

## EL JUEZ Y LA SENTENCIA\*

Dr. Ariel Álvarez Gardiol  
*Universidad Nacional de Rosario*

Ideas del filósofo italiano Luigi Ferrajoli, cuyo "Derecho y Razón", teoría del garantismo penal, ha significado uno de los aportes más fecundos en esta densa problemática. La tesis esencial de este ilustrado maestro sigue los lineamientos del filósofo del lenguaje John (...) que a su vez ha seguido los caminos trazados por John Austin, así como por otro lingüista famoso; y que han ahondado en el tema del lenguaje como presupuesto de la acción humana, distinguiendo los hechos brutos de los hechos institucionales y otorgándole este carácter de hechos institucionales sólo cuando tienen existencia jurídica. Si encuentran fundamento en una existencia normativa, en una previa determinación normativa. Esta bivalencia de los hechos en brutos e institucionales se refleja a su vez, se traslada al mundo de la juridicidad punitiva y se distinguen allí las normas constitutivas de las leyes regulativas.

Las normas constitutivas disciplinan a las personas no por lo que hacen, sino por lo que tal vez se cree que son y la sanción no recae como consecuencia de la verificación de un hecho punible sino con la constatación de un hecho de peligro o de sospecha, mientras que las normas penales regulativas sancionan la acción; el ilícito realizado, el hurto verificado, el robo comprobado, el homicidio que se ha demostrado, efectivamente atribuido e imputado al autor.

Ya en 1928, Sebastián Soler había iniciado su importantísima labor como penalista y jusfilósofo con la famosa "teoría del Estado peligroso". Estas leyes regulativas regulan el desarrollo de un proceso jurisdiccional

---

\* Conferencia pronunciada en el I Congreso nacional de Derecho Procesal Garantista, Azul, 4 y 5 de Noviembre de 1999.

que no es cognitivo en el sentido que permita la comprobación de los hechos imputados al encausado, sino que es constitutivo en el sentido de que llegan a determinar un estado social reprochable. Lo jurisdiccionalmente determinable no es descubrir que alguien mató sino que alguien es peligroso o que a su respecto hay fuertes sospechas de peligrosidad.

Hay un párrafo de Luigi Ferrajoli que resume su pensamiento respecto de la relación del Derecho y la moral "... podemos decir recogiendo una conocida (...) que si la ética es sin verdad, por ser los juicios éticos valorativos y no cognoscitivos, una justicia penal no arbitraria debe ser en alguna medida con verdad, es decir, basada en juicios penales predominantemente cognoscitivos de hechos y reconocitivos del Derecho, sujetos como tales a verificación empírica. Esta concepción cognoscitiva de la jurisdicción, junto a la convencionalista y empírica de la legislación de la que es complementaria, se dirige a asegurar logros éticos políticos de la cultura penal ilustrada.

En estos momentos estamos viviendo un fuerte clima de inseguridad, que junto con la desocupación, se han convertido en los problemas principales que debe enfrentar la nueva autoridad que rija el destino de la República. En este momento en que se escuchan voces que nos hablan de tolerancia cero, se nos habla de reformas perentorias del Código Penal tratando de buscar represiones más severas a los ilícitos más aberrantes; o todavía más preocupante aún, se habla de algunas figuras que vendrían con soluciones paradigmáticas imprevisibles, pero sobre la base del pleno ejercicio de la autoridad.

Pensando a partir de los principios liberales de la ilustración y oponiendo a estas teorías del Estado peligroso, del Estado de sospecha, los fundamentos esenciales del principio de legalidad normativa.

La figura del juez aparece en los comienzos de la historia de la humanidad como un desprendimiento de la estructura familiar. El juez era el padre de familia, el juez era la autoridad familiar que era el que en determinado momento establecía las fronteras entre los derechos y obligaciones recíprocas enfrentadas. Llegó un momento en que esta figura puramente familiar fue desbordada y fue necesaria la presencia o el

surgimiento de personas de conducta intachable, de comportamientos absolutamente éticos e irreprochables y que venían a reemplazar a estos padres de familia en esta augusta misión de dirimir las controversias que se planteaban en el seno familiar. Cuando esas soluciones fueron consideradas insuficientes, esa precaria estructura resultó débil y fue necesario pensar en la organización de un círculo, como una especie de gran familia que reuniera como un centro común la autoridad y el poder; y aparece entonces por primera vez esa figura tan especial del juez que las partidas la recorta con estas tres palabras: cabeza, corazón y alma del pueblo.

Según Couture el juez es el magistrado integrante del poder judicial investido de la autoridad oficial requerida para desempeñar la función jurisdiccional y obligado al cumplimiento de los deberes propios de la Constitución y las leyes, funcionario al que el Presidente del Congreso le dedica una parte muy importante de su segundo tomo de la introducción al estudio del derecho procesal donde fija los atributos, los deberes, las funciones de esa figura proverbial del juez que concluye en la específica condición ontológica del juez que es la de decidir con justicia.

Según las palabras del Premio Nobel de literatura de 1957 Albert (...), en la obra "Los justos" pone en boca de uno de sus personajes "... no iré a aumentar una injusticia viva sobre la base de la aplicación de una justicia muerta".

La crisis como expresión de escepticismo tiene varios orígenes. Indudablemente hay un amplio campo de escepticismo frente a las normas que nos viene del derecho angloamericano fundamentalmente de la estructura del common law trasladado a los EEUU hemos copiado y se ha infiltrado en nuestra cultura a través de los medios masivos de comunicación una cantidad de cosas buenas y una cantidad de cosas no tan buenas. Hemos celebrado navidad con el Papa Noel y hemos tenido navidades blancas, cuando acá tenemos 40° normalmente para navidad y con trineos, mucha nieve y ahora terminamos de celebrar Halloween que es una fiesta que nosotros no hemos sentido nunca pero así nos llega como embotellado a través de la televisión y el cine. Y así

Nos ha penetrado esta idea del derecho anglo americano que se estructura sobre la base de dos sistemas jurídicos, a dos metodologías de

trabajo fundamentalmente distintas a las nuestras suena muy parecida a la nuestra que sería el *stating law*, el *writing law*, el derecho escrito que es absolutamente excepcional y el *common law* que es un derecho fundamentalmente jurisprudencial sobre la base del precedente de decisiones jurisdiccionales.

Ya en su primera aproximación todavía no realista John (...) que es uno de los primeros expositores de esta orientación nos habla de un derecho efectivo y de las fuentes del derecho; derecho efectivo sería lo que realmente hacen los tribunales, es lo que realmente hacen los jueces. Y las fuentes del derecho serían aquellos elementos de que se vale el juez para la realización y elaboración del derecho efectivo, que es el único que cuenta.

Pero los verdaderos realistas dicen que no se animó a describir lo que realmente sentía y vivía. Y tiene un bellissimo trabajo que se llama "Palabras y música. Observaciones a una problemática sobre la interpretación del derecho", donde intenta establecer una comparación entre la interpretación del derecho y la interpretación en materia musical. La música como objeto cultural, como todos los objetos culturales, puede ser interpretada. Quien esté más o menos aproximado al tema sabrá que no es lo mismo la 7ª sinfonía de Bethoven bajo la batuta de (¿?) que bajo la batuta de Arturo Toscanini; son dos 7ª sinfonías, sería el mismo texto pero son interpretaciones distintas. Él que haya escuchado de la película "Fantasía" de Walt Disney, lo que es la música de Bach bajo la batuta de (Stokosky?) y lo que es la música de Bach bajo la batuta de cualquier otro director, es cierto que esto se da en el mundo de la música. También lo encontramos en el mundo de la literatura, leemos un poema de Borges y probablemente lo entendamos si llegamos al final, y si lo releemos y lo volvemos a trabajar, es decir cada expresión estética, se mueve a partir de parámetros interpretativos diferentes. Sin embargo yo tengo para mí, si bien yo creo que es verdad, que en el mundo de la ética y en el mundo de la estética juegan parámetros interpretativos que pueden conjugarse en una misma clave. Evidentemente no es lo mismo interpretar normas jurídicas, que poemas, o novelas o piezas musicales.

En otros climas distintos de los del *Common law*, desde las implicaciones nórdicas que tanto nos ha influido, también Alf Ross. Él también establece una comparación entre el derecho y los reglamentos

deportivos, y otra entre el reglamento del ajedrez y el conocimiento del juego del ajedrez, es decir él dice: si yo no sé absolutamente nada de ajedrez, yo podría llegar a saber bastante del ajedrez sin necesidad de leer el reglamento simplemente viendo jugar al ajedrez, mirando una, dos, cien partidas de ajedrez, yo voy a lograr inferir de la experiencia del juego del ajedrez el conocimiento del reglamento del juego del ajedrez. Pero tampoco creo que se pueda comparar el juego del ajedrez con la conducta humana.

En el mundo en el que juega el derecho, yo no pienso tanto en el ajedrez sino en la tábala, en que el criollo cuando gana cobra y cuando pierde pelea. Entonces en el juego del ajedrez a nadie se le ocurre infringir los reglamentos, en el mundo del derecho sí. Y entonces si yo pretendiera inferir el reglamento de tránsito de ver la circulación en la calle, yo podría inferir que está permitido estacionar en lugares prohibidos, cruzar la calle con luz roja, ir a cualquier velocidad; el comportamiento es muy distinto. Porque el comportamiento parte de la base de que todos nos portamos conforme al reglamento y en la vida que regula el derecho esto no es así, entonces estas crisis de normativismo, que nos vienen del common law, del derecho anglo americano, y de nuestro sistema la escuela egológica argentina, que dirigiera el maestro Carlos Cossio, y él nos enseñaba que la sentencia vale, porque el juez es el órgano elegido por la comunidad para declarar juridicidad, es decir: no vale por su contenido conceptual, no vale por su aceptación o concordancia con el resto del sistema normativo, vale por que el juez es el órgano elegido por la comunidad para declarar juridicidad. Yo creo que esto que vale en el plano de la interpretación musical, si pensamos todo lo que fue el romanticismo musical que hay movimientos enteros en conciertos de Mozart, que no fueron nunca escritos y que Mozart dejó deliberadamente a la creatividad del interprete y yo creo que una cosa es la posibilidad de interpretación del texto musical y otra cosa es la posibilidad de interpretación en un texto normativo.

Hace poco leíamos partiendo de la idea de que indudablemente para poder comprender una obra de arte, es necesaria una suerte de precomprensión de la obra de arte, de los parámetros a partir de los cuales la obra de arte se puede desenvolver. y sin embargo nos encontramos con fracturas de estos parámetros muy importantes. Terminamos de leer que un pintor inglés nigeriano que termina de participar en una muestra plástica del

museo de Brookling, un museo muy importante de los EEUU, y que ha presentado una virgen María africana incorporando como elementos plásticos para resaltar la figura de la virgen, excremento de elefante y órganos sexuales masculinos recortados de revistas pornográficas, adheridos como collage. Esto provocó una muy fuerte disputa pública, entre los dos candidatos a senadores por el estado de New York, una de ellas Hilary Clinton, tratando de acopiar votos, estaba en contra de la prohibición del alcalde de New York, que se oponían a permitir la presentación de esta muestra que él entendía que podía herir los sentimientos de una importante cantidad de miembros de la colectividad católica de la ciudad de New York. La polémica terminó hace pocos días con la intervención de un juez federal, que se opuso a la censura pensando en aquella frase famosa de Voltaire: "aunque no esté de acuerdo con lo que dices o haces, defenderé hasta la muerte tu derecho a decirlo". Lo que está defendiendo fundamentalmente la jueza federal que decide y creo que bien, es oponerse a la censura previa.

A lo que yo me quería referir es que esta precomprensión estética que requiere saber algo para poder apreciar quién me puede decir a mí que alguien puede tener en su precomprensión estética de la Virgen María excremento de elefante y órganos sexuales masculinos recortados de revistas pornográficas. Entonces evidentemente el mundo del derecho juega con pautas diferentes a las de otras expresiones de la cultura. Yo creo que el mundo del Derecho tiene una necesidad de anticipación que no es exigible en otras áreas de acción como la acción estética y aún la del mundo de los jueces.

El principio de legalidad que surge limpio de los fundamentos del liberalismo, de la Ilustración y que corona los principios de la Escuela de la Exégesis francesa hoy moderada por un dogmatismo aplicable. Representa la oposición a esos pensamientos como el de Fritz Sander o el de Karl Schmidt, uno de los representantes máximos del régimen jurídico nacionalsocialista que apoyan la tesis absoluta del decisionismo y que fue creador de aquella apostilla famosa del orden normativo de lo fáctico que fue verdaderamente demoledora para la subsistencia de ese intangible principio de "nulum crimen, nulum pena sine lege". No queremos en el juez una instancia de creación pero tampoco pensamos en el autómatas de la Exégesis. La tarea del juez respecto de la decisión no es una ponderación de

sus propias intuiciones de lo justo, sino el ejercicio de una potestad ordenadora cumpliendo en ese momento una de las funciones más nobles y fecundas de la inteligencia humana, que es como un descubrimiento, casi como una epifanía, iluminando la decisión como una gran síntesis estructural dentro del complejo ámbito de normatividad, saber componer la sentencia como un desprendimiento de la regulación normativa. Yo creo en el frágil mundo cambiante de la realidad fenoménica no hay ni puede haber ningún absoluto. Todo está relativizado por la realidad pero el absoluto estará siempre en el plano de lo posible.

En el fondo, todo este fascinante tema de la relación entre el Derecho y la justicia podría resumirse en la búsqueda de aquellos valores inefables, de aquellos modelos que en el decir de Stammler guiarían al jurista como la estrella polar que guía al navegante por el tormentoso mundo de la juridicidad. Pero en ese absoluto del valor hay muchísima menos posibilidad de creación intelectual valorativa del aplicador que la que surge de los valores propios del sistema que regulan la vida humana en el plano, en el ámbito óptico de lo posible; Porque lo posible no es sino lo real con un acto humano que vuelve la imagen al pasado luego de su realización en el presente.