

Fernando Tocora

LA RENUNCIA A LA AUTONOMÍA JUDICIAL

LA PÉRDIDA DEL JUICIO
EN LOS JUECES



JTB
BOSCH EDITOR

La Revolución francesa inauguró un Estado moderno como Estado de Derecho, en el que no solamente los gobernados sino también los gobernantes estarían sometidos al ordenamiento jurídico de cada nación. Ese Estado que confrontaba el despotismo de los monarcas aspiró a limitar y a contener los abusos y los excesos de esos gobernantes proclives al absolutismo, apelando para ello a la teoría de los pesos y contrapesos, reconocida a Montesquieu, siendo el poder judicial –cuya legitimación se sustenta en la *ratio iuris*– la principal salvaguarda de ese nuevo Estado, garante de los derechos de todos.

Pero en la praxis de los primeros regímenes liberales, las cosas no parecieron responder al proclamado principio de igualdad; el propio régimen francés excluyó a las mujeres, a los inmigrantes y a los hombres no propietarios –finalmente a la gran mayoría– consagrando con ello unos nuevos privilegiados. En América, los Estados Unidos cuya revolución fue anterior a la francesa, tampoco incluyeron a las mujeres y a los negros.

En ninguno de estos países, los jueces hicieron respetar los derechos de esas mayorías; al contrario para la Corte Suprema de los Estados Unidos, estos afro-descendientes no eran más que cosas, mercancías. Para los jueces franceses, las mujeres eran como menores de edad, incapaces; ellas pensaban con la cabeza de su marido.

Llegado el siglo XX, grandes hecatombes pusieron a prueba los poderes judiciales, exponiendo su falta de compromiso y autonomía. Nada hizo la judicatura alemana frente a un nazismo que en 1933 empezó a horadar el Estado de Derecho. Tampoco los jueces de la Unión Soviética –marxista pero también abanderada de la igualdad– se opusieron o resistieron a un régimen que desató una persecución contra todo rastro de disidencia. Igualmente en América Latina los jueces resistieron mínimamente las oprobiosas dictaduras fascistas de seguridad nacional.

Las preguntas que se hace este texto es ¿por qué esa incapacidad, esa disfuncionalidad en cumplir un rol estructural para el que fue instituido el poder judicial? La respuesta es que si bien desde fuera ese poder fue concebido como una estructura vertical y autoritaria –la retórica libertaria era otra cosa– también desde dentro la institución de la justicia carecía de una voluntad y de una capacidad de autonomía para pensar y juzgar. Tal como la escuela, forjada para transmitir un saber a través de la memoria, la religión asimilada para imponer verdades dogmáticas absolutas, el ejército para imponer mediante la fuerza un orden, con prohibición para sus miembros de deliberar, la justicia renunciaba a la facultad de pensar acogiendo el seguimiento ciego de métodos exegéticos y tradiciones jurisprudenciales con el resultado de la instauración de unos nuevos privilegios.

FERNANDO TOCORA

**LA RENUNCIA A LA
AUTONOMÍA JUDICIAL**
EL JUICIO PÉRDIDO
DE LOS JUECES

Barcelona
2019



BOSCH EDITOR

© AGOSTO 2019 FERNANDO TOCORA

© AGOSTO 2019



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-120546-6-8

ISBN digital: 978-84-120546-7-5

D.L.: B19287-2019

Diseño portada y maquetación: Cristina Payà Sanson

Printed in Spain – Impreso en España

Índice

Introducción.....	11
CAPÍTULO I	
DEL CONTRATO Y EL CONSENSO.....	25
1. Crítica al idealismo bucólico del contrato social	29
2. La utopía de la igualdad.....	36
3. Los etólogos y el «animal biológicamente superior»	47
4. Rawls y la versión neocontractual	50
5. Habermas y el consenso comunicacional sobre la justicia	56
CAPÍTULO II	
LA REVOLUCIÓN FRANCESA Y LA EXCLUSIÓN DE LAS MUJERES	61
1. Foucault y la gubernamentalidad Liberal.....	63
2. Kant y el «atreverse a saber».....	72
3. La mujer: «Loco filiae»	77

CAPÍTULO III

LA JUSTICIA NAZI: EL CONSENSO CONTRA LOS «EXTRAÑOS A LA COMUNIDAD»	89
1. Los juristas y las leyes de «limpieza racial»	92
2. El autismo y la mala memoria de los juristas alemanes.....	94
3. La judicatura alemana y el racismo nazi.....	98
4. Los tribunales especiales racistas	103
5. El consenso de los jueces en la Alemania nazi	106

CAPÍTULO IV

LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS Y UN VIEJO «APARTHEID»	113
1. «Scott vs. Sandford»: los negros como cosas	114
2. «Plessy vs. Ferguson»: iguales pero separados.....	120
3. «Brown vs. Board of Education»: la lucha por los derechos civiles.	126

CAPÍTULO V

LA JUSTICIA DE LOS SOVIETS Y LA REPRESIÓN SIQUIÁTRICA ..	133
1. La justicia soviética: entre Siberia y los Tribunales de Camaradas .	135
2. La disidencia como síndrome de locura	138
3. Perestroika, Glasnot y el reconocimiento legal del Estado Policia- co	144

CAPÍTULO VI

LA SEGURIDAD NACIONAL Y EL TERRORISMO DE ESTADO EN ARGENTINA	149
1. Washington y una política genocida hemisférica	150
2. El «Proceso» y las desapariciones	152
3. Viejos y nuevos «enemigos internos»	153
4. El totalitarismo de la Dictadura Militar	156
5. Jueces y anti-jueces	160

6. La autoamnistía	163
7. La Corte Suprema reivindica la justicia	165

CAPÍTULO VII

ESTADO DE SITIO Y «JUECES» PENALES MILITARES EN COLOMBIA.....	175
1. Una pretensión hegemónica e insurgencia guerrillera.....	176
2. La renuncia total a la función judicial.....	177
3. Estados de sitio y Estatutos de Seguridad Nacional	185
4. La Corte sacrificada: el costo de una cierta autonomía	192

CAPÍTULO VIII

CONCLUSIONES. CONTRATO SOCIAL IGUALITARIO O CONTRATO DE ADHESIÓN	199
1. La debacle de la justicia moderna	199
2. Rawls, Habermas y la galvanización del viejo contrato social	205
3. La letra menuda de los códigos y el contrato de adhesión	208
4. El espejismo de la igualdad social	210
5. Contextualización	211
6. Neoliberalismo: «Justice Clockwork».....	213

Bibliografía	219
--------------------	-----

Introducción

Los sistemas judiciales funcionan como máquinas despachando procesos en línea de manera fordiana. No fue por azar que Kafka escribió «El Proceso» relievando los tiempos y los laberintos de la justicia para llegar o para no llegar a lugar alguno. Se trata de procesos formalistas (autolegitimados performativamente) en los cuales los jueces renuncian, a la facultad de juzgar, a la posibilidad de actuar y hasta a la capacidad de sentir. Desde que la máquina empieza su operación, se debe continuar sin interrupción, sin hesitación, sin remordimientos. Siempre habrá un desfase o brecha entre lo que entra al sistema –in put– y lo que sale –output– de la justicia.

Una visión moderna de la justicia se impone como un sistema cibernético en el cual los *inputs* se constituyen por los hechos que selectivamente el poder define como relevantes, los hechos que los policías y los procuradores filtran hacia el sistema judicial y por las diferencias que los individuos deciden llevar a estrados judiciales. Ante todo, el poder define la clase de conflictos que puedan ser considerados por las diversas jurisdicciones, y las partes que pueden intervenir; se trata del principio de legalidad, fundamental para el modelo liberal; esos conflictos son escogidos o definidos por el poder; si bien, podemos seguir una línea del derecho que nos viene del

derecho civil y del derecho penal romano, del derecho canónico de la edad media, hasta desembocar en la modernidad en la cual hay una eclosión de ramas del derecho, el interés del derecho es dominar las instituciones que componen la sociedad. He allí un uso público de la facultad de juzgar que los gobernantes, instalados en la sede de poder y en los nichos institucionales o de clases privilegiadas realizan. Los jueces no intervienen en esa fase. Ellos reciben los textos legales como textos sagrados. En consecuencia, textos inexpugnables, que deberán encontrar su concreción a partir de las providencias y decisiones en general.

Ahí, tenemos un principio de acción del poder, llevado adelante por los partidos políticos dominantes, las instituciones poderosas (corporaciones económicas, iglesias, *mass media*, por ejemplo), que retienen esta facultad de juicio para definir qué asuntos son importantes, qué valores son importantes de proteger ideológica y jurídicamente, y la forma como la protección jurídica se debe dar, verbigracia: pueden definir si el problema amerita una protección más extrema como la protección penal o solamente medidas coactivas de intervención sobre la propiedad de bienes.

Cuando los jueces reciben los casos que deben conocer, investigar, ellos deberán hacer dos tipos de investigación, aquella de los hechos y la otra, la del derecho a aplicar. Para los primeros, deberán tener a la mano, medios de investigación prácticos y científicos, de acuerdo al estado del arte de las ciencias respectivas. Para el derecho, tendrán que buscar las normas, las más próximas al caso planteado. La investigación de los hechos suele hacerse de una manera fragmentada, después de un ruptura cortical, que deja ver el hecho en su coyuntura temporo-espacial, es decir, en el instante preciso de su ocurrencia y en su ubicación singular en el mundo de las cosas. Nada que ver con un proceso, una historia, una perspectiva; solamente una hipótesis fáctica que los jueces deben comparar, deben adecuar a las normas, casi mecánicamente o más bien silogísticamente. Nada de la historia como acontecimientos en un marco de relaciones, tensiones y conflictos entre los protagonistas o la Historia con mayúscula, como realidad dinámica socio-económica, socio-política e incluso cultural enmarcando los hechos en la realidad política estructural.

Esas dos realidades son ignoradas por los jueces. Ellos asumen que se deben aproximar a los hechos de la manera más circunscrita y singular po-

sible. Los hechos sin su pulsión histórica. De allí, que hablemos de máquina de la justicia (*justiceclockwork*), que esquematiza los hechos, que ignora el marco de su contexto; que juzga sin espíritu, sin alma para decirlo más retóricamente, en una ataraxia propia de la resignación, de la impotencia y de la renuncia a su autonomía. La descontextualización de las decisiones judiciales es uno de sus elementos más desestructurantes. Termina divorciando el derecho de la justicia, al ignorar la realidad social de la que surgen las normas y hacia la que van destinadas.

La búsqueda de las normas se hace usualmente con una tendencia exegética, para salvar la voz del legislador, que es la voz de un poder que no siempre es legítimo, la voz de un poder camuflado dentro de los cuerpos legislativos que financia las campañas políticas de muchos de sus miembros o de un poder mediático que constriñe a los legisladores a votar o a rechazar proyectos de ley de acuerdo a los intereses de las corporaciones o de las instituciones que los diferentes medios representan. Esa es la ley que reciben los jueces, leyes que son producidas por legisladores comprometidos con poderes privados y/o corruptos, que representan organizaciones de poder o incluso de organizaciones criminales como se ha visto en el caso de la mafia de la droga, de armas o tantas otras en diferentes países. Pero incluso las empresas legales intervienen para determinar el sentido y los textos de las leyes que las regulan (empresas de cigarrillos, de automóviles, laboratorios farmacéuticos, etc.).

Los jueces pueden ser conscientes del origen espurio de ciertas leyes, pero ellos consideran que ese no es su problema. Desde las escuelas de derecho han recibido la enseñanza del principio romano: *dura lex sed lex*, un apotegma de una sociedad esclavista e imperialista, aplicado a una sociedad moderna que se dice democrática. Un principio que intenta tranquilizar el espíritu de los jueces, un poco trastornado por la injusticia de la ley. Hay que calmar la conciencia del juez, quien puede preguntarse por la justicia que él debe rendir. Se puede apreciar desde entonces, el divorcio entre el derecho y la justicia, un rasgo muy peculiar del derecho moderno. Incluso el juez debe confrontar sus deseos de justicia, de servicio, de solidaridad, terminando por resignar, su espíritu crítico, su examen de la ley, asumiendo el juicio que desde el poder se le impone. Personalmente, la renuncia de esta facultad garantiza a los jueces el ingreso al circuito burocrático (mercado de trabajo)

o al socio-económico (*modus vivendi* familiar). Es así como el control social se interpone entre los individuos y sus libertades. Cotidianamente cuando los jueces asumen un rol independiente, el sistema opera castigando con la exclusión los comportamientos autónomos de los jueces. Los jueces deben seguir el carácter jerárquico de la pirámide judicial; esto significa que solo el juez de la más alta jerarquía puede pensar por sí mismo, pero incluso en ese nivel se puede hallar la neutralización del juicio de los jueces, a través de una formación convencional, de una priorización de los antecedentes judiciales y de presiones hechas desde los otros poderes del Estado. Recordemos a este propósito la decisión de declarar en estado de interinato todo el poder judicial durante la dictadura chilena del general Pinochet.

La hermenéutica está impregnada completamente del criterio de autoridad. Se trata de un criterio político, que es percibido como un criterio de autoridad científica, porque se acepta que los jueces del más alto nivel son funcionarios de una gran experiencia y de gran trayectoria en el ejercicio de su profesión de juristas, aunque no siempre sea así, debido al tráfico de influencias y a la obsecuencia que muchos de los funcionarios nominadores esperan del elegible. Así suele suceder con las nominaciones de los jueces de las Cortes Supremas realizadas por los otros dos poderes, permeables ambos al criterio de clientela política.

Los jueces no tienen el sueño kantiano de la emancipación, de llegar a la mayoría de edad, sino de progresar en su carrera judicial, de obtener retribuciones profesionales y lograr un bienestar familiar. No quieren crearse problemas; así funciona en gran parte el sistema de disciplinamiento social en los jueces, a través del estímulo que obtienen si hacen las cosas como el sistema espera, y que los sanciona y excluye en caso contrario. Incluso la amenaza de la prisión puede anunciársele o insinuársele a los jueces, a través del delito de prevaricato, un delito que es frecuentemente interpretado de manera extensiva por el juez de los jueces. Ciertamente algunas veces ese delito puede poner de presente una distorsión deliberada de la ley, pero hay muchos casos en que se trata del ejercicio legítimo y racional de la interpretación legal.

Tomando las leyes como dogmas, los jueces se amoldan a la pretensión inicial de la instauración de la sociedad liberal, de ser la boca de la ley, una pretensión de los revolucionarios para no dejar echar atrás el cambio de la sociedad. Los revolucionarios buscaban que los jueces no pudieran

cambiar ni una coma del texto legal, desconociendo lo que el legislador quería. Pero históricamente, después de la revolución francesa, ese deseo no se sostuvo más de un año (Ley francesa de 1790), el tiempo suficiente para que el nuevo régimen produjera una nueva ley de Casación que pasara del control exegético del texto legal al del espíritu de la ley. La diferencia entre la interpretación de los textos jurídicos no se distanciaba mucho de la interpretación de los textos sagrados.

Fue en esta tensión entre poder legislativo y poder judicial que la ley encontró su aplicación. El poder del legislador, celoso de su alcance, se cuidó de poner límites al poder de los jueces. Estos no podían actualizar la aplicación de la ley, dándole el contenido que los cambios sociales impusieran, en su trabajo de pasar de la abstracción de las normas a la concreción de cada caso. Incluso si los romanos hablaban de interpretación *praeter legem* el nuevo orden pretendía encerrar a los jueces en un marco estático normativo. Pero la realidad cambia como lo plantea Heráclito. La realidad se abre así, hacia diferentes prácticas sociales, invenciones técnicas que cambian comportamientos, nuevas costumbres, nuevos conflictos, diversas aproximaciones culturales a viejos temas sociales, etc.

El axioma de la *sabiduría de la ley*, se impone así como una forma de sacralizar la ley, dándole un carácter intocable. Los legisladores se presumen sabios, pero nosotros sabemos hoy quienes son la mayor parte de los legisladores, esos representantes de intereses particulares, de las grandes corporaciones, de poderosos gremios, incluso de grupos mafiosos. Esos legisladores emplean la práctica de la conspiración para defender intereses parciales por encima de los generales, todo a nombre del pueblo, una entelequia manipulada retóricamente. El pueblo es un sujeto del cual se habla para hacerle decir cualquier cosa; el «pueblo amado», «pueblo sufrido» que le habla al oído a los políticos, como Dios a Moisés, debe ser salvado mesiánicamente por todos esos pregoneros de milagrerías. Es como la opinión pública, una artificialidad construida como una monofonía, una singularidad ciega, un consenso (al estilo del *mejor argumento* de Habermas). Los jueces deben formar parte de ese consenso, para aplicar las leyes pero también para interpretar la *veredicción*, más que la jurisdicción.

El deslizamiento del sistema liberal hacia un sistema autoritario sucede con la contribución de una rama judicial exegética y burocrática. De

esa manera participa al interior de un engranaje de poder en el que la mayor parte de las instituciones ejercen un rol de control social cerrado y excluyente. La rama judicial llega a funcionar como un «judicial clockwork»¹. El orden establecido queda así completamente garantizado. Si bien, reiteradamente el poder judicial ha sido criticado como un poder disminuido, «ceni-cienta del poder público», los jueces han prestado un cierto apoyo alas dictaduras y a los regímenes que han arrasado con los derechos fundamentales en América Latina y en otras regiones del mundo; en todo caso, los jueces han prestado su concurso a los regímenes autoritarios y particularmente han ayudado a construir una atmósfera de legitimación y de orden justo.

El derecho como aporte de la modernidad ha servido principalmente para apuntalar las sociedades estratificadas. Así ha sido también en los países de Europa del Este en el siglo pasado, países en los que sobre los pilares de una teoría positivista se desarrolló una hermenéutica cerrada y formal de la ley soviética, que era la que se seguía dentro de la perspectiva bipolar del área de influencia. Sistema jurídico que tenía en su extremo las deportaciones a Siberia y la institución siquiátrica para poner en orden a los disidentes. Incluso ese sistema jurídico autorizaba la analogía e imponía como criterio de fondo la interpretación de la ley de acuerdo al «espíritu de la revolución socialista»; todo un sistema que constituyó un modelo totalitario, que aspiraba a homogenizar el pensamiento y a uniformizar los actos, otra forma de neutralización del juicio.

La Alemania nazi autorizaba también a los jueces el uso de la analogía y a aplicar un gran criterio abierto general, «el sano instinto del pueblo alemán». Era un sistema totalitario derrapado del liberalismo, porque el sistema liberal guarda en su seno una veta totalitaria, que se reveló al día siguiente de la Revolución francesa, cuando la guillotina hizo rodar las cabezas de todos los que pensaban diferente al que lideraba el nuevo régimen. Se ha visto esta tendencia de la democracia liberal hacia el totalitarismo en diversos rincones del mundo; He ahí los regímenes de Seguridad Nacional

1 La expresión –anglosajona– es nuestra y quiere significar como en el «orange-clockwork» de Burgess y Kubrick el fino mecanismo de relojería como debe funcionar un sistema.

en América Latina, emergentes y reactivos a la irrupción de los movimientos políticos populares, nacionalistas, socialistas y/o progresistas. El capitalismo ha cerrado sus filas para defenderse, dejando ver que la democracia liberal es sobre todo para los tiempos de calma.

El capitalismo no se hizo para compartir, sino para acumular, para crear emporios económicos, bajo la lógica de la concentración, de obtener las mayores ganancias, de ganar la carrera del control del mercado, poniendo en evidencia una vocación de exclusión. Eliminación de los competidores capitalistas y luego del resto de la sociedad. Para ello la escuela enseñará que el fin supremo es ser el primero, no el segundo; vencer a los otros, no compartir. El objetivo no es la realización en lo colectivo, en lo solidario. Cuando se da algo a los demás, se hace por caridad, una virtud salida de la religión que nos allanará el camino al cielo, o para obtener una ventaja fiscal. El Derecho asume esta lógica y concede estos privilegios.

En la postguerra, se cuestionó en Europa por qué el derecho no pudo hacer nada para impedir la guerra, para evitar el holocausto. Los jueces no pudieron hacer nada, ni las religiones, o no quisieron actuar para defender las democracias europeas, los derechos fundamentales de los ciudadanos; incluso en la misma Alemania, que sufrió en primer lugar los atropellos del poder nazi, anulando los otros poderes y persiguiendo a los disidentes de manera arbitraria y brutal, los jueces nada intentaron hacer. La persecución de los judíos, de los comunistas, de los homosexuales y de los diferentes en general se hizo después de la llegada al poder del nacional-socialismo con la contribución de los tribunales y jueces que avalaban la tortura e incluso las desapariciones.

Era por mucho, la historia de un poder burocrático, sin independencia, amoldado en una horma positivista, que no veía más allá de la letra de la ley, que hizo de la ley un fetiche y que divorció el derecho de la justicia. Se trataba de un poder reducido a la aplicación exegética y mecánica de la ley, que el nacional-socialismo utilizó para perseguir y condenar a millares de ciudadanos alemanes antes de la declaración de guerra, pretextando la aplicación de la ley y del Estado de Derecho.

Pero, esta reducción del poder judicial venía desde los orígenes del Estado moderno, en el cual la figura del juez fue concebida estructural-

mente para configurar un estado en equilibrio, que se cuidaba de concentrar todo el poder en unas solas manos, poniendo en práctica la teoría de los *pesos y contrapesos*. A este respecto se puede citar el desempeño del poder judicial de los Estados Unidos en su primer siglo y algo más, que declaraba constitucional la esclavitud dentro de una concepción de que los esclavos eran cosas, objetos del derecho y no sujetos, objetos del derecho de propiedad de sus esclavistas blancos, y en consecuencia, que carecían de todo derecho. Debió sobrevenir toda una guerra civil para que los jueces reconocieran finalmente que los negros eran seres humanos, personas, ciudadanos. En menor proporción, algo de eso pasó cuando en Latinoamérica tuvo que pasar un buen tiempo para que los juristas reconocieran que los indios tenían «alma» y no eran seres irracionales a quienes había que tutelar y someter.

Donde estaba el discurso de la Ilustración y de la justicia en Francia cuando la justicia resolvía aun casos de emancipación de esclavos a la altura del año 1845? Litigios como estos eran normales en los estrados judiciales franceses. En efecto, en la sentencia del 16 de abril de 1845 la Corte de Casación resolvió la demanda de libertad de una madre esclava cuyos hijos habían sido liberados por su amo, persona ésta que pocos años después murió. Se puede leer en los considerandos de la sentencia –que liberaba también a la madre–, que lo hacía por motivos de humanidad –no de derecho– aunque el artículo 47 del edicto-ley de 1685 prohibía la separación de la madre de los infantes impúberes.²

Lo inhumano para los jueces no estaba en la esclavitud, sino en la separación de los niños impúberes de sus madres; Se puede uno fácilmente preguntar si esta ley no se hizo para acomodar el sistema a la reproducción de la fuerza de trabajo esclava, a través de la crianza de los infantes por sus madres esclavas, preservando de esta manera los interés colonialistas de explotación laboral ligados al tema.³No olvidemos que el mismo John Locke estaba en el negocio del mercado de esclavos.

2 Jurisprudence Générale du Royaume, Dalloz, París, 1845, pg. 194

3 Jurisprudence Générale du Royaume, Dalloz, París, 1845, pg. 195

La neutralización del juicio se constituye por la prohibición de pensar, por la obligación de aceptar lo que nos dicen, nos imponen o nos enseñan, sin pasarlo por nuestro examen, nuestro análisis conceptual, incluso, desconociendo lo que nuestra conciencia nos pueda decir o lo que nuestro pensamiento nos pueda llevar a concluir. Cuando la religión nos dice que debemos aceptar como verdad incontestable lo que las sagradas escrituras nos dicen, nos prohíben pensar; debemos aceptarlo por la fe y la ininteligibilidad de algún tema debemos tomarlo resignadamente como un «misterio». Si los padres enseñan a sus hijos diciéndoles que no pueden contradecir, porque lo que ellos dicen son verdades inexorables, los están formando para la ignorancia y la sumisión.⁴ Cuando los profesores en el sistema escolar, les dicen a los dicentes que lo que ellos enseñan es solo la verdad y que serán evaluados en consecuencia, de memoria, estamos invitando a renunciar a la facultad de analizar, de juzgar, de reflexionar y también a la facultad de actuar. Cuando en el ejército se sostiene que no puede haber deliberación, suceden las ignominias que la historia ha registrado, por parte de militares que terminan haciendo algo que les puede repugnar, y asumiéndolo finalmente como algo que «quieren» y deben hacer. La tesis y las cláusulas legales sobre la «obediencia debida» respaldan esta negación absoluta del juicio. De allí que a finales de siglo se ha venido abriendo paso jurisprudencia limitando ese instituto como ha sido el caso en la Corte Suprema de Argentina, de cara al genocidio de las desapariciones del siglo pasado.

Cuando el legislador le dice al juez que no debe entender la ley más allá de la voluntad del legislador le prohíbe usar la razón, obstaculizando funciones inherentes a su labor, la de actualizar el significado de las normas y la de encontrar su sentido de justicia. Dentro de la teoría de los pesos y contrapesos, el poder judicial no puede ser un mero «convidado de piedra», resignándose como lo pretendían los revolucionarios franceses a ser la sola «boca de la ley». Todos los poderes deben controlarse, limitarse, contenerse, frenarse y al poder judicial le corresponde contener el poder punitivo del Estado. Sus orígenes históricos en la modernidad nos lo plantean como un garante de las libertades y los derechos de los ciudadanos, frente a un pa-

4 En la España franquista se les decía a los niños desde las instancias domésticas que la regla del comportamiento debido era «no molestar, no hablar, no preguntar».

sado en que la concentración del poder y su ejercicio arbitrario, irracional y discriminador no tenía límites. Ese poder limitante viene en la misma teoría del magistrado Montesquieu y plantea desde el centro del sistema penal que la libertad es un derecho fundamental, que solo por excepción debe restringirse. Que la responsabilidad penal debe ser plenamente demostrada y en caso de duda, favorecer al inculpado. No puede más, funcionario alguno, por Rey que sea, sacar de la manga unas *lettres de cachet* y mandar un piquete a capturar una persona. Esta es la gran reacción de la revolución contra el *ancien régime* y la gran conclusión, el nuevo régimen debe operar o limitar la restricción de libertad a principios taxativos como el de legalidad y el de presunción de inocencia.

Cuando el sistema jurídico exige que se deba seguir solamente la jurisprudencia de la Corte Suprema —sea de *common* o *civil law*— se obliga a «pensar» con la cabeza de otro, con la de los magistrados de la Corte. Los demás jueces, toda una legión de juristas preparada para realizar el oficio de juzgar serán coaccionados a decir lo que la Corte diga, e incluso, tomar decisiones que ellos no quieren tomar. Serán obligados a reprimir su pensamiento, a desconocer su voluntad. Por ejemplo, en el caso histórico de los Estados Unidos, todos los jueces de la época que precedió a la guerra civil debían aceptar el fallo «Scott vs. Sandford» (1857) que consideraba a los esclavos como cosas, sobre los cuales se podía ejercer el derecho de propiedad, aún si estimaban eso intolerable y contrario a la dignidad humana.

Cuando los romanos impusieron su voluntad a sus colonias desde el oriente al occidente europeo, pasando por el norte de África, lo hicieron a través de sus ejércitos y de sus leyes, para las que atemperaron el principio DURA LEX SED LEX, que llevaba el sello implícito de no cuestionar la ley, de aceptarla y aplicarla, aún en su dureza y en su injusticia. Eso puede entenderse para una realidad imperialista y esclavista, pero no tiene mayor presentación que en la modernidad las escuelas de derecho abroquelan a sus estudiantes de derecho para tornarlos insensibles e indiferentes a la justicia.

Es verdad que hay casos en que los jueces han sido autorizados a pensar, a examinar, a evaluar la existencia de ciertas condiciones, por ejemplo, en el caso «Marbury vs. Madison» (1803) en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos creó la jurisdicción constitucional, reconociendo que los jueces podían evaluar la conformidad de las leyes ordinarias con las normas

de la Constitución política de su país. Se trató de una sentencia histórica que creó el «*judicial review*», es decir, una jurisdicción que se permitía juzgar la misma ley, haciendo una evaluación de la validez de las normas ordinarias de cara a las normas superiores constitucionales. Pero para este tipo de juicios se malentendió que solo eran competentes los jueces de la Corte Suprema, debiendo los demás jueces seguir dócilmente el los precedentes judiciales.

Gracias a la renuncia de la capacidad de pensar, las dictaduras han podido actuar desafortadamente, como en el caso de las dictaduras de América Latina en las que los poderes judiciales hicieron poco, sino nada para impedir las arbitrariedades y los crímenes de Estado. Ello sucedió en dictaduras militares de Seguridad Nacional, como aquellas de Brasil, Chile, Argentina, Guatemala, etc. durante los años 60s y 70s del siglo pasado, en las cuales los jueces se desentendieron de las denuncias y de las ostensibles violaciones de derechos humanos que se produjeron sistemáticamente desde los gobiernos castrenses. También en países de gobiernos civiles, formalmente democráticos, las políticas de seguridad nacional presionadas desde los cuarteles y orquestadas desde Washington, con el aval jurídico del tratado interamericano de Defensa Reciproca TIAR, no tuvieron mayor resistencia en los poderes judiciales de los respectivos países.

En el caso colombiano se puede observar una experiencia un tanto diferente. Dada una crónica tendencia a utilizar el Estado de Sitio, los jueces civiles miraban con recelo la legislación de excepción o emergencia, que generalmente era aplicada por los jueces penales militares, jueces estos que en la práctica respondían jerárquicamente a los mandos militares y tenían sus sedes en los propios cuarteles. Esto suscitó un celo en la revisión de sus decisiones y actuaciones judiciales, una vez que se levantaba el estado de sitio, y los jueces ordinarios recobraban la competencia sobre los casos del llamado «orden público»; entonces, muchas de las decisiones de los jueces militares se venían abajo, por declaratorias de nulidad, lo que creó un malestar en el seno de la institución castrense. En 1986 los guerrilleros del M 19 asaltaron el palacio de justicia y tomaron como rehenes a los magistrados de las Cortes, presionando por un «juicio» público del gobierno de Belisario Betancur; La respuesta fue un operativo de «tierra arrasada» que dejó en cenizas la sede de la Corte y muertas más de un centenar de personas, entre

ellas media Corte Suprema. Desplegar todo un operativo militar de guerra, empleando tanques de combate y atacando con artillería pesada un edificio de oficinas fue el trato que merecieron los jueces de una Nación que habían tenido cierta autonomía frente a la aberración judicial de juzgamiento de civiles por parte de jueces militares por conductas de disidencia política o por delitos comunes.

Con un sistema judicial que renuncia a plantear sus propios pensamientos, sus propias decisiones, el sistema se ofrece como un poder sometido a las clases políticas dominantes, perdiendo su independencia y su autonomía. Los jueces ejercen su competencia como una expresión de la voluntad de una elite judicial, ligada funcionalmente a la clase política y económica que domina cada país. A este efecto, es fácil comprender el rol del derecho penal de reprimir solamente la delincuencia convencional, excluyendo la delincuencia de «cuello blanco» (*White collar crime*) o la gran corrupción política e incluso la delincuencia genocida y violadora de los derechos humanos cometidos desde el gobierno o por actores armados (guerrilleros, paramilitares, gran crimen organizado).

En este texto hacemos una aproximación a importantes sucesos históricos de la época moderna, en los que frente a hechos aberrantes y violatorios de todo principio de humanidad y justicia, que llegaron incluso a increíbles genocidios, los jueces no hicieron nada que pudiera haber demorado, resistido, disminuido y mucho menos impedido tales tragedias. Millares de muertos de mano de la Alemania nazi, antes del inicio de la guerra; destierros, internamientos y hasta eliminaciones masivas en la Unión Soviética; legalización del racismo, la segregación, y los linchamientos de afroamericanos en Estados Unidos; 30.000 desaparecidos, además de millares de torturados, desterrados en la Argentina de la dictadura de Seguridad Nacional; parecida situación en Colombia dentro de un conflicto armado interno de los condicionados por la «guerra fría» y la implementación en Francia de un régimen de exclusión que comenzaba por negar los derechos de las mujeres y otras minorías, que si bien no fue tan cruento como los anteriores, permitió que rodaran cabezas como la de Olympia de Gouge.

Los jueces no se opusieron a esos hechos salvo contadas excepciones. Incluso la mayoría les dieron su soporte y algunos hasta quisieron ir más allá de la infamia de los dictadores. Se podría replicar que no se puede aspirar a

tanto, cuando la bestia estatal desnuda su poder crudo y nudo, pero de allí a que todos los jueces, sean unísonos en la irracionalidad, no es más que una evidencia de la renuncia a la facultad de juzgar, de pensar, de ejercer una autonomía que la Constitución de cada país le otorga al llamado poder judicial. Si estos funcionarios se crearon por el poder instituyente de una Revolución, la más glorificada de la modernidad, para garantizar los derechos de todos los ciudadanos, los que no se respetaban antes, sino para una élite de privilegiados, la pregunta es que se hicieron esos jueces en el momento en que las extralimitaciones de los gobernantes empezaron a hacer un cauce hacia la dictadura y la ignominia. Es cierto que exigir a un poder cuya sola arma es la razón, la palabra, los principios, detener o contener una irrupción violenta, es una convocatoria a lanzarse al abismo; puede ser entendible cuando las cosas irrumpen súbitamente, pero cuando eso sucede paulatina, progresivamente, y los jueces no hacen nada, sino consentir, avalar y finalmente legitimar e impulsar los atropellos, es aceptar un rol de coparticipación o al menos de complicidad secundaria.

En el primer capítulo abordaremos lo que sirvió de soporte teórico e ideológico a las sociedades que entronizaron la premisa de que la ley es la expresión de la «voluntad general», para expresar nuestras prevenciones con respecto a la doctrina del «contrato social» y a la del consenso, así como su punto de partida falaz que es el del principio de igualdad. Contractualistas, neocontractualistas y consensualistas estarán en la misma grilla de nuestro enfoque crítico.

Y en el capítulo final, arrojaremos nuestras conclusiones, que evaluará ese intento de galvanizar en el siglo XX la teoría del «contrato social» rousoniano, cambiándolo más bien por un contrato de adhesión, que desvirtúa de salida el proclamado principio de igualdad. Luego trataremos el tema de la descontextualización en que generalmente se ejerce la justicia moderna, y cómo gran parte de la pérdida de autonomía judicial se concreta en la renuncia a la función de actualizar el sentido del derecho por parte de los jueces, en la renuncia a asumir decisiones fundadas en argumentos estructurados y coherentes, y a la renuncia a sentir, un bloqueo atarácico que está inhibiendo a la sociedad perpleja por los atisbos de la hecatombe. Jueces quienes llevan adelante sus juicios en niveles de abstracción que divorcian el derecho de la realidad social a la que se aplican. Ignoran esos jueces el

carácter evolutivo y cambiante de la realidad social, limitándose a una hermenéutica literal y heterónoma, funcional al anquilosamiento de la justicia y cayendo en el fenómeno que hemos llamado «Justice Clockwork» y vaticinando lamentablemente, dentro de la época presente neoliberal que de «señorías» que se concibieron los jueces parecen destinados a convertirse en «operarios» de una justicia que se quiere preciar de ser una fábrica de decisiones, en la que como en una cadena de montajes, se produzcan en serie y en tiempo real las resoluciones («solving problems») de los casos adjudicados en sus estrados. Con ello ya, la renuncia a la facultad de juzgar, a la autonomía sería casi total y definitiva.