

EL ÚLTIMO ROSTRO DE LA DICTADURA

La Venganza es mía; quiero satisfacerla

F. M. Dostoyevski

Fernando MEZA MORALES*
María Cristina GÓMEZ ISAZA**

RESUMEN

Los jueces han asumido un papel preponderante en la construcción del Estado Social de Derecho. Desde la defensa de los derechos fundamentales han legitimado el control a los otros poderes y han creado la sensación de ser los correctores del sistema. Sin embargo, ¿en esta bien intencionada labor, han caído en el juego antidemocrático de los demás poderes públicos, que sin estar comprometidos con la Constitución dejan que sus labores sean desarrolladas por los mismos jueces a los que posteriormente tachan de dictadores o se justifica este excesivo poder en un Estado que ha considerado al juez como un repetidor de la ley? ¿Se justifica este excesivo poder sin que estos jueces hayan entendido el problema de la justicia en una sociedad plural? ¿Se justifica este poder en manos de un aparato judicial de la sociedad y al individuo?

Palabras clave

Paradigma: Descripción de la realidad, desde la tensión del ser y del deber ser. Modelo.

Hipertrofia: Crecimiento desmedido, sin límites.

* Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

** Jefa del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

Ideología: Conjunto de ideas previas (precomprensiones), que son compartidas por un grupo social o por individuos, que guía la forma de entender e interpretar la realidad.

Ideología dinámica: ideología cambiante, en continua revisión.

Ideología estática: Ideología que permanece sin mutar o cambiar de contenido.

Mito: idea tergiversada de la realidad.

LAST FACE OF DICTATORSHIP

ABSTRACT

Judges have assumed a preponderant role in the construction of the Social State of Right. Since the defense of fundamental rights, they have legitimated control to other powers and created the sensation of being the correctors of the system. Nevertheless, in this well-intended labour, they have fallen into the anti-democratic game of the other public powers which, without being committed to the constitution, let their labours be developed by the same judges whom they later tally as dictators) or is this excessive power justified in a state that has considered judges as repeaters of the law? Is this excessive power justified without those judges having comprehended the problem of justice in a plural society? Is this power justified in the hands of a judicial apparatus of the society and to the individual?

Key words

Paradigm: description of the reality, from the tension of being and the obligation to be. A model.

Hypertrophy: excessive growth, without limits.

Ideology: a group of previous ideas (precomprehended), shared by a social group or by individuals, which guides the manner to understand and to interpret reality.

Dynamic Ideology: ever-changing ideology, in a continuous revision.

Static Ideology: an ideology which remain without change in its contents.

Myth: an idea distorted from reality.

INTRODUCCIÓN

Puede afirmarse sin lugar a dudas que una de las misiones más difíciles y terribles que el hombre asume es la de impartir justicia a sus semejantes, lo que no obsta para que se la ejerza y se la considere como una más entre tantas tareas que la humanidad incorpora a su ordinario patrimonio existencial. Pero es tan trascendental la misión de dispensar justicia, tanto le pertenece al humano errar con su fruto de sentencia injusta, que preclaros pensadores y obras cumbres del espíritu humano no han dejado de centrar sus meditaciones en tan perturbador asunto. En la función misma del ejercicio de la justicia subyace una trágica paradoja: está llamada a realizar un ideal de justicia absoluta, pero los instrumentos que se le entregan para ello no pueden prescindir

dir del común patrimonio humano del error. A título de ejemplo pueden transcribirse sentencias categóricas:

[...] *todo en El Proceso es falso: incluso la ley, por oposición a la ley kantiana, erige la mentira en norma universal. Los abogados son falsos abogados; los jueces son falsos jueces; "los abogados con título falso", "empleados venales e infieles" o por lo menos tan subalternos que esconden las verdaderas instancias, y las "cortes de justicia inaccesibles" ya no se dejan representar. Sin embargo, si esta primera impresión no es definitiva es porque hay un poder de lo falso y porque es malo medir la justicia en términos de falso o verdadero. De esta manera la segunda impresión es mucho más importante: ahí donde se creía que había ley, de hecho hay deseo y sólo deseo. La justicia es deseo y no ley.*¹

Aquí solamente se señala un hecho, sin ninguna crítica, pero no por ello puede prescindirse un profundo desencanto, pues frente "a las constantes de inhumanidad y absurdo de nuestros tiempos"² solamente queda la protesta, la rebelión. Ya en Kafka revive la terrible profecía de Ezequiel que anuncia la ruina del pueblo de Dios y la aparición de una nueva Babilonia con los peores presagios de exterminio que el *holocausto* fulminará una generación más tarde, y por eso se limita simplemente a dar fe de la "[...] precisa y fiel previsión de la oficinesca inhumanidad de la vida de nuestro tiempo".³

En el prólogo a su traducción de *Los hermanos Karamasov*, Rafael Cansinos Assens se refiere a las preocupaciones plasmadas por Dostoyevski en la obra, con ocasión del juicio a Mitia Karamasov. Dimitrii se declara culpable de haber querido la muerte de su padre Fiodor Pávlovich pero a la par inocente de haberle dado muerte; el tribunal de los hombres lo condena por un hecho del cual era inocente, aunque bien se consideraba culpable de intención e imploraría al *legítimo juez* piedad y perdón: "*Tibi soli peccavi*", dice David en la Biblia "Contra ti, no contra mi vasallo Urías, al que arrebaté su esposa".⁴ Había que condenar a Mitia para que sus jueces mismos se considerasen justificados, y

1 Deleuze, Gilles y Guattari Félix, Kafka. *Por una Literatura Menor*. Trad. Jorge Aguilar Mora, p. 74 (sin más referencia de edición).

2 Cfr. Steiner Gerorge. *Pasión Intacta*. Trad. Menchu Gutiérrez y Encarna Catejón; Suruela, Grupo Editorial Norma; Madrid y Santafé de Bogotá, 1997; pp. 289-405.

3 *Ibidem*.

4 Cansinos Assens, Rafael; Prólogo a *Los hermanos Karamasov*, traducción del mismo, Aguilar, Madrid, 1961, Tomo III; p. 10.

para ello tenían ante sí un hecho voluminoso y notable, pues para ellos solamente son importantes los hechos y no las intenciones que atormentan el alma del procesado. "El crimen de Mitia es puramente simbólico, se ha realizado en un plano puramente espiritual y está pidiendo ese parteador del confesor, mucho más delicado que un juez, que con sus burdas manos sólo puede manipular hechos materiales".⁵ Es que a eso se reduce la justicia humana, y tomamos como su expresión más característica la justicia penal, que es la que pone en juego los más altos valores del hombre: su libertad, su vida, su dignidad. Como en el caso de Demetrio Karamasov que a partir de la materialidad de los hechos se le declaró culpable de uno que objetivamente nunca ejecutó, es harto frecuente que en la vida judicial la culpabilidad penal se infiera de la pura materialidad cuando no ha sido posible establecer por otros medios su prueba.

*¿Cómo procede, en cambio, la justicia humana?... Desde el primer instante se esfuerza por establecer una separación absoluta entre el procesado y sus jueces, cual si estos fuesen de calidad distinta, superhumanos e impecables. Y en vez de ayudar a ese semejante que tienen en frente a sincerarse del crimen que se le imputa, de hacer por comprenderle y que él también comprende, lo que hacen es hostigarlo, asediado, armarle trampas e insidias para que tropiece y pierda la cabeza, en el doble sentido. En vez de partir del supuesto de que el procesado es inocente (mandato constitucional y legal hoy generalizado), parten del perjuicio de que es culpable, y claro, de esa premisa de desamor sólo pueden derivarse conclusiones crueles y erróneas, por más que se sirva de la lógica y de la psicología... En este sentido, no cabe requisitoria más tremenda contra la justicia de los tribunales que la descripción que Dostoyevski hace de la visita de la causa contra Mitia Karamasov; no creemos que se haya escrito sátira más cruel y justa que esas páginas del libro. Allí vemos condenar a un inocente en nombre de la Lógica y de la Psicología... Terrible esa disputa de sofistas en torno a una cabeza que se tambalea. Y lo más terrible es que ese espectáculo viene dándose cotidianamente en el mundo civilizado y constituye una de sus glorias.*⁶

⁵ *Ibidem*, p. 11.

⁶ *Ibidem*, pp. 13-14.

En el Antiguo Testamento figura Moisés como legislador y juez, pero en algún momento esta tarea de juzgar sus posibilidades materiales como único juez y entonces instituye jueces para el pueblo de Israel (Ex. 18, 13-27). Esta creación de la judicatura está inscrita dentro de la misión misma del pueblo de Israel, por lo que una reflexión sobre su sentido está más allá de nuestro objeto, pero es indudable que la capacidad e integridad de los jueces se manifiesta desde el procedimiento mismo que estableció Moisés para su elección. Los siguientes textos contenidos en el canon de la Biblia cristiana no cesan de recordar la gravísima responsabilidad de los jueces: "Vi otras cosas bajo el sol; en vez de derecho se encuentra la justicia; en la sede de la justicia se sienta el malvado" (Ec. 3, 16); "Ustedes son los representantes de su poder real; ahora bien, si no han juzgado conforme a la justicia, ni han observado su ley, ni procedido según la voluntad de Dios, los declarará culpables bruscamente, de manera terrible" (Sab. 6, 4-5); "Hay una habilidad que sólo lleva a la injusticia: desfigurar las cosas pretendiendo imponer el derecho" (Sir. 19, 25); "Se ha puesto Dios de pie en la asamblea divina para dictar sentencia en medio de los dioses (es decir los gobernantes o dioses del mundo): ¿Hasta cuándo juzgará inicua y tendrá miramientos con los malos? Denle el favor al débil y al huérfano, hagan justificar al que sufre y al pobre; si los ven tan débiles e indigentes, sálvenlos de la mano de los impíos" (Sal. 82 1-4, sin el paréntesis). Además de las referencias anteriores a la *Torá* y a libros sapienciales, los libros proféticos también contienen condenaciones y exhortaciones parecidas: "A los magistrados del rey de Judá les dirás: Servidores de la dinastía de David, oigan lo que les dice Yavé; éstas son sus palabras: Hagan justicia correctamente, cada día, libren al oprimido de las manos de su opresor" (Jer. 21, 11-12); "Así te dice Yavé a ti y a tus servidores y a todo tu pueblo que entra por estas puertas: Practiquen la justicia y hagan el bien, liberen de la mano del opresor al que fue despojado; no maltraten al forastero ni al huérfano ni a la viuda; no les hagan violencia, ni derramen sangre inocente en ese lugar" (Jer. 22, 2-3); "¿Por qué me obligas a ver la injusticia? ¿Acaso tus ojos soportan la opresión? Sólo observo robos y atropellos y no hay más que querellas y altercados. Por eso, la ley está sin fuerza y no se hace justicia. Como los malvados mandan a los buenos, no se ve más que derecho torcido" (Hab. 1, 3-4); "Habrá desaparecido el que se reía de todos y habrán sido eliminados todos los malvados, los que hacen condenar a otro porque saben hablar y les meten trampas a los jueces y al tribunal, y niegan, por una coma, el derecho del bueno" (Is. 29, 20-21).

Pero en el Nuevo Testamento el espíritu es otro, como corresponde a la nueva alianza libre de la ley: "Uno de entre la gente pidió a Jesús: 'Maestro, dile a mi hermano que me dé mi parte de la herencia'. Le contestó: 'Amigo, ¿quién me éha nombrado juez o repartidor entre ustedes?'" (Lc. 12, 13-14); "Trata de llegar a un acuerdo con tu adversario mientras van todavía de camino al juicio. O ¿prefieres que te entregue al juez, y el juez a los guardias, que te encerrarán en la cárcel?" (Mt. 5, 25); acerca de la insuficiencia de la justicia humana aparece el siguiente pasaje en Lucas 18, 2-8:

En una ciudad había un juez que no temía a Dios ni le importaba la gente. En la misma ciudad había también una viuda que acudía a él para decirle: "Hazme justicia contra mi adversario". Durante bastante tiempo el juez no le hizo caso, pero al final pensó: "Es cierto que no temo a Dios y no importa la gente, pero esta viuda ya me molesta tanto que le voy hacer justicia; de lo contrario acabará rompiéndome la cabeza". Y el señor dijo: "¿Se han fijado en las palabras de este juez malo? ¿Acaso Dios no hará justicia a sus elegidos si claman a él día y noche, mientras él deja que esperen? Yo les aseguro que les hará justicia, y lo hará pronto".

Pero ningún texto revela con mayor claridad la actitud de Jesucristo frente a los poderes políticos que el famoso pasaje del impuesto debido a César que relatan Mateo 22, 15-21; Marcos 12, 13-17 y Lucas 20, 20-25. Toda esta actitud entre los poderes constituidos, incluidos los poderes del juez quedan suficientemente rubricados con su misma sangre, según podemos leerlo en los cuatro evangelistas y que es prolijamente examinada por Zagrebelsky en su penetrante opúsculo *La crucifixión y la democracia*.⁷

Con estas breves reflexiones en torno al ideal de justicia y de lo que debe ser un juez, y de su importancia en el Estado constitucional, pretendemos describir las ideologías de los jueces a lo largo de la historia del Estado de Derecho (y sus posteriores correcciones) y cómo ellas los han llevado a plantear diferentes paradigmas de sus actuaciones. Lo anterior, descrito desde la doctrina jurídica, será posteriormente analizado con algunas interpretaciones de nuestra realidad de observadores de la problemática de la justicia; ese análisis lo haremos desde la literatura y desde los textos bíblicos, en un intento por acercar lo jurídico a lo cultural; tal vez seguimos en la quijotesca empresa de acercar al juzgador "al

7 Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *La crucifixión y la democracia*. Ariel, Barcelona, 1996.

drama del otro" y la literatura es un instrumento rico en ejemplos acerca del drama de existir. Concluiremos con un llamado de atención sobre la hipertrofia del poder judicial y como ello no ha beneficiado a la democracia.

PRIMERA PARTE: LAS IDEOLOGÍAS

I. LA RACIONALIDAD JUDICIAL

La historia del Estado de Derecho (vinculada al ideal de la democracia) ha vivido transformaciones y vicisitudes en lo relativo a su legitimidad. Con las revoluciones liberales la *dictadura de las mayorías* fue la propuesta que pretendió radicar el absolutismo, fue la época en que al poder legislativo se le reconoció como manifestación de la voluntad general, voluntad que nunca se equivocaba. Pero tal representación entró en crisis al ponerse de manifiesto la restricción de los derechos políticos a unos pocos, mientras por otra parte hacían eclosión las reivindicaciones de los derechos sociales en el siglo XIX. Apareció entonces la propuesta de enfrentar las crisis con la actuación del poder ejecutivo, considerado más ágil para solucionar los conflictos sociales, pero ese mismo fue el germen de los Estados intervencionistas primero y totalitarios después que miran un poder judicial como instrumento adecuado para solucionar la crisis de la justicia. Dentro de ese agitado contexto social aparece el Estado constitucional que promueve la igualdad real como uno de sus pilares fundamentales y con ello la protección de las minorías anteriormente expoliadas por las mayorías; al juez se le encomienda la defensa de estos derechos desde una posición menos sometida, menos funcional, menos mecánica y sí más activa.

Se muestra así un relevo de legitimidad entre los poderes clásicos de Estado de Derecho y el actual Estado Social, lo cual nos conduce a sospechar que los equilibrios y límites entre los poderes no han sido claros, si es que verdaderamente han existido. Actualmente no se justifica hablar de los límites a los jueces si antes no se considera que la función de administrar justicia ha entrado en el juego de la última legitimidad, de la de un sistema democrático que ha sufrido desgastes frente a los poderes legislativo y ejecutivo. La justificación del poder judicial como instrumento de defensa de los derechos debe partir de un examen de lo que ha sido históricamente el concepto de derecho que la sustenta. Por eso en esta primera parte desarrollaremos el concepto en que históricamente se ha tenido a la función judicial y sus paradigmas.

El concepto acerca de la función judicial a lo largo de la historia del Estado de Derecho y el Estado Social.

Prieto Sanchis hace una reseña acerca de la evolución del concepto de la función judicial en Europa desde el XVIII: La función del juez desde ese siglo fue considerada como intranscendente o dependiente, atada indefectiblemente a un sistema político que lo sometió a una dependencia real y lo convirtió en "esclavo" de una voluntad superior denominada legal; por tanto la interpretación es prolongación de la voluntad del soberano. En este siglo la razón se instala en la creación del derecho antes que de su aplicación.

En el siglo XVIII el derecho no posee fundamento ni en la religión, ni en la historia, ni en la tradición; las decisiones políticas pretenden justificarse en el consentimiento, es decir, en las voluntades y no en una razón trascendente; así el derecho no es una creación abstracta sino un conjunto de intereses concretos. El código representa la expresión más definida y acabada del racionalismo de esos intereses *consensuados*; y por tanto para dicho autor el juez ha dejado de ser un órgano político para convertirse en un lógico que actúa mediante silogismos. De acuerdo con esto, los jueces de la nación no son más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, mientras que al único a quien se reconoce capacidad jurídica creadora es al legislador; fuera del legislador los demás aceptan dogmáticamente la ley y la repiten o la cumplen, incluido el juez quien para estos teóricos tiene un simple papel de *prudente jurídico*.

Desde el establecimiento de las constituciones liberales la función judicial ha sido entendida de dos maneras: como labor de aplicación estricta de la ley (repetición de las palabras), o como creadora de derecho. Acerca de la primera de ellas, la Escuela de la Exégesis elabora la figura de un juez autómatas, que parte de la presunción de la plenitud del sistema legal suministrándole unos métodos interpretativos que le ayudan a mantener el mito del juez racional y vinculado.⁸

Al respecto de que en esta concepción acerca de la labor del juez la legislación es fuente predominante del derecho, afirma Alf Ross que en ella el método jurídico tiene el carácter de interpretación de un texto dotado de autoridad; la atención se centra aquí en la relación existente entre una formulación lingüística y un complejo específico de hechos. La técnica de argumentación requerida por este método se utiliza para descubrir el pretendido significado de la ley, y a probar si los hechos dados se encuentran o no comprendidos en la hipótesis normativa.⁹

8 Cfr. Prieto Sanchis, Luis. *Ideología...* pp. 23-34.

9 Cfr. Ross, Alf. "Sobre el derecho y la justicia"..., p. 108.

Según Ross, la segunda manera en que ha sido entendida la labor del juez, vale decir, como creadora de derecho, no solamente para el caso sújdice sino para casos similares posteriores, constituye una reacción antiformalista dirigida contra la Escuela de la Exégesis. Sin embargo esta reacción antiformalista no constituye una escuela o movimiento unitario: "...Todos sus representantes se caracterizaban por una crítica más o menos rigurosa de los dogmas del positivismo precedente y en concreto, de lo relativo a la plenitud del ordenamiento, y a la interpretación lógica de las normas y construcción sistemática de conceptos".¹⁰

Según este autor la tarea que el juez tiene ante sí no consiste tanto en aplicar una regla general a un caso específico, como en decidir si el caso difiere del precedente, de tal manera que encuentre que le permitan arribar a una decisión distinta. El razonamiento jurídico (método jurídico) en un sistema como éste, es "razonamiento por vía de ejemplos", y la técnica de argumentación que este método requiere se dirige a mostrar las similitudes y disimilitudes que presentan los casos, y a demostrar si las diferencias son o no relevantes.

Los más radicales dentro de esta orientación fueron los epígonos de la "escuela del derecho libre", para quienes los jueces aparecen como "oráculos de ese orden jurídico superior (orden que se encuentra en la sociedad) que con la espontaneidad de sus decisiones y la plasticidad emotiva de su contenido es capaz de colmar las lagunas". En Estados Unidos esta dirección fue adoptada como reacción contra la lógica, poniendo de manifiesto el carácter ideológico y político de la labor judicial. Se trata de la posición asumida por la escuela del Realismo Jurídico.¹¹

Prieto Sanchis considera que la labor del juez como intérprete y aplicador del derecho, hoy en día ha tomado dos direcciones o caminos, como pensamiento problemático o como normativismo realista. Como pensamiento problemático convierte la interpretación en el núcleo central del mundo jurídico (como lo hizo la escuela del derecho libre); "intenta racionalizar lo relativo", y a pesar de que el juez no esté vinculado a la ley, se vincula a un conocimiento supraindividual que preserva del puro subjetivismo arbitrario. El normativismo realista asume que toda sentencia presenta dimensión creativa de derecho, junto a un aspecto de aplicación o ejecución de la norma general.¹²

10 *Ibidem*.

11 *Ibidem*, p. 110. (Cfr.).

12 Cfr. Prieto Sanchis, Luis. *Op. cit.*, pp. 34-48.

SEGUNDA PARTE: PARADIGMAS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICO-JUDICIAL

Los paradigmas judiciales son modelos desde los cuales se describe, prescribe y critica la interpretación jurídica, principalmente la efectuada por los jueces.¹³ Estos paradigmas se sitúan entre las posturas radicales de creación o aplicación del derecho, y las actuales ideologías del pensamiento problemático o el normativo realista.

Analizada la anterior definición asumimos que los paradigmas describen no únicamente el modelo o preconcepción de cada juez al momento de ejercer su función, sino que además ellas constituyen el deber ser de dicha labor, posiciones asumidas como experiencias y elecciones valorativas. En este punto debemos precisar que este elemento de la ideología se nutre no solamente de posiciones teóricas sino de valoraciones creadas por la experiencia en el desarrollo de la interpretación/aplicación del derecho.

De la noción propuesta por Vigo, encontramos paradigmas que definen de manera radical las funciones del juez, y paradigmas intermedios que intentan conciliar las actitudes antagónicas entre la aplicación y la creación de la norma.

I. PARADIGMAS RADICALES: DOGMÁTICO O RACIONALISTA, IRRACIONALISTA O ARRACIONALISTA Y POLÍTICO O NEGATIVISTAS

Son denominados *paradigmas radicales* porque tienen en común que aceptan una función judicial que solamente puede asumir una opción: la de repetir la ley o la de crear derecho.

El paradigma dogmático describe a un juez repetidor; a un juez cuya labor es mecánica e irresponsable, actúa en pro de valores como la certeza y la estabilidad, lo cual generará en él una ideología estática de interpretación, ya que reduce el derecho a lo que es la ley, ley que es solamente producto de la racionalidad del legislador. Según Vigo, este modelo pretende y confía en que este actúe sometido a las exigencias propias de la razón teórica o científica exacta, de modo que con sencillez y certeza absoluta deduzca acríticamente desde el texto de la ley, la solución del caso, tal cual se supone que lo quiso el legisla-

¹³ Utilizaremos en este apartado la noción de paradigma propuesta por Rodolfo Luis Vigo en su "interpretación de la constitución", pp. 203-228.

dor. Este modelo de juez descrito ha entrado en desuso; la crisis de la legalidad y la deslegitimación de las instituciones de representación popular han mantenido a la sociedad civil y a la doctrina en continua tensión con tal modelo de juez, reivindicando en cambio una función de éste más humana y justa.¹⁴

El *paradigma irracionalista o arracionalista* describe un modelo de juez creador, que intenta reivindicar su actividad humana igual que su responsabilidad, dentro de la estructura del poder del Estado como operador del derecho; reconoce que sobre la decisión judicial operan inevitablemente un sinnúmero de factores extrarracionales que la tornan incontrolable en términos de objetividad y racionalidad; subraya el carácter problemático y casuístico del mundo jurídico frente a pretensiones sistemáticas y de respuestas previsibles; consolida la presencia e importancia del juez como fuente de derecho. Las decisiones que toman los jueces, no obstante las fachadas de justificación que se esfuerzan por construir, responden a prejuicios, intuiciones, emociones, ideologías, etc., y es por ello que no pueden ser controladas. Esta concepción judicial es mantenida por ideologías dinámicas de interpretación.¹⁵

Si el paradigma racionalista peca por ingenuidad al considerar que el juez se sujetará siempre a lo establecido por la ley y que su decisión será siempre objetiva, este paradigma irracionalista peca por escepticismo al ignorar que el juez siempre estará vinculado por responsabilidad a las consecuencias que su sentencia produzca; este modelo inquieta debido a la arbitrariedad del operador jurídico y la incontrolabilidad de sus actos. No obstante, y como freno al irracionalismo radical, debe tenerse presente que toda decisión tiene un control de finalidad en el estado actual de la función del juez como hoy se concibe y obliga a mayor diligencia y cuidado en la motivación de sus sentencias, motivaciones que deberán contener valoraciones que a su vez deberá compartirlas la sociedad que desempeña su oficio. Conforme a lo anterior, en la actualidad la mayoría de los jueces no profesan una ideología tan radical sino que intentan motivar sus fallos con argumentaciones que pretenden ser socialmente valiosas.

El *paradigma político o negativista* propugna que el juez debe rechazar el Derecho pues es un producto de la dominación de los "seres fuertes sobre los débiles"; no es que se rechace a la norma como única fuente de derecho justo sino que se rechaza el derecho como creación injusta del hombre, y correspon-

¹⁴ *Ibidem*, pp. 205-207.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 207-210.

de al juez cambiar esa realidad de opresión por otra más justa. Finalmente el juez debe crear un derecho justo pues el legislador no lo hace.

Esta vinculación de la función judicial con el uso y control del poder político y social, ha llevado a algunos pensadores a absolutizar esa dimensión e identificarla exclusivamente con un despliegue de poder. El derecho queda así subsumido en la lucha que se desarrolla en torno al poder, es decir, entre los que usufructúan esa denominación social y quienes la padecen.¹⁶

Desde la creación del Estado por el hombre, el derecho ha sido uno de los instrumentos más eficaces para mantener el orden social. Como objeto cultural ha evolucionado (algunas veces de manera lenta u otras tan rápidamente como se ha querido) de acuerdo con las expectativas de un grupo social determinado; ha sido eficaz para los cambios políticos y sociales unas veces, y otras veces los ha retrasado, pero es innegable que en épocas de crisis el derecho existente cede ante la necesidad de estos cambios. Sin embargo, hasta el momento lo considerado como derecho no le ha cedido su función a otro tipo de instrumento que genere una conciencia de legitimidad en quienes obedecen dentro de una estructura social. Por lo anterior consideramos que este paradigma es improbable que sea asumido por jueces, salvo casos críticos de coyuntura social, y aun en tales casos el juez buscará que lo que se considere como valiosos en esa sociedad, se convierta en Derecho.

2. PARADIGMAS INTERMEDIOS

A diferencia de los anteriores que plantean una toma de disposición irreductible por la de repartir la ley o de crear derecho, los paradigmas intermedios comparten el intento por conciliar la actitud mecánica y lógica del juez como intérprete con la labor creadora del mismo. Estos paradigmas intentan describir en la actitud humana y subjetiva del juez constantes racionales u objetivas, pues la finalidad de tales paradigmas es racionalizar la función del juez como una función que aporta y crea bajo parámetros de objetividad. Encontramos entre estos paradigmas, los definidos por Vigo como: herculeano, funcionalista o pragmático, procedimentalista, dialéctico, hermenéutico, analítico y prudencial retórico.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 210-212.

El *paradigma herculeano* describe un modelo de juez sabio* que no admite la deshumanización del derecho y lo equilibra dentro de los principios e instituciones establecidos. Aparece como mediador entre la ingenuidad del racionalismo, y el escepticismo del irracionalismo, y la crisis del negativismo. Dworkin propone al juez Hércules como un juez sabio en tanto posee habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas.** Este juez excluye la discrecionalidad y exige encontrar la única solución que objetivamente quepa dar a los conflictos jurídicos, a partir de una teoría abarcadora del derecho, la moral y la política.

Según Vigo, este paradigma sustrae de las manos de los jueces la creación del derecho, pero al modelo simplista del positivismo normativista opone una versión compleja y variada del derecho, donde desempeñan un papel destacado los principios, o sea aquellos *estándares* que han de ser observados, no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque las exigencias de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad así lo justifican.

En la descripción hecha por Prieto Sanchis este modelo se encuentra en la posición del pensamiento problemático, intenta racionalizar lo relativo y vincula a este juez Hércules a los principios y *estándares* sociales como parámetro de la objetividad de sus decisiones.

El *paradigma funcionalista o pragmático* nos presenta a un juez que al ejercer su labor asume la responsabilidad de hacer efectiva la función del derecho. El derecho es un instrumento útil para el funcionamiento pacífico y estable de la sociedad, y por ello exige a los juristas habilidades técnicas para el manejo del ordenamiento jurídico con vista a la paz social. El derecho pierde especificidad, porque será definido de acuerdo con un sistema social y político y en esto radica su valor; sin embargo, se confía en que el derecho cumpla cabalmente con esta función que reclama la estabilidad de la sociedad.¹⁷

La diferencia con el paradigma herculeano radica, a simple vista, en la actitud "humilde" del juez esclavo de la función del derecho, pero que no es Hér-

* ¿Tal vez el buen juez Magneaud?

** Modelo ideado por Ronald Dworkin en contraposición a la figura del juez *Herbert*, quien no confía en su propio juicio y acepta la teoría de la adjudicación como idea rectora de sus decisiones e interpretaciones. Cfr. Su obra *Derechos en Serio*, Ariel, Barcelona, 1989, pp. 146-208. "Los casos difíciles".

¹⁷ Cfr. Vigo, Rodolfo Luis, *Op. cit.*, pp. 215-217.

cules que asume la actitud sabia de encontrar las valoraciones del Derecho al momento de realizar su tarea; radica en el mayor valor que le otorga éste paradigma al Derecho, en cambio de la mayor importancia que el juez asume en el paradigma herculeano.

En conclusión, que es una posición también antagónica de la racional que confía aún en el derecho y en la labor que éste puede cumplir (por ello se antepone a la irracional) y que al ser asumida por un juez determinado puede justificar en él una ideología de interpretación de carácter dinámica, pues igualmente corresponde a las posiciones judiciales del pensamiento problemático el criterio de objetividad que le otorgará la idea de la función del derecho.

El paradigma procedimentalista aparece como una reacción contra el activismo judicial (el derecho libre, el irracionalismo, etc.). Según esta teoría judicial, allí donde el operador jurídico debe dar cuenta (confesar) del proceso por medio del cual llegó a una decisión o a un fallo, el derecho se mantiene al margen de esta actividad, pues se parte de la ficción de que el juez respeta un riguroso procedimiento que respeta el derecho mismo.¹⁸

Esta tesis podría considerarse un retroceso hacia el racionalismo legalista, se trasladaría la certeza de la labor interpretativa del descubrimiento del sentido de la norma en su texto, a la certeza de argumentos convincentes dentro del proceso mismo de la toma de decisión. Sin embargo, en la práctica no es más que una reacción contra la posible arbitrariedad judicial; siendo de carácter neutro, en ella lo que el operador jurídico considere como derecho, servirá para sostener una ideología dinámica o estática de interpretación.

El paradigma dialéctico propugna que la actitud que debe asumir el juez al desarrollar su labor es la de una continua búsqueda de respuestas acerca de lo que es justo o correcto; nunca podrá asumir una postura estable ante la realidad, pues esta se encuentra condicionada por los cambios que sufre a causa de las contradicciones sociales. El método de interpretación que utiliza es la dialéctica, o sea un diálogo ordenado mantenido por los juristas en búsqueda de la verdad o la justicia.¹⁹ El operador jurídico consciente de lo anterior, mantendrá una ideología dinámica de la interpretación, siendo fiel a su concepción de la realidad contradictoria, la cual a su vez influye en su concepción del derecho.

18 Cfr. *Ibidem*, p. 218.

19 Cfr. *Ibidem*; p. 219.

El paradigma hermeneúutico parte de la idea que tiene la Hermeneutica de concebir la interpretación o comprensión jurídica; como un proceso de encuentro, esclarecimiento y desarrollo entre la norma y el caso real, entre el deber y el ser.

La norma no es más que el sentido resolutorio que el jurista constituye en la comprensión a la luz del caso que debe resolver, pero este proceso de comprensión nunca es puro o plenamente objetivo sino que parte de una comprensión previa, de prejuicios, de predeterminaciones o expectativas de sentido. Esta situación desde la cual el jurista parte no es mero fenómeno individual, sino que principalmente representa las características de la sociedad y la cultura establecidas y estabilizadas a lo largo de la historia.²⁰

Como reacción contra el racionalismo legalista no aporta una clara definición del concepto del derecho (como sí lo hace el paradigma funcional), ni una idea clara de los fines y valores que debe perseguir la labor del juez. Este paradigma nos pone de manifiesto que la labor del operador jurídico no es objetiva, aunque sin llegar al irracionalismo, pues el control de las decisiones del juez lo hará la misma sociedad conforme con lo que ésta culturalmente conciba como derecho.

El paradigma analítico retoma la posición de respeto del juez a la ley, pero no con la radicalidad de las doctrinas mecanicistas, puesto que el lenguaje como símbolo (incluido el lenguaje jurídico) cambia de significado de acuerdo con la realidad social, la cultura, las circunstancias, las regiones, etc. El juez asumirá entonces un papel de intérprete de estos cambios de sentido y dará cuenta de ellos en sus decisiones.

Este paradigma se construye desde una teoría del lenguaje, que asume el derecho como un sistema de símbolos, mediante los cuales los hombres entienden representar una realidad y comunicarse entre sí; no existe ninguna relación ontológica entre los símbolos o las cosas,* y el intérprete debe por ello observar e identificar los contextos en que son utilizadas las palabras y las conexiones "legales".²¹

Queda así caracterizado el paradigma analítico: analizar las disputas terminológicas para describirlas apropiadamente, o presumir un uso conveniente de los términos. Los poderes legislativos del juez son restringidos: debe siem-

20 Cfr. *Ibidem*, p. 222.

* Problema fundamental discutido por Platón en el "Cratilo".

21 Cfr. *Ibidem*, p. 226.

pre tener algunas razones generales que justifiquen su decisión y actuar como lo haría un legislador consciente, decidiendo según sus propias creencias y valores.

El *paradigma prudencial retórico* describe una posición judicial que se coloca en contra de la razón científica y lógica, pero también de la libertad sin límite en la argumentación del operador jurídico; retoma la enseñanza de Aristóteles respecto a la labor del juez, señalando el límite de la justicia en el caso concreto.

Para Vigo el esfuerzo interpretativo corresponde a la razón práctica, atento a que todo el conocimiento jurídico no tiene por objeto la contemplación, sino que su falidad es dirigir y valorar con mayor o menor *sindéresis* la conducta humana en que aparece comprometida la justicia. Concluye que este modelo se aparta tanto de los irracionalismos o arracionalismos, como del defecto extremo contrario que atribuye la interpretación a una razón de naturaleza teórica o especulativa.²²

El objeto de la interpretación jurídica consiste en decir y prescribir lo justo circunstanciado, precisando que en ese justo aludimos tanto a lo justo conmutativo, como a lo distributivo y a lo general. Consecuentemente puede darse que en la interpretación de la solución se contemple de manera directa, el interés general o el interés particular, aunque en esta última hipótesis estará presente indirectamente el interés de toda la comunidad.²³

TERCERA PARTE: REFLEXIONES ACERCA DE NUESTROS PARADIGMAS JUDICIALES

1. EL JUEZ HISTÓRICO

Permítasenos parangonar el anterior capítulo con la búsqueda del juez que debe ser. Las teorías en el mismo reseñadas persiguen un ideal de juez que imparta justicia justa, o al menos proponer un método que permita al juez proferir una sentencia seguramente justa. De cualquier manera que se plantee, son todas tesis que apuntan a un deber ser o mejor, al juez que debe ser.

22 Cfr. *Ibidem*, p. 229.

23 Cfr. *Ibidem*, p. 230.

En cambio en el presente capítulo del juez histórico nos ocuparemos de un *ser*, esto es por contraposición de lo anterior, del *juez que es*, comprendiendo en su ser histórico el juez que ha sido. Por supuesto que no abordaremos una historia de la justicia, o mejor, una historia de las instituciones que han impartido justicia, sino de formas de operar de los tribunales de justicia como se les puede descubrir en la realidad social.

Entre esos extremos del *ser* y *el deber ser* por supuesto que tienen que sufrir tensiones dialécticas, y se puede objetar que es propio de las instituciones humanas su imperfección; se puede repicar que todos aquellos ejemplos mencionados en la parte introductoria de este ensayo revela una especie de pensamiento escéptico sobre la justicia que choca con la realidad, y que propone en su defecto meras idealidades utópicas que son por completo inalcanzables para las posibilidades humanas. Seguramente que esto es cierto, pero también es cierto que no podemos renunciar a que si la misión de los funcionarios de justicia es impartirla, la preocupación por una justicia verdadera, por una justicia que se postule como ideal deseable de alcanzar, así no tengamos claro en que pueda consistir dicho valor ideal, tiene que ser preocupación central y última en la preciosa y sagrada tarea del juez: impartir justicia. Porque si al juez se le circunscribe su función de decir justamente pero con referencia a supuestos legales para cuyo desentrañamiento se idean diversas teorías, en último lugar la tarea de buscar la justicia se convierte en una simple función de legitimar la fuerza.

Cuando hablemos del juez histórico, tenemos en mente el ejercicio de todo tipo de jurisdicción: civil, administrativa, comercial, labora, penal, etc., pues el ejercicio de todas y cada una de las jurisdicciones especializadas alienta una innegable vocación de justicia. Seguramente que en *El mercader de Venecia*, a la par con el dramático juicio en que se discute la sanción que acarrea el incumplimiento de un contrato de mutuo, latan punzantes cuestiones sobre la *justicia conmutativa* que interesan, y en qué medida, a los doctrinantes del derecho civil. Pero para referirnos al juez histórico utilizaremos el paradigma del juez penal, pues ninguna justicia compromete valores e intereses más inestimables que los que se debaten ante la justicia penal. Al fin y al cabo, en las demás jurisdicciones, por lo importante que sean las cuestiones que se ventilan, las sanciones solamente afectan la exterioridad del hombre, sus bienes terrenales; pero en la justicia penal lo que se toca es la esencia misma del hombre: su existencia, su libertad, su dignidad, y por eso los yerros judiciales constituyen más que un *error judicial*, crean una verdadera *tragedia humana*. Piénsese al

menos en los casos de condenaciones injustas de inocentes: el proceso de los esposos Rosenberg, el proceso por el secuestro y muerte del hijo de Charles Lindberg, el proceso de Sacco y Vanzetti, el proceso entre nosotros contra Júbiz Hasbum; Bruno Ricardo Hauptman, José Raimundo Russi.

2. EL JUEZ PUBLICANO

En *El diario de un escritor* de Fedor Dostoyevski, se lee lo siguiente: "Parece que el sentimiento predominante de todos los jueces del mundo, y el de los nuestros en particular, debe ser *sentimiento del poder o, mejor dicho, del propio poder*. Por lo que es notable que hoy día, entre nosotros, no condenen a nadie, absolviendo, sin excepción a todo el mundo. Ciertamente que ese también es un indicio de su poder, hasta prueba de un uso excesivo de su poder, pero sólo en una dirección sentimental que todos siguen, por desgracia".²⁴ (el resalto es nuestro). Destaca el autor que la misma indulgencia del juez que absuelve (no importa que esté hablando del jurado de conciencia) cuando debe condenar, está ejerciendo solamente su propio poder, y lo está ejerciendo de manera abusiva y por tanto injusta. Compara luego la conducta del juez ruso con la del juez inglés, quien para el pensador ruso actúa fundamentalmente como un ciudadano convertido "[...] en representante de la unión pública de su país" y que mantiene "en alto la bandera británica".²⁵ Se trata de explicar esa condición del juez ruso porque "el pueblo ruso es compasivo", pero a ello responde: "cosa rara. Siempre creí yo que el pueblo inglés, por ejemplo, era también compasivo, y si no hallamos en él esa blandura de corazón, por decirlo así, no deja de sentir amor al prójimo".²⁶

Más adelante ensaya una explicación acerca de esa condición de "blandura de corazón" que anida en el juez ruso: "yo creo que no sólo se absuelve por blandura de corazón, sino hasta por miedo al poder mismo. Ese súbito, *terrible poder* sobre el destino de un hombre nos ha sobrecogido y en tanto nos hacemos iguales a esos ciudadanos ingleses que usted dice, optamos por absolver. Es posible que nuestros jurados se digan: "Pero ¿es que somos mejores que el procesado? Somos ricos y ocupamos una posición firme; pero si nos hubiera-

24 Dostoyevski, Fiodor M. *Diario de un Escritor*. Trad. Rafael Cansinos Assens, Ed. Aguilar, obras completas; Tomo III; Madrid, 1961, p. 708.

25 *Ibidem*, p. 709.

26 *Ibidem*, p. 709.

mos encontrado en su lugar, ¿quién sabe si no habríamos hecho algo peor todavía? Y por eso absuelven".²⁷ No es que nuestro autor justifique tal motivación para absolver; si el juez teme a su dolor por el condenado, que asuma el dolor pero que juzgue en verdad. Todavía más considera Dostoyevski: que si el dolor por el condenado es auténtico y hondo, ello mejorará a los jueces, y siendo los jueces mejores realmente a través de ese juzgar con dolor, eso mejorará las instituciones judiciales; pero absolver por miedo a la propia compasión sólo conduce a la conclusión de que el delito no existe, que el medio es responsable de todo y el delito incluso un deber o una noble protesta contra la injusticia reinante.²⁸

3. EL JUEZ FARISEO

La contrapartida del juez publicano tiene que ser el juez fariseo, conforme al texto bíblico que tomamos como contraste. La parábola, suficientemente conocida, la narra el Evangelio de San Lucas, Capítulo 18, versículos 9 a 14. Se puede caracterizar este juez como el que confrontando con el *procesado* mira en él a un culpable, a un delincuente que solamente merece el condigno castigo a la magnitud de su culpa, en tanto que él mismo se mira como inocente y bueno, justificado plenamente para castigar al réprobo. Encontramos inclusive muchos jueces que se consideran especialmente como muy buenos, y son los que manejan altas manifestaciones de severidad, y hasta de inhumanidad.

Cuando hablamos de severidad no estamos únicamente refiriéndonos a los casos en que la culpabilidad del procesado se encuentra probatoriamente demostrada y se le aplica una pena mucho más severa de la que le correspondería al grado de su culpa, cuestión de por sí misma muy problemática en su cuantificación,²⁹ o porque se le niegan beneficios consagrados por la ley pero que de alguna razón quedan deferidos al arbitrio del juez; nos referimos fundamentalmente a los muchos casos en que la inocencia del procesado tiene que permanecer incólume por cuanto no ha sido legalmente desvirtuada y sin embargo se la mancilla, como también a los numerosos casos en que existiendo duda probatoria que debe resolverse en favor del procesado, se resuelve en su contra. La propia experiencia y la del medio profesional que ejerce ante la

27 *Ibidem*, p. 709.

28 Cfr. *Ibidem*, pp. 709-710.

29 Cfr. Carrara Francesco: *Opúsculos de Derecho Criminal*, Trad. Ortega Torres y Guerrero, TEMIS, Bogotá, Colombia. Vol. II. 2.000, pp. 3-5.

justicia penal es que se generaliza, injusta e ilícitamente, la identificación del procesado con el culpable; que por el simple hecho de que alguien comparezca como acusado ante un juez, ya eso amerita reputarlo culpable; amén de que sorprende la frecuencia en que juez y fiscal forman una sola subjetividad procesal, en que el juez adopta los mismos derroteros marcados por la fiscalía en sus piezas e intervenciones acusatorias.

Retomamos el caso del señor Júbiz Hasbum, y no por insólito sino por desgraciadamente generalizado: los *señalamientos* de las autoridades de policía se convierten en verdaderas piezas de convicción legal que determina el rumbo de la investigación, de la acusación y del juicio, y con ello la sentencia condenatoria está casi fatalmente determinada en todas sus instancias, o para decirlo de una manera más lacónica y descarnada: cuántas veces las sindicaciones de la policía se convierten en sentencias condenatorias anticipadas. Podrá decirse que al señor Júbiz Hasbum finalmente *se le hizo justicia*, lo cual no deja de ser una amarga humorada, pues con el final reconocimiento de su inocencia no se legitimó ni uno solo de los largos y numerosos días en que fue privado de su libertad y de otros derechos ni se subsanó el enorme daño que se le causó al escarnecerlo moralmente ante la opinión pública, al exhibirlo como *pieza de trofeo* para demostrar la *excelente eficacia* de nuestro *aparato detectivesco, investigador y represor*.

Contrario a lo que sucede con el *juez publicano* que absuelve porque considerándose él mismo tanto o más culpable que el procesado cómo podría condenarlo, el *juez fariseo* condena porque siendo él mismo inocente cómo podría absolver; quien maneja el proceso es inocente mientras que quien lo padece, por el mismo hecho de aparecer como procesado, tiene que ser verdaderamente culpable. Con el ítem de que los procesados-condenados provienen de estratos sociales marginados y que compareciendo como tales a los estrados judiciales, arrastran necesariamente la sombra de la culpabilidad. Decir que sorprende constituye quizá una confesión de ingenuidad. No obstante debemos afirmar que la justicia penal parece poseída de un inocultable maniqueísmo: el principio del bien encarna en el juez, en tanto que el principio del mal encarna indefectiblemente en el procesado.

No todos los jueces, por supuesto, pertenecen a este modelo; muchos podríamos ubicarlos dentro del esquema del juez inglés, exaltado por Dostoyevski. Pero tristemente existen numerosísimos jueces que sí pertenecen a ese *estamento*, y que inclusive son aupados y estimulados desde las altas esferas de los

poderes sociales y políticos para que actúen como vengadores de una justicia inexistente, a la vez que funcionarios judiciales que se ajustan a los principios constitucionales son sometidos al escenario público y a la picota del prevaricato.

Desgraciadamente esa línea jurisprudencial es propuesta, o mejor impuesta, desde altas cortes. No es necesario detallar todos los casos en que así se demuestre, pero si ejemplos de ello y para tal efecto citaremos dos casos ilustrativos: 1) Con fundamento en simples autos interlocutorios de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y con referencia al Decreto 180 de 1988, los casos de secuestro para exigir el pago de deudas lícitas (secuestro simple) fueron tratados como *secuestros extorsivos*, salvo honrosas excepciones como una del Tribunal Superior de Medellín en Sala de Decisión Penal presidida por el magistrado Mario Salazar Marín;³⁰ 2) Con respaldo, esta vez sí en una sentencia de casación penal, se borraron *judicialmente* las fronteras *legales* entre autoría intelectual, autoría material, coautoría y complicidad, y toda persona que se relacione con un delito sin importar el cómo que distingue la ley, es tratada como coautora. Particularmente en los casos de delitos de hurto de automotores (en la denominada *piratería terrestre*) todos los imputados y procesados son calificados como coautores propios e *impropios* de hurto calificado y agravado, secuestro simple y porte ilegal de armas, por lo general.³¹ Conocimos inclusive un caso de un Juzgado de Circuito Penal en que en un *receptor* de un automotor hurtado fue condenado como coautor de todas esas infracciones penales, aunque en honor a la verdad, el Tribunal Superior de Antioquia anuló el proceso y decretó rehacerlo bajo aquella imputación exclusivamente. Son dos ejemplos pero demostrativos de la manera como la jurisprudencia cobra fuerza creadora y derogatoria de derecho con el carácter general de la ley, inclusive mediante simples autos interlocutorios, con lo cual se desconoce el alcance que la ley confiere a los efectos de las sentencias de casación. La ley 153 de 1887 preceptúa que tres decisiones uniformes de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal que los demás jueces y tribunales *podrán* invocar en sus decisiones. Pareció al legislador, sin embargo, muy exorbitante la fuerza que confería a dichas decisiones en la esfera legal y entonces expidió la Ley 169 de 1896 que subrogaba aquella en el sentido de que tales sentencias tienen fuerza solamente de *doctrina proba-*

30 Cfr. Meza M. Fernando; González Z. Julio, "Comentarios sobre una providencia del Tribunal superior de Medellín" en *Estudios de Derecho*, No. 113-114, Marzo-Septiembre de 1989, pp. 253 y ss.

31 Cfr. *Ibidem*, No. 128, pp. 369 y ss.

ble, nada más. Sin embargo, cuán lejos más allá de estos imperativos legales llegan nuestros jueces y tribunales en su alta misión de guardianes de la ley.

Con apoyo en el segundo ejemplo anterior valga la pena llamar la atención sobre la reciente tendencia de la justicia penal de multiplicar los concursos delictivos, con total olvido de los criterios lógicos y legales de generalidad y especialidad que permiten esclarecer cuándo existe pluralidad delictiva y cuándo unidad delictiva. De hecho existen ya tendencias predominantes sobre concurso de hurto calificado y agravado, secuestro simple y porte ilegal de armas, homicidio y porte ilegal de arma de fuego, etc. No tardará en aparecer el concurso entre extorsión y constreñimiento ilegal, y así, a través de una sola conducta, casi todo el catálogo de delitos del libro segundo del Código Penal y todas las leyes sustantivas que la adicionan.

Esta última aparición de una jurisprudencia incontroladamente extensiva usurpa *dictatorialmente* la actividad propia del legislador; y también ejerce *dictatorialmente* su función cuando, sin los presupuestos probatorios exigidos por la ley, condena a diestra y *sobre todo siniestra*. Estas afirmaciones difícilmente pueden respaldarse con encuestas estadísticas por la índole misma del tema. Pero las experiencias profesionales del medio creemos que merecen credibilidad.*

CONCLUSIONES

No le hace bien a la democracia y a su legitimidad, la costumbre de radicar en un único poder, la solución a los conflictos sociales, y con ello la legitimidad del sistema. Lo anterior ha ocurrido a lo largo de la historia del Estado de derecho y de su proceso de socialización. Primero fue el legislador y la voluntad general quienes asumieron la labor de sostener el Estado liberal de manera

* Ni siquiera opiniones del medio profesional. También la opinión pública se forma ideas semejantes, y a título de ejemplo la crónica que apareció en el diario *El Colombiano* del 11 febrero 11 de 2001, pp. 1A-3A. "Justicia: entre los fallos y el Schow". El Defensor del Pueblo, Eduardo Cifuentes, admite que en Colombia se acude con mucha laxitud a la figura de la detención preventiva (antesala de la condena), con lo que su uso reiterado en muchos casos se anticipan condenas que sólo pueden ser decididas luego de juicio. En la foto de la página 3ª, de la sede del Fiscal General, esta leyenda: "Desde su creación, en la Constitución del 91, la figura de la Fiscalía General de la Nación ha estado en el centro de las polémicas. Como parte del aparato de administración de justicia, de ella se ha dicho que, en ocasiones, sus actos derivan de intenciones políticas" (paréntesis de las primeras comillas, nuestras). Crónica de Luis David Obando L.

lejana y negativa; posteriormente la crisis de este modelo de Estado condujo a que *excepcionalmente* el ejecutivo utilizara políticas de coyuntura que terminaron en una excesiva concentración de poder sin límites; finalmente todo ello condujo a considerar que solamente el juez sería el protagonista de la construcción del Estado social, con el encargo de defender los derechos fundamentales.

El ideal de Estado Social de Derecho, propone un desarrollo equilibrado del poder, supone el continuo diálogo entre los tres poderes clásicos, al igual que la constante renovación de las funciones del poder mediante la lectura cotidiana de la Constitución. Esto supone un Estado en donde los tres poderes actúan conjuntamente y no particularmente, con el fin de mantener la libertad de configuración del legislador (dentro de la Constitución), la ejecución del orden jurídico (enmarcado en el bien común) y la independencia judicial. Creemos que mientras el legislador comprometa su decisión política para el desarrollo de los ideales constitucionales y el poder ejecutivo mantenga esa directriz de compromiso constitucional, el juez no debe asistir a la toma de decisiones políticas que nada tienen que ver con sus funciones de impartir justicia para el caso concreto.

Nuestros jueces actualmente se encuentran en un dilema: la hipertrofia de su función por la falta de compromiso de los demás poderes con sus funciones constitucionales, o inactividad funcional ante los vacíos legales normativos, así como la constante falta de decisión en la implementación de políticas sociales por parte del gobierno (anomia política),³² omisiones todas que dejan sin garantía y protección a los particulares. Al optar por la primera alternativa, los jueces se han obligado a defender los derechos fundamentales mediante sus fallos, no obstante la falta de recursos y la crítica por su origen no democrático. Con ello nuestros jueces han asumido funciones que no les corresponden, y así han defendido constantemente a los particulares de los perjuicios ocasionados con las omisiones de las políticas generales y sociales que nuestro país requiere y que constitucionalmente corresponden a los órganos de elección popular. Esta función supletoria (si la podemos llamar así) ha sido desarrollada de manera bien intencionada pero en desmedro de la propia democracia: no se justifica que se salve a la Constitución sacrificando uno de sus principios "el de separación y colaboración de poderes" (garantía del control del mismo), antes debería buscarse un *balancing* de éste con el principio de la prevalencia y de-

32 Idea desarrollada por el exmagistrado de la Corte Constitucional Colombiana Eduardo Cifuentes Muñoz en la apertura de la Tercera Convención Latinoamericana de Derecho, celebrada en la Universidad de Antioquia en el mes de septiembre de 1999.

fensa de los derechos fundamentales. Es evidente que de la ponderación que de ellos ha hecho nuestra rama judicial, esta última ha tenido precedencia y mayor importancia, pero dejando como resultado final la ausencia de conveniente control a las decisiones judiciales.

Concluimos que tres han sido las dictaduras ejercidas por los poderes públicos:

1. La dictadura del legislador (las leyes coyunturales): basada en el mito del legislador racional que consideraba al órgano de representación popular, como el depositario de la voluntad general y por ende el soberano. En el desarrollo de este mito³³ se le atribuye al autor de la ley, una racionalidad superior a la humana. Esa racionalidad tiene estas expresiones: lingüística, fraseológica, epistemológica y ética.

La racionalidad lingüística parte de la atribución del buen manejo del lenguaje y de sus términos, de la no ambigüedad de las comunicaciones y de la certeza en el sentido de la misma. Esto se significaba con el aforismo de la exégesis: "las palabras de la ley están pesadas, contadas y medidas".

La racionalidad fraseológica supone que el legislador sabe construir frases y oraciones, y que por ende no se contradice. La hermeneútica clásica nos reafirmaba esta idea cuando le ordenaba al operador jurídico no concluir que el legislador se contradecía, pues "la ley posterior deroga a la anterior", o "la ley especial prefiere a la general".

La racionalidad epistemológica le atribuye al legislador una capacidad de conocimiento mayor que la de cualquier ser. El legislador conoce no solo los términos técnicos sino también los científicos, a tal punto que si entran en contradicción lo afirmado por un científico y lo consagrado por la ley, se preferirá esta última. Ejemplo de esto lo encontramos en el artículo 29 del título preliminar de nuestro Código Civil.

La racionalidad ética cree que las decisiones del legislador están encauzadas hacia el bien común. Esta racionalidad está fundamentada en la idea de que la mayoría no se equivoca y no agrede a nadie.

La dictadura del legislador fue la dictadura en nombre de las mayorías, mayorías que no eran tales pues quien conformaba la voluntad general eran los ciudadanos mayores de edad, alfabetas y con propiedades o rentas. El descrédi-

33 Exposiciones de Francois de Ost, Juan Igartua Salaverria.

to de una ley que mantenía al estado al margen de los problemas sociales, planteó la crisis del estado liberal, y propició el advenimiento de la dictadura del gobierno o del ejecutivo.

2. La dictadura del gobierno (sustitución por vía extraordinaria y excepcional del legislador): los problemas sociales acaecidos por la falta de intervención en la economía de mercado, la actitud lejana del estado liberal, la falta de compromiso con las mayorías marginadas fue el fundamento de la legitimación del poder ejecutivo como el poder que solucionaba las crisis por medio de legislación de coyuntura. La idea de excepcionalidad fue el mecanismo para otorgar al gobierno facultades extraordinarias que sólo podía ser controladas por el poder legislativo. El poder del estado se *tecnocratizó*, mitificando igualmente este poder como el más ágil y versátil. Todos conocemos los extremos a los que llegó el totalitarismo y el excesivo intervencionismo, y el resultado final de burocratización del Estado. Aparece una nueva dictadura.

3. La dictadura de los jueces; el último rostro de la dictadura: una vez deslegitimados tanto el legislativo como el ejecutivo le queda a los jueces la tarea de sostener la credibilidad del sistema. Asistimos a una nueva mitificación (o mixtificación?): con la que se considera que los guardianes de la Constitución y de los derechos fundamentales solucionan todo: competencias, contradicciones entre normas inferiores y superiores, relaciones entre particulares: familia, vecindad, culto y religión, educación. Se pretende decidir desde una decisión de tutela acerca de la vida y la muerte, la tenencia de estupefacientes y las tendencias sexuales. A este juez le toca resolver no solo los problemas de los particulares, también los problemas surgidos de la mala administración de las autoridades públicas. Ejemplo paradigmático de esto último lo constituyen las sentencias del estado inconstitucional de cosa en las que el juez no contento con defender el derecho fundamental, obliga a reorganizar una institución pública bajo conminación de una sanción. ¿No estaremos cambiando de mito para justificar esta nueva dictadura?

A MANERA DE COLOFÓN

— Después de todo lo dicho no deja de ser tranquilizante sentirse en inmejorable compañía. Del eximio Carrara son estas palabras: "Si se aceptara como fundamento primario o único del derecho punitivo el principio de la *justicia absoluta*, nos veríamos llevados por necesidad lógica, a una consecuencia desagradable, pero irrefutable, que sería la proclamación de esta dolorosa verdad:

entre todas las legislaciones penales del mundo civilizado, tal vez una entre ciento se encuentra con méritos para ser considerada *justa*; todas las otras son radicalmente defectuosas e ilegítimas".³⁴

2. La dictadura del gobierno (situación por vía extraordinaria y excepcional del legislador) — los poderes se ejercen sometidos por la falta de intervención en la economía de mercado, la actitud pasiva del estado liberal, la falta de compromiso con las mayores materias que el fundamento de la legitimación del poder ejecutivo como el poder que selecciona las otras por medio de la legislación de coyuntura. La idea de excepcionalidad que el mecanismo para otorgar al gobierno facultades extraordinarias que solo puede ser controladas por el poder legislativo. El poder del estado se reorganiza, modificando igualmente este poder como el más sutil y versátil. Todos conocemos los extremos a los que llega el formalismo y el excesivo intervencionismo y el resultado final de la organización del estado. Aparece una nueva dictadura.

3. La dictadura de los jueces, el mismo rostro de la dictadura, una vez desvirtuados tanto el legislativo como el ejecutivo le queda a los jueces la tarea de sostener la credibilidad del sistema. Asimismo a una nueva institución (o institución) con la que se considera que los tribunales de la Constitución y de los derechos fundamentales solucionan todo, compensando contradicciones entre normas inferiores y superiores, relaciones entre ramas: familia, vejez, culto y religión, educación, se pierden desde una decisión de justicia sobre la vida y la muerte, la conciencia de culpabilidad y las tendencias sexuales. A esta vez la tarea recae no solo los propios de los particulares, también los problemas surgidos de la mala administración de las autoridades públicas. El ejemplo paradigmático de este último lo constituyen las sentencias del estado inconstitucional, de cosas en las que el juez no cuenta con defender el derecho fundamental, obliga a reorganizar una institución pública bajo comunicación de una sanción. (No estamos cambiando de

La razón jurídica es la que debe ser la base de la actividad judicial. Esta razón jurídica es la que debe ser la base de la actividad judicial.

A MANERA DE COLÓN

Después de todo lo dicho no deja de ser sorprendente seguirse en mejorar la compañía. Del eximio Carrara son estas palabras: "Si se respeta como fundamento primario e único del derecho punitivo el principio de la justicia

absoluta, nos veremos llevados por necesidad lógica a una concepción de la pena que sea irrefragable, pero irredimible, que sea irrefragable, pero irredimible.