derechos y garantías que confieren su *identidad específica* a determinado ordenamiento jurídico. Dirimiendo tales asuntos de dicha manera, los jueces satisfacen expectativas normativas de la comunidad, que derivan de su *status* especial o, con mayor precisión, forman parte de su *status* especial de “árbitros” judiciales.

Desde otra perspectiva, la legitimación de la función judicial a partir del apego del magistrado a la legalidad puede ser descripta no (sólo) como la que se desprende de la *verdad reconocida de las demandas de validez*, sino también –según lo hace Bergalli mediante una retórica palmariamente *luhmanniana*- como el logro de la integración de dos procesos de aprendizaje diferentes, a saber: a) el de quien toma las decisiones (el juez) acerca de cuáles son las estructuras cognitivas de esperanzas de comportamiento social que el derecho positivo acoge y sobre las que puede decidir, y b) del afectado y otros terceros que aceptan la decisión (del juez) porque con ella se legitiman sus esperanzas respecto del comportamiento de terceros<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Cfr. Jakobs (1997, 129). El jurista alemán aduce que “...los seres humanos viven, en la medida en que lo hagan en sociedad, en un mundo *socialmente* configurado de una determinada manera; tienen un *status* especial, por ejemplo como madre o como hijo mayor o como ciudadano, etc., y vienen definidos, por tanto, por un haz de derechos y deberes”.

<sup>47</sup> V. Bergalli (1994, 429).

Pero esto último podría ser admitido en el contexto de la argumentación que proponemos, en tanto y en cuanto el “aprendizaje” del juez que decide acerca de las expectativas normativas de comportamiento social y el “aprendizaje” del afectado y de la comunidad respecto de la decisión judicial que legitima sus expectativas acerca de la conducta de terceros tengan como obligado marco de referencia el catálogo de derechos y garantías constitucionales fundamentales a los que ya se ha hecho referencia. Quizás esta “condición” que señalamos para la aplicabilidad de la cita de Bergalli desvirtúe su concepción y, quizás más aún, la de Luhmann, en la que el jurista argentino se basa. Es que Luhmann concibe el sistema social como un “sistema de acciones, interacciones, roles y estructuras selectivas de sentido” y al hombre como “ambiente problemático del sistema mismo”<sup>48</sup>, desplazando así, de alguna manera, a la consideración del individuo en la legitimación del sistema jurídico, mientras que para nosotros tal legitimación se logra, justamente, a partir de la satisfacción de las expectativas del hombre en que el juez resolverá los casos exclusivamente sobre la base de decisiones que “materializan” o –como mínimo- no contradicen el “núcleo duro” de reglas de derechos y garantías constitucionales básicas. De cualquier modo, la “deriva” sistemática que acabamos de llevar a cabo añade, según nuestra opinión, interesantes razones adicionales para apuntalar la posición que defendemos.

## 5. El juez, los derechos individuales y los derechos sociales

Viene quedando expresado, pues, que los jueces obtienen la legitimación de su actividad, en función de erigirse en agentes *confiables*, y que justamente logran convertirse en tales en virtud de firme apego o sujeción al catálogo de derechos y garantías que dotan de identidad al ordenamiento jurídico.

Ahora bien, todo cuanto hemos expresado no debe pasar por algo que, al reclamarse al juez una intervención como garante del respeto del “coto normativo vedado” a la discusión y la negociación política, se le demanda una tal actuación en defensa, no sólo de las garantías individuales, sino también de los derechos “sociales”, como por ejemplo, el derecho a un medio ambiente saludable<sup>49</sup>. Es que la Argentina es, desde hace ya más de veinte años, un Estado *social* de derecho.

En nuestro concepto, la determinación del catálogo de reglas de derechos y garantías básicas a las que debe sujetarse incondicionadamente el juez para resultar previsible, confiable y –con todo ello- legitimado en su rol, debe ser llevada a cabo *en función de los*

---

<sup>48</sup> Cfr. Luhmann (1971, 26 y ss.).

<sup>49</sup> En su primer párrafo, el artículo 41 de la Constitución de la Nación Argentina prescribe: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”.

condicionantes que plantea el **arquetipo de Estado** en que se inserta el orden jurídico sobre el que indaga quien emprende el estudio de aquella cuestión.

En este sentido, ha de repararse en que la reforma de 1994 ha introducido en el plexo axiológico de la Constitución Nacional de la República Argentina un cúmulo de cláusulas y expresiones lexicales –tales como *igualdad real de oportunidades* (art. 37, art. 75, incs. 19 y 23) o *acción positiva* (art. 37, art. 75, inc. 23)- que traducen un *espíritu*, un *conjunto de principios*, propio de lo que se ha dado en llamar *liberalismo en solidaridad social o Estado social y democrático de derecho*<sup>50</sup>.

De cualquier manera, parece importante enfatizar que dicho conjunto de principios paradigmáticos de un Estado social y democrático de Derecho se inserta, en el núcleo básico de nuestra Constitución, dentro de un conjunto normativo que no carece de enunciados que –como el artículo 19 de la ley suprema<sup>51</sup>- abrevian en un ideario de **corte liberal-individualista**. El “**principio liberal**” puede ser entendido como una máxima en la cual el valor de la personalidad es un valor de relevancia preponderante, que en un número importante de casos está autorizado, incluso, a imponerse aún frente a grandes intereses de la mayoría<sup>52</sup>. Un pensamiento de corte liberal, que en modo alguno parece estar rechazado en el ideario vigente de la Constitución Nacional, reclama un acabado énfasis en la libertad del individuo, respetado en su libertad personal, y una decidida tolerancia hacia la concepción de la vida que pueda tener otra persona, “...porque ésta es considerada sujeto de idéntico valor a pesar de las diferencias que existan en la realidad”<sup>53</sup>.

Derechos individuales y derechos sociales, entonces, integran ese *mínimum minimorum* de reglas indisponibles cuya férrea preservación genera la confianza en el rol de los magistrados y legitima el rol que les es propio.

Con todo, en materia penal, que es el terreno que especialmente nos interesa, existe relativo consenso en la doctrina jurídica, en cuanto a que coexisten en el procedimiento criminal normas que tutelan el interés social por la búsqueda de la verdad y normas que preservan los derechos individuales del acusado y de la presunta víctima del hecho delictuoso. Unas y otras de estas reglas, junto con prescripciones adicionales que consagran garantías comunes para los pretendidos protagonistas materiales del acontecimiento histórico que se investiga en el procedimiento penal, configuran el catálogo de reglas de derechos y garantías al que ha de apegarse estrictamente el juez penal para resolver los casos que se le plantean, mediante una resolución proveniente de un agente que resulta **confiable** por dirimir los

---

<sup>50</sup> Cfr. Bidart Campos (1997, 243).

<sup>51</sup> Esta disposición constitucional señala: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

<sup>52</sup> Para una sucinta presentación del “ideal individualista”, tal como supo concebirlo Gustav Radbruch, v. Kaufmann (1999, 315 y 316).

<sup>53</sup> V. Staechelin (2000, 293).

conflictos de ese modo y no mediante la invocación y aplicación de consideraciones basadas en criterios de conveniencia u oportunidad o que resultan de la discusión y la negociación políticas.

## 6. A modo de conclusión

Una síntesis de conclusiones debe coronar este breve texto. Probablemente ellas conduzcan a reiteraciones innecesarias, pero un prurito elemental de orden metodológico así nos lo aconseja.

El Poder Judicial, en tanto una de las agencias que ejerce una función esencial del Estado, no tiene como fuente de legitimación el “principio democrático”, conforme el cual la “*res pública*” se organiza en virtud de la decisión de la mayoría.

Por el contrario, el rol de los jueces –al menos de los *jueces penales*- se legitima en función de su intervención como garantes de la estabilidad del sistema político y del ordenamiento jurídico, a partir de su firme e incondicionada sujeción a las normas fundamentales del sistema, o sea, a aquellas disposiciones de raigambre constitucional que, por serlo, se erigen en enunciados insoslayables de referencia para la validez de las restantes prescripciones jurídicas. Desde este punto de vista, la legitimación de la función de los jueces puede hallarse, así, en su “autonomía” respecto, no sólo de las posibles influencias de los restantes poderes o agencias del Estado (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo), sino también de cualquier otra fuente o grupo de presión.

Los jueces, así, ven legitimada su actividad al desempeñarse *deontológicamente* procurando no ya *obtener el mejor estado de cosas posible* sino el máximo respeto de los derechos fundamentales –individuales, sociales y colectivos- que el orden jurídico garantiza a las personas. Esta sentencia, según nuestro parecer, podría eventualmente discutirse en relación con ramas del orden jurídico distintas del Derecho penal, pero no con respecto al Derecho criminal. En Estados sociales y democráticos de Derecho –como el argentino-, en los que además se proclama como imperativa la observancia de las disposiciones constitucionales que sientan las bases del Derecho penal liberal, el legítimo ejercicio del poder de coerción penal oficial presupone el acatamiento irrestricto del conjunto de reglas de derechos y garantías de máxima jerarquía normativa que, justamente por este último rasgo, *definen la identidad* del sistema.

De este modo, los derechos fundamentales, que se encuentran fundados en los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona, se erigen en instrumentos cuya función primordial es acotar la operación del proceso democrático para la toma de decisiones colectivas a través de la descalificación de éstas cuando ignoran aquéllos, y conducen a la *paradójica* conclusión de que la legitimación de la función de los jueces en un Estado *democrático* de derecho ostente un carácter *contramayoritario*. Los magistrados –al menos,

los que dirimen asuntos penales- deben resolver los casos que se les plantean aplicando la norma pertinente (que no sólo deberá ser *legal*, por ser producto de la aplicación del procedimiento previsto por el ordenamiento jurídico para la válida sanción de las leyes, sino también *legítima*, por no colisionar con las reglas del ordenamiento constitucional), sin importar lo que puedan reclamar determinadas mayorías o consensos de la comunidad.

Y es, finalmente, esta actuación contramayoritaria la que vuelve a los jueces *confiables*, rasgo que, como hemos pretendido postular aquí, es, al fin y al cabo, la fuente última de legitimación de su función y de su actividad.

## BIBLIOGRAFÍA

Andrés Ibáñez, P. (2015): *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*, Trotta, Madrid.

Bergalli, R. (1994): “Protagonismo judicial y representatividad política”, en *Doxa* 15-16.

Bidart Campos, G. J. (1997): *Tratado elemental de derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, t. VI.

Bulygin, E. (2003), “Los jueces ¿crean derecho?”, en *Isonomía*, nº 18.

Dworkin, R. (2003): “Igualdad, democracia y Constitución: nosotros, el pueblo, en los estrados”, traducción de Alfredo Stolarz, en Id. *Liberalismo, Constitución y democracia*, La Isla de la Luna, Buenos Aires.

\_\_\_\_\_ (2002): *Los derechos en serio*, traducción de Marta Guastavino, 1ª edición, 5ª reimpresión, Ariel, Barcelona.

Eiroa, P. D. (2016): “El «diálogo» de los juristas argentinos con Luigi Ferrajoli. Derecho penal mínimo y democracia sustancial”, en AA.VV., *Constitucionalismo, garantismo y democracia. Puentes dialógicos entre el derecho constitucional y el derecho penal*, Roberto Gargarella y Daniel R. Pastor (directores), Juan L. Finkelstein Nappi (coordinador), Ad-Hoc, Buenos Aires.

Farrell, M. D. (2003): “La ética de la función judicial”, en AA.VV., *La función judicial. Ética y democracia*, Jorge Malem – Jesús Orozco – Rodolfo Vázquez (compiladores), Gedisa, Barcelona.

Ferrajoli, L. (1997): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª edición, traductores varios, Trotta, Madrid.

\_\_\_\_\_ (2016): “La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna”, en *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 10, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona.

Gargarella, R. (2016): “El lugar del pueblo en el derecho penal”, en AA.VV., *Constitucionalismo, garantismo y democracia. Puentes dialógicos entre el derecho*

*constitucional y el derecho penal*, Roberto Gargarella y Daniel R. Pastor –directores-, Juan L. Finkelstein Nappi –coordinador-, Ad-Hoc, Buenos Aires.

\_\_\_\_\_ (2003): “Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia”, en AA.VV., *Los derechos fundamentales*, SELA 2001, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, Editores del Puerto, Buenos Aires.

Garzón Valdés, E. (2003): “El papel del poder judicial en la transición a la democracia”, en AA.VV., *La función judicial. Ética y democracia*, Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez –compiladores-, Gedisa, Barcelona.

Gelli, M. A. (2001): *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires.

Haba, E. P. (2002): “Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como alternativa *práctica* al discurso normativista de los jueces)”, en *Doxa* 25.

Jakobs, G. (1997): “Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos”, en Id., *Estudios de derecho penal*, traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá, U.A.M. Ediciones - Editorial Civitas, Madrid.

Kaufmann, A. (1999): *Filosofía del derecho*, traducción de L. Villar Borda y A. M. Montoya, Universidad Externado de Colombia, Colombia.

Luhmann, N. (1971): “Komplexität und Demokratie”, en *Politische Planung*, Opladen.

Moreso, J. J. (1998): “Derechos y justicia procesal imperfecta”, en *Working Paper* n. 139, Universitat de Girona, Barcelona, disponible en World Wide Web: [http://www.icps.cat/archivos/WorkingPapers/WP\\_I\\_139.pdf?noga=1](http://www.icps.cat/archivos/WorkingPapers/WP_I_139.pdf?noga=1) (acceso: 21 de septiembre de 2016).

Navarro, P., Bouzat, A. & Esandi, L. M. (2001): *Juez y ley penal. Un análisis de la interpretación y aplicación de las normas penales*, Alveroni, Córdoba.

Nino, C. S. (1999): *Introducción al análisis del derecho*, 9ª edición, Ariel, Barcelona.

\_\_\_\_\_ (1997): *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona.

Sartori, G. (1992): *Elementos de teoría política*, versión española de M.<sup>a</sup> Luz Morán, Alianza Universidad, Madrid.

Staechelin, G. (2000): “¿Es compatible la «prohibición de infraprotección» con una concepción liberal del Derecho penal”, en AA.VV., *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada.