

OTRA VEZ SOBRE LOS CASOS TRÁGICOS

La previsibilidad de la decisión judicial: ¿posible o utópica? tal vez necesaria

JOSÉ GUILLERMO CASTRO AYALA

Nuevamente, es necesario comenzar por reconocer – en otro artículo sobre el tema – que la literatura sobre los casos trágicos [no difíciles] es cada vez mayor. Bien, este texto solo contribuye a que esa situación empeore. Sin embargo desde ya me justifico: ahora quiero tratar el tema desde una perspectiva diferente: Los beneficios de la mínima previsibilidad jurídica de todos los casos, incluso de los trágicos.

Coincido con la perspectiva de que la determinación de la sencillez de un caso, no implica de plano desechar una buena y justa argumentación. Dicho en otras palabras, tanto los casos difíciles como los casos fáciles exigen siempre una “buena argumentación”.

Sin embargo, pareciera ser ya un lugar común dentro de la teoría jurídica el hecho de que una de las labores más importantes del juez, cuando se dedica a darle solución a un caso, es precisamente la determinación de si este constituye o no un caso difícil¹; pues una vez aclarado ese punto, podrá – tentativamente – “presentir”, cuál ha de ser el tratamiento y el equilibrio argumentativo del asunto que, a fin de cuentas, debe ser resuelto.

Voy por partes: los casos fáciles necesitan de una buena argumentación por las razones que hace ya tiempo ofrecía Genaro Carrió² y que nos ha recordado, de manera pertinente el profesor Aquiles Arrieta en alguno de sus escritos³. También el profesor Rodrigo Uprimny ha puesto mientes en el asunto, cuando evidenció cuál es el verdadero papel del juez en el Estado Social y Democrático de Derecho⁴.

¹ Barak, Aharon: *Judicial Discretion*, Yale University Press, Londres, 1987.

² Cfr.: Carrió, Genaro: *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso*. Buenos Aires, Abeledo Perrot. 1991.

³ Cfr.: Arrieta, Aquiles: *Justo Formalismo. La aplicación formal del derecho, casos y límites*. pp. 172 y 173____. [http://www.icesi.edu.co/esn/contenido/pdfs/c3d-aarrieta-justo_formalismo.pdf]

⁴ Cfr.: Uprimny Yepes, Rodrigo: “La motivación de las sentencias y el papel del juez en el Estado Social y Democrático de Derecho. Santafé de Bogotá, en *Revista Pensamiento Jurídico* número 4, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia. 1995, pp.131 a 138.

En últimas, vale solo reiterar que la decisión de un caso fácil no debe reducirse a un mero trabajo subsuntivo, sino que las razones materiales que sostienen la decisión, también deben ser evidenciadas por el juez, dentro de su decisión⁵.

Ahora bien en los casos difíciles, de otro lado, la argumentación justificativa de la decisión debe ser suficiente y adecuada, por cuanto al juez le resulta imperioso legitimar su fallo ante la comunidad jurídica, más aún – y esto es especialmente importante para el asunto que ahora quiero poner de presente - ante toda la sociedad. Pero por supuesto, las decisiones de esos casos difíciles siempre yacen dentro de la práctica normal del derecho.

Más allá de ellos se encuentran los “casos trágicos”, en los que las decisiones correspondientes yacen, en no pocas ocasiones, dentro de una noción que en la teoría moderna europea ha sido denominada el Derecho de los Jueces: [*Richterrecht*]⁶.

En ese orden de ideas es factible plantear que hay tres niveles de argumentación:

i) Un primer nivel argumentativo, que podría seguirse denominando formal o superficial: Aquel que es predominante en todos los casos fáciles, que por ende son resueltos: o siguiendo decisiones inveteradamente aceptadas⁷, o realizando una mera tarea subsuntiva del caso a una norma legal sobre la que no es necesario, por lo demás, desplegar un profundo análisis⁸.

ii) Un segundo nivel, estaría integrado por el nivel argumentativo interno, también llamado material: Este es el que tiene que ser puesto de manifiesto por el juez, para fortalecer su decisión, [incluso en bs casos fáciles] y que - de alguna manera - prueba el cuidadoso estudio hecho por parte del fallador del caso que se sometió a su consideración, independientemente de la dificultad que comportó el mismo.

⁵ Ibidem. Arrieta menciona por su parte: “Si una sentencia se funda exclusivamente en una sencilla argumentación formal, la fuerza de ésta dependerá, entre otras cosas, de la capacidad de justificar jurídicamente por qué bastaba considerar tales argumentos para resolver el caso. [...] El problema es estar engeguccido o engeguccer, con “cálculos” legales que, supuestamente, aseguren con exactitud y precisión obtener la respuesta correcta de un caso, independientemente de cualquier tipo de consideración material.” ibídem p. 184.

⁶ El concepto es el siguiente: Como “derecho de los jueces” se entienden “los postulados jurídicos que en las altas corporaciones judiciales o en las decisiones de última instancia son aplicados. Sin embargo ellos no están contenidos ni en la legislación, ni en las normas reconocidas por el ordenamiento jurídico, como la costumbre.” Rütters, Bernd: *Rechtstheorie*, München C. H. Beck, 2. Auflage, 2005. p. 132. [La traducción es mía].

⁷ Cfr.: Arrieta, ob.cit. pp. 166 - 168

⁸ Cfr.: Atienza, Manuel: Los límites de la interpretación constitucional, de nuevo sobre los casos trágicos. *Doxa, Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. N° 6, abril 1997
http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06_01.pdf

iii) Por último, podría hablarse de un nivel “nuclear” de la argumentación en el que yace la posibilidad de creación de derecho por parte del juzgador: aquellos casos en los que se materializa el derecho de los jueces⁹.

Sin temor a ser aventurado, propondría de manera sencilla, que casi la totalidad de casos, que se ponen a consideración de los jueces yacen en los niveles uno y dos que han quedado descritos. Solamente algunos pocos asuntos supremamente complejos o los denominados por la literatura “casos trágicos”¹⁰ deben tener un tratamiento que incluso desarrolle el tercer nivel argumentativo.

En efecto, puede plantearse que siempre en los casos trágicos se encuentran - conjuntamente - los tres grados de argumentación: tanto el formal o subsuntivo [aún hoy, se encuentra en discusión el hecho de si siempre es claro que exista una norma para resolver el caso], el material [aquel que tiene que ver con la justificación jurídica del tratamiento del caso, esto es la respuesta a las preguntas, ¿por qué es pertinente hacer esa operación lógica, formal o subsuntiva?] y por último el grado nuclear: [En el que el juez debe retomar una discusión política inacabada, para imponer su criterio, generalmente, en un caso no previsto por el legislador o por el constituyente]¹¹. Desde ese tercer nivel debe el juez resolver estos espacialísimos asuntos, además con buen tino.

Tal vez pocos de los que han desempeñado alguna vez el papel de falladores pondrían en entredicho - en términos generales - el esquema que recién he propuesto. De hecho, pareciera que para quien tiene muchos casos que resolver, en muy poco tiempo, la forma en la que cronológicamente será estructurado el trabajo, [y por ende resueltos los expedientes], depende de esa clasificación de los asuntos. Me atrevería a afirmar que en todos nuestros despachos judiciales se habla coloquialmente “del trámite y del fondo” y podría decirse que dentro del “fondo” se encuentran los casos sencillos, los menos fáciles y los que definitivamente hay que mirar a espacio: ¡con sumo cuidado y detenimiento!

En las altas corporaciones judiciales es mucho más marcado el esquema recién propuesto, pues siempre el superior debe evidenciar no sólo a las partes, sino también al inferior jerárquico, las razones por las cuales una decisión debe darse en un sentido y no en otro. Por lo mismo, es más notoria la frecuente preocupación por la argumentación de la “Corte” o del “Tribunal”. Los falladores de las altas

⁹ En contra de esta categorización puede encontrarse mucha literatura de movimientos como el de “Critical Legal Studies” . Al respecto confrontar, entre otros: Douzinas Costas: Politics, postmodernity and critical legal studies, the legality of the contingent, London, Routledge, 1 edición, 1994.

¹⁰ Atienza se refiere a ellos de la siguiente manera: «[son] aquellos supuestos en relación con los cuales “no cabe encontrar ninguna solución [jurídica] que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico [...]» ibídem p. 14 y 15.

¹¹ Simon, Dieter: La independencia del Juez, Barcelona, Ariel, primera edición 1985. p. 107 - 124

corporaciones, en un gran número de ocasiones se preguntan ¿qué se va a decir? y ¿por qué se va a decir? Esa situación solo refleja la moderación y comedimiento que acompañan a muchos de los magistrados y auxiliares.

La importancia de la previsibilidad judicial vista desde dos casos específicos

Hasta ahora, pareciera que nada nuevo ha sido propuesto. Sin embargo, quiero generar reflexión sobre el hecho de que ese estado de cosas, [esa dinámica de la actividad jurisdiccional] de alguna manera posee otra característica: otra perspectiva desde la cual puede ser abordada y que, de alguna manera, ha sido mantenida, en nuestro país, en un peligroso olvido.

El hecho de que existan esos tres diversos grados argumentativos garantiza, en la generalidad de los casos, la esencia de lo que se denomina judicialmente seguridad jurídica. Podría afirmarse que en cualquier sociedad, los juristas - y por ende sus clientes - pueden [deben poder] “prever” o “avizarar” la decisión judicial, en cada caso.

Son muy pocos los casos en los que ello no ocurre y no vale la pena tener en cuenta aquí aquellas situaciones que obedecen a la equivocada información de una parte o a situaciones que no fueron puestas de presente por los litigantes, pero que a la vera, fueron tenidas en cuenta por el juez.¹²

En efecto, vale cuestionar la certeza de la afirmación según la cual la dificultad de un caso, implica la imprevisibilidad de su fallo. La tesis que pretendo defender aquí es que lo uno, no apareja lo otro. Mejor aún, creo que manipular el concepto de la “dificultad de los casos”, para hacer justificable una decisión en cualquier sentido puede, en no pocas circunstancias, resultar peligroso para la pervivencia del derecho mismo y por supuesto para la sociedad.

Valdría la pena hacer un ejercicio al respecto. Para el efecto me valdré de dos ejemplos típicos de “casos trágicos”. Bueno... trágicos entendidos en un doble sentido: en el sentido propuesto por el profesor Manuel Atienza y que ya fue anotado arriba y trágicos por cuanto definitivamente causarían considerables “tragedias materiales”:

¹² En efecto existen casos en los que de manera “liminar” podría decirse que las decisiones judiciales resultaron imprevisibles. Recuérdense todos aquellos en los que se pidió por ejemplo la resolución de un contrato, que se encontraba viciado de nulidad. Por orden expresa de la ley, el juzgador debió declarar la correspondiente nulidad. Sin embargo, resulta claro que un jurista acucioso habría podido predecir la declaración de nulidad del negocio jurídico correspondiente, si se le hubiera informado sobre los detalles respectivos. Lo propio acontece con las declaraciones de nulidad procesal. Al respecto el principio de congruencia en derecho civil tiene alguna pertinencia. Así mismo, el problema de la conformación de la pretensión [Der Anspruchsaufbau] analizado en detalle por el Profesor Dieter Medicus. Cfr.: Medicus, Dieter: Bürgerliches Recht, München, Carl Heymanns Verlag, 18. Auflage, 1999. pp. 1 – 5.

Adicionalmente voy a suponer a un “lego jurídico” ubicado frente a los dos casos; también lo confrontaré con la normatividad básica que fundamentalmente debería ser utilizada para resolver los casos¹³. Tras la evacuación de cada uno de los niveles de argumentación, ese lego, entre otras cosas, será un “faro” que nos permitirá hacer ciertos análisis a lo largo de la parte conclusiva de este escrito.

Caso 1: Supóngase que el secuestrador de un niño es capturado durante el pago de la extorsión. Sin embargo, durante varios días se niega a decir cual es el paradero de la víctima. Ante la imposibilidad de obtener información, se plantea la siguiente cuestión: ¿sería válido que un operador jurídico ordenara la tortura del secuestrador, para obtener datos sobre la ubicación del niño secuestrado?

Caso 2: Imagine el lector que se expide una ley para la seguridad aérea en la que se autoriza a las fuerzas armadas a derribar cualquier avión, siempre que esté dirigido a atentar contra muchas vidas en tierra¹⁴, independientemente de ocupantes, pasajeros y tripulación. Por supuesto, serían los jueces de un hipotético Tribunal Constitucional quienes deberían pronunciarse sobre la constitucionalidad de esa norma jurídica.

Bien, el ejercicio consiste en lo siguiente: ¿qué presupondría el observador sobre la decisión de cada uno de los casos recién planteados¹⁵? Creo que tanto él, como la comunidad jurídica a la que perteneciese, compartirían la opinión de que los dos casos constituyen verdaderos “casos trágicos”, en el sentido de que un valor jurídico fundamental, siempre ha de salir lesionado¹⁶. Sin embargo, vale la pena ubicar a nuestro observador en los respectivos “sencillos” escenarios jurídicos:

Previamente vale decir que, como ya lo habrá intuido el lector, lo que se presenta en los paradigmáticos casos propuestos es un problema de ponderación entre dos derechos fundamentales de la misma jerarquía; que además, en principio, serían absolutos. En efecto, el “observador intérprete” podría darse cuenta que el primer caso resulta “trágico” en el sentido coloquial del término, porque los derechos fundamentales protegidos son la vida y la integridad física del niño secuestrado, que se contraponen a la dignidad e integridad humana del secuestrador; y que deberían, eventualmente, ser afectadas por la eventual decisión de torturar que podría tomar el operador jurídico respectivo.

¹³ Ese observador, deberá pertenecer a una comunidad jurídica democrática y constitucional que reconoce expresamente los derechos fundamentales, como base del ordenamiento jurídico.

¹⁴ Después del catastrófico “11 de septiembre” se presentó una creciente preocupación, sobre todo en el primer mundo, por regular ese tipo de situaciones, como es de todos conocido.

¹⁵ El lector por supuesto puede -frente al “observador - faro”- también realizar sus propios pronósticos.

¹⁶ Cfr. Atienza. *Ibidem*.

De otro lado, en el segundo caso se contraponen el derecho fundamental a la vida de la población en tierra que podría ser atacada [con el avión comercial secuestrado con esa finalidad], a la vida de los pasajeros y de la tripulación del avión.

Los dos primeros niveles de argumentación

Como se tiene por sabido, los derechos fundamentales constituyen esencialmente - antes de cualquier otra acepción - barreras puestas a favor de los particulares y en contra de todo abuso del poder estatal. Así mismo el respeto a la vida y a la dignidad humana son principios que siempre deben ser cumplidos por el Estado¹⁷.

La dignidad humana es un supuesto del que parten, por ejemplo, tanto la Ley Fundamental alemana¹⁸, como la Constitución de la República de Colombia¹⁹. En general todas las constituciones modernas proclaman la intangibilidad [imposibilidad de afectación] de la vida humana. El derecho a la vida y a la integridad física están directamente relacionados con la dignidad humana. Por ende, el Estado nunca puede atentar contra la vida de los ciudadanos.

A esos iniciales corolarios debería llegar sin mayores dificultades nuestro razonable observador.

El razonamiento de nuestro participante - faro, para superar el primer nivel de argumentación, debería comenzar con la simple subsunción del asunto en las normas constitucionales puestas de presente y según las cuales la vida humana es inviolable, por cuanto existe una conexión absoluta con la dignidad humana, así:

Nadie será sometido a torturas [ninguna persona²⁰]²¹

El secuestrador es una persona.

¹⁷ Expresa, por ejemplo nuestra Constitución: "ARTICULO 11. El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte. ARTICULO 12. Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes."

¹⁸ Su consagración se hace ya en el artículo 1 de la misma Ley Fundamental de Bonn de 1949 "Artículo 1 [protección de la dignidad humana] (1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público." Confrontar también la frase segunda del inciso primero del artículo 104 de la Ley fundamental.

¹⁹ La única razón para tener como marco normativo a estos dos sistemas jurídicos, radica en mi cercanía académica a cada uno de ellos. Sin embargo, el ejercicio podría hacerse con cualquier normatividad. Al respecto invito a leer el siguiente artículo: http://www.djs.org.co/publicaciones/columnasAlLEN.php?pub_id=196&aut_id=8

²⁰ Para ejemplificar el tratamiento con otra normatividad, vale citar: Preceptúa la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales del 4 de Noviembre de 1950 en su artículo tercero: Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

²¹ La parte entre corchetes es una de las denominadas normas implícitas. Cfr. Hernández Marín, Rafael: Introducción a la teoría de la norma jurídica. Barcelona, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A., 1988.

Ergo

El secuestrador no puede ser sometido a torturas.

En el segundo caso:

Toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física. [frase primera del apartado 2 del artículo 2 de la Ley Fundamental alemana]²²

Los ajenos ocupantes del avión respectivo son personas.

Ergo

Las personas del avión tienen derecho a la vida.

En las dos subsunciones, el “observador – faro” podrá ser consciente de que las decisiones así adoptadas son jurídicas, aun a pesar de las graves consecuencias que pueden acarrear. Para él también podría resultar claro que el derecho es una construcción lógica, en la que el principal artífice y realizador es el Estado mismo²³; por ende, no puede torturar y mucho menos atentar contra la vida de ningún particular. Adelante me referiré puntualmente a la eventual subsunción contraria.

Si la vida y la dignidad humana son inviolables, entonces, en ninguno de los dos casos podría jurídicamente permitirse o la tortura del secuestrador o la autorización de abrir fuego contra un avión comercial en vuelo.

En el segundo nivel argumentativo podría analizarse si la subsunción hecha es correcta y si la aplicabilidad estricta de esa normatividad constitucional, simplemente es adecuada, o si trae más desventajas que ventajas.

En efecto, recuérdese que la policía puede en casos extremos abrir fuego contra un delincuente y ese acto es plenamente jurídico y constitucional²⁴. Existen normas

²² Así mismo, la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales del 4 de Noviembre de 1950 en su artículo segundo, dispone: “Derecho a la vida. 1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. [...]”

²³ Artículo 1 de la Ley Fundamental Alemana *ibídem*. Así mismo el inciso segundo del artículo 2 de la Constitución Colombiana: “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, [...]”.

²⁴ Verbigracia, el inciso segundo del artículo 54 del Código de Policía del Estado Federado de Baden Württemberg [Alemania] preceptúa que: “Un disparo, que probablemente será letal, es legal, en caso que represente la única medida de defensa contra un peligro actual o inminente de la vida o de la integridad corporal.” [la traducción es mía] Esta norma consagra así, el llamado “disparo de salvación policial”

como la que autoriza la legítima defensa²⁵ o la justificación de la agresión de la fuerza pública²⁶ contra un delincuente.

Entonces quizá el observador debería optar por sucumbir frente a las circunstancias descritas y - procurando la “menor afectación posible” de derechos en los casos descritos - podría autorizar la tortura del secuestrador y el derribo del avión, considerando que esas posibilidades son necesarias por las circunstancias de cada caso. A fin de cuentas, los derechos tanto del niño y de la población en tierra también están siendo gravemente amenazados.

En ese orden de ideas, si se acepta el “homicidio estatal” de una persona en determinados casos, como los descritos en las normas policivas o penales puestas de presente, ¿por qué no aceptar la tortura? De igual forma, si los pasajeros del avión terminarán en todo caso muertos ¿por qué no sacrificarlos sólo a ellos y evitar mayores daños? Ese mínimo daño, puede además evitar otros perjuicios mayores.

Sin embargo, ya serían oponibles varias objeciones a estos últimos razonamientos de nuestro observador: ¿Cuáles serían en el primer evento, por ejemplo, los límites de la tortura? Más grave aún, si el secuestrador se resiste ¿cómo debe ser delimitada jurídicamente la decisión de torturar?

Así, entre la divergencia de normas constitucionales supremas y normas legales, se plantea la cuestión atinente a ¿cuáles de ellas deben prevalecer? La respuesta no debe resultar complicada para nuestro lego observador.

Además, dentro del ejercicio podría argumentarse, entre muchas otras cosas: si se abre una puerta para eventuales violaciones de los derechos fundamentales por parte del Estado ¿será que se corre algún peligro? ¿qué pasaría si el capturado en el

²⁵ Cfr. art. 32 Ley 599 de 2000: «Artículo 32. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

[...]

6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas.»

²⁶ En Colombia, los artículos 34 y 35 de la Ley 522 de 2000 [Código Penal Militar], a su vez, consagran la eventual justificación y exculpación de una agresión de los miembros de la fuerza pública, contra un delincuente así:

Artículo 34. Causales de justificación. El hecho se justifica:

[...]

4. Cuando se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas, cualquiera sea el daño que se le ocasione.

5. Cuando se actúa por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

secuestro es un tercero que no tiene nada que ver con la comisión del delito? sino que -según él mismo lo afirma- sólo fue coaccionado por los verdaderos secuestradores o ¿cómo se modificaría el razonamiento del observador si él o uno de sus familiares se encuentran dentro del hipotético avión a derribar? Infinitas hipótesis más serian pues imaginables.

Es necesario entonces poner de presente ahora el hecho de que existe una divergencia argumental en los casos propuestos. El respeto de la dignidad humana no se ve roto en los eventos de la legítima defensa o en el del “disparo de salvación policial” entendida la primera, principalmente, como la libre autodeterminación de la persona. En efecto, al torturar al secuestrador, además de que se violaría expresamente una norma constitucional que lo prohíbe, se desconocería la autodeterminación de la persona que ya no podría decidir libremente, sino de acuerdo a las exigencias impuestas por su verdugo²⁷.

Ahora bien, en el caso de que se decidiera derribar la aeronave secuestrada para dañar, bajo el argumento de la limitación del daño a un mínimo; podría estarse ante un evento que pervertiría la noción de dignidad individual de la persona. El valor ínsito de la vida de los pasajeros y de la integridad física de cualquier persona es esencial para el derecho. Podría decirse entonces que el faro optaría, en últimas, por las decisiones según las cuales 1.- no se puede torturar al secuestrador y 2.- no se puede derribar el avión. A esa única posible decisión jurídica y previsible debería por lo menos arribar nuestro observador.

El núcleo argumental

Puede que quizás el lector arribe a esta parte del texto con una gran expectativa, pero ante el hecho de que ya he dado, al comenzar esta corta reflexión, la noción de lo que entiendo por “núcleo de la argumentación”, me limitaré a decir que los dos casos son de la vida real.

En el primero un jefe de la policía alemana amenazó a un secuestrador con torturarlo y obtuvo por ese medio información de que, antes de recibir el dinero de la extorsión, el mismo secuestrador había asesinado al niño y lo había enterrado en el bosque.²⁸ Por supuesto, tanto el jefe de la policía como el subalterno que

²⁷ La literatura sobre la aceptación de la tortura dentro del Estado de Derecho ha aumentado considerablemente en los últimos tiempos. Entre otros, pueden ser consultados: Reemtsma, Jan Philipp: Folter im Rechtsstaat? [Tortura en el Estado de derecho?], Hamburg, Hamburger Edition, 1. Auflage, 2005. La reciente y desafortunada propuesta del actual gobierno americano a ese respecto, ha puesto nuevamente sobre el tapete la discusión.

²⁸ El asunto causo gran revuelo nacional: [<http://www.zeit.de/2005/28/gerichtshof>], Gäfgen, Magnus : Allein mit Gott – Der Weg zurück. Atlantic-Millennium-Press, 1. Auflage, Bendorf 2005, Gau, Patrick J.: Die rechtswidrige Beweiserhebung nach § 136 a StPO als Verfahrenshindernis, Tenea, Berlin, 2006, Lochte, Adrienne: Sie werden dich nicht finden. Der Fall Jakob von Metzler. Droemer/Knaur 2004

comunicó la amenaza tuvieron que asumir las consecuencias penales por el acto de haber “amenazado de tortura” al secuestrador²⁹.

De otro lado, la sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley de Seguridad Aérea Alemana, declaró contrario al texto el parágrafo 14 que autorizaba a abrir fuego en contra de un avión comercial en vuelo, en caso de que se comunicase una amenaza desde su interior. Al respecto se acotó que la dignidad humana es inviolable, y – tras la aplicación del principio de proporcionalidad – expuso el Tribunal que una norma así era abiertamente inconstitucional³⁰.

Bien, si ante la verdadera “tragedia” de los eventos que representan estos casos³¹, resultó en términos generales predecible, desde una primera instancia argumentativa su decisión, podría plantearse que, en general, la concordancia entre los niveles de argumentación uno y tres, sería una verificación que de alguna manera, garantiza un mínimo de seguridad jurídica en todos los casos trágicos, que si bien no es absoluta - pues en muy precisos casos puede y debe ceder ante la justicia³² - sí comporta, una adecuada construcción de la juridicidad de todas las sociedades: torturar es antijurídico. Matar – máxime cuando lo hace el Estado- siempre resultará antijurídico³³.

²⁹ Preceptúa a ese respecto el artículo 104 de la Ley Fundamental alemana: Artículo 104 [Garantías jurídicas en caso de privación de la libertad]

(1) La libertad de la persona podrá ser restringida únicamente en virtud de una ley formal y sólo respetando las formas prescriptas en la misma. Las personas detenidas no podrán ser maltratadas ni psíquica ni físicamente.

³⁰ En síntesis, la Corte constitucional debía decidir si la norma que autorizaba a abrir fuego a discreción en contra del avión en vuelo, infringía o no La Carta. Concretamente el derecho fundamental a la vida de los pasajeros inocentes.

El Tribunal Constitucional Federal Aleman manifestó que tal disposición infringía por supuesto el Texto de la Ley Fundamental. El Tribunal Constitucional Federal expresó sus dudas sobre si la medida era verdaderamente necesaria, sobre la base de la elevada inseguridad del pronóstico fáctico: esto es que el avión podía o no ser utilizado como un medio terrorista. Así mismo, se expresó que una estimación de la situación y una elección de medios menos trágicos y también exitosos, no podían ser efectivamente posibles. En todo caso, consideró que existe una incompatibilidad material entre la norma sometida a estudio, entendida como poder de afectación jurídica que permite abrir fuego en contra de personas inocentes, con el artículo segundo, frase segunda de la Constitución, y directamente en su relación con el contenido de la dignidad humana, preceptuada en el inciso primero del artículo primero también de la Ley Fundamental.

El Tribunal por último subrayó que la autorización de abrir fuego era una denegación clara del respeto por los derechos fundamentales. Sentencia de 15. de febrero de 2006, con el número de referencia 1 BvR 357/05. [La traducción es mía.]

³¹ Agradezco a este respecto a los estudiantes Jan Wolters y Teresa Tahlhammer de la Universidad de Konstanz, quienes con sus respectivas investigaciones sobre cada uno de los temas - aquí tocados como ejemplos - me brindaron un par de elementos para la propuesta del artículo.

³² Cfr., Rùthers. Ob.cit.

³³ La previsibilidad de las decisiones jurisdiccionales, ha sido abordada desde diversas ópticas, pero por supuesto la que resulta aquí interesante, es aquella que se deriva de la argumentación. Por razones de espacio y de precisión, no me extendí en esas consideraciones, pero pueden ser consultados entre otros Calabresi y Barak. Así mismo Posner y todo el movimiento que ha sido denominado CLS [Critical Legal Studies]. Barak al referirse a alguna de las clasificaciones que hace sobre la dificultad de los casos, expone que incluso en los casos difíciles, cualquier jurista versado, que pertenezca a una determinada comunidad jurídica puede avizorar la única solución jurídica que es pertinente para un caso. De manera que si el juez falla en cualquier otro sentido, la única reacción que podría tener la comunidad, sería que el juez ha cometido un error. El autor considera que no existe en realidad ninguna clase de discrecionalidad judicial. Sin embargo, evidencia con argumentos bastante interesantes, cómo la lógica argumentativa, puede conducir a crear seguridad jurídica.

Podría decirse *grosso modo* que nuestro lego observador puede verificar la concordancia entre los niveles uno y dos sin mayores dificultades, esto es, que al evidenciar posibles contradicciones entre la Constitución y la ley, podrá “intuir” cuando la limitación de un derecho fundamental resulta o no admisible, y por ende cuando es o no adecuada una determinada argumentación, que a su turno justifique una decisión judicial.

Ahora bien, podría sostenerse igualmente que si incluso en los casos trágicos hay un nivel de previsibilidad, *a fortiori* debe haberlo en los casos difíciles y más aún en los casos fáciles. Dicho en otros términos: si el “observador faro” quisiera justificar una decisión diversa, debería poder evidenciar que esa decisión es jurídica y que evidentemente “puede” o “debe” ser tomada por un juez.

Lo anterior implica que siempre haya un margen decisional que también “siempre” debe ser respetado. Ahora bien, considero que lo anterior comporta que la teoría de la dificultad judicial, no es argumento suficiente para justificar la posibilidad de decidir en cualquier sentido, ante la presencia de textos jurídicos claros³⁴.

Para recordar figurativamente a Kelsen valdría decir que la pirámide puede ser vista desde adentro o desde afuera, por propios y extraños, desde cualquiera de sus vértices o de sus lados - aún incluso desde su cúpula - y aunque resulta imposible verla toda íntegra en un único momento, cualquiera que haga el ejercicio debe poder visualizarla parcialmente: abstraerla, debe poder saber dónde termina: cuáles son sus confines. La jurisprudencia juega un papel decisivo dentro de la dinámica validez e integridad del sistema jurídico en un Estado democrático “de derecho”³⁵.

En general, el ejercicio precedente nos permite afirmar que con una adecuada información jurídica, cualquier persona [más que un jurista versado, como se ha sostenido]³⁶, debe poder predecir la decisión de cualquier juez sobre cualquier asunto³⁷. De hecho, esa eventualidad hace parte de una cadena de legitimación

³⁴ Al respecto ver Atienza: ob.cit., la garantía de ciertos derechos a los padres ilegítimos que otorga la enmienda catorce, la exclusión de la sodomía de la libertad sexual, los deberes de cuidado del posadero, para con quien sufrió daños por causa de otro cliente borracho, la imposibilidad de exigir los contratos de maternidad subrogada, como consecuencia de la existencia de una ley contra la venta de niños, los repartos de bienes escasos que implican dolor o sufrimiento e incluso la muerte, solo por nombrar algunos, son casos que -por doloroso que parezca- pueden [y deben] hallar una solución válida y única dentro del sistema jurídico.

³⁵ “La jurisprudencia juega una función conclusiva para el Estado de derecho, pero sirve también para la realización del principio democrático, porque la representación del pueblo – su voluntad - regularmente en forma de leyes la vinculan. La observancia de esas leyes por parte del aparato jurisdiccional creará situaciones jurídicas seguras. Ekkehart, Stein y Frank, Götz: Staatsrecht, Tübingen, Mohr Siebeck, p.135. [La traducción es mía.]

³⁶ Cfr. Barak, ibidem.

³⁷ “Ahora bien, la función del juez ha de limitarse a pronunciar sólo aquello que, de acuerdo con lo que en relación a la ley haya podido reflexionar sobre el caso en cuestión, resulte como consecuencia lógica y necesaria. Exigir del juez que

democrática, entendida en el sentido de que la voluntad general no puede volverse - en determinado momento - arbitraria. En otras palabras, se debería poder partir del siguiente presupuesto: si el juez debe aplicar la ley - que es constitucional - y la constitución la expidió el constituyente, que - valga decirlo - estuvo conformado por representantes de la sociedad civil, es claro que debe guardarse, siempre necesariamente, “cierta coherencia” entre la coherencia jurídica de ese lego – faro [primer eslabón de la cadena] y cualquier decisión judicial [último eslabón de la misma] .

Múltiples objeciones serían oponibles a esas afirmaciones desde diferentes ángulos de la teoría jurídica contemporánea. Mas allá de ello, desde la misma consagración de los métodos de interpretación cabría hacer múltiples precisiones³⁸. Por ejemplo, el método histórico, cobra suma trascendencia a este respecto si no se olvida que una única norma ha de regular situaciones nuevas – precisamente insospechadas para el legislador – para el momento en que redactó la ley. La textura abierta de muchas normas constitucionales y el entendimiento del derecho como un sistema flexible de razonamiento, podrían aquí explayar toda su grandilocuencia. Sin embargo, lo cierto es que siempre existe un consenso decisonal en cada época sobre determinados asuntos [los casos fáciles], mientras que en otros la razonabilidad del fallador es atendida o desatendida [los casos difíciles, que a fuerza de discusiones, inveteradamente se tornan en unívocos³⁹]. Y por último, en muy reducidos asuntos, la adecuación de la construcción de la decisión puede ser analizada y acogida o rechazada [los casos trágicos]⁴⁰.

Puesto en otros términos, valdría decir que siempre hay una solución jurídica correcta, otra cosa es que se quiera buscar una decisión satisfactoria para todo mundo, como válidamente lo plantea alguna parte de la teoría crítica jurídica. El núcleo esencial de los derechos fundamentales es la única gama de derechos que nunca puede ser afectado dentro de la construcción jurídica conceptual.

se pronuncia de otro modo significaría algo así como que no deba ser juez. Esto iría contra el principio de contradicción y sería, por tanto, irrazonable y erróneo. Cita de Minnegerode en Simon, Dieter.: ob.cit. p. 7

³⁸ Cfr.: art. 25 y ss. del Código Civil.

³⁹ Al efecto la T – 701 de 2004, sobre la recta interpretación de la Ley 546 sobre UPAC, constituye un buen ejemplo de evidenciación de errores judiciales previos, que son unificados por criterios posteriores emanados de los vértices de las jurisdicciones.

⁴⁰ La misma existencia de las sentencias de unificación al interior de nuestra Corte Constitucional tiene que ver con ello. Al respecto vale recordar - para poner un ejemplo práctico – los casos de hermafroditismo que han sido sometidos, a través del mecanismo de la tutela, a conocimiento de nuestro Vértice constitucional. Como más importantes pueden citarse, la Sentencia SU-337/99 de 12 de mayo de 1999, la sentencia T – 551/99 de 2 de agosto de 1999, la T- 692/99 de 16 de septiembre de 1999 y la T – 1025/02 de 27 de noviembre de 2002, que constituyen fundamentalmente la línea jurisprudencial atinente al tema. Como puede verse en cada una de esas mismas decisiones el asunto ha sido estudiado adecuadamente, sin embargo, y no es para menos, ha tenido decisiones encontradas.

La existencia de los casos jurídicamente trágicos goza de un “abordamiento positivo” por parte de la economía, de la política⁴¹ o de la filosofía⁴², incluso lo propio acontece desde la Teoría jurídica. Pero lo cierto es que desde esas perspectivas no se puede justificar cualquier clase de decisión. Las evidentes contradicciones internas del sistema jurídico deben poder hallar siempre una solución plausible⁴³, además de “aceptable” para la sociedad. Podría objetarse adicionalmente, de manera válida, que dentro de la argumentación jurídica resultan pertinentes razonamientos de otro tipo, tales como: ¿cuáles son las ventajas y las desventajas económicas o sociales de optar por una u otra posibilidad? ¿cuál es la incidencia de factores sociales o económicos, incluso políticos? Por supuesto que esos interrogantes resultan admisibles e incluso necesarios dentro de la argumentación judicial, pero ellos continúan siendo criterios adicionales y complementarios de la tarea del juez⁴⁴.

Muy probablemente en nuestros casos alguien deberá tomar la decisión de torturar a otro y/o de abrir fuego en contra de avión comercial indefenso, pero esas decisiones no son jurídicas, por supuesto. Esa persona estará obrando por fuera del derecho y consecuentemente deberá asumir las consecuencias de sus actos antijurídicos. Si ello no fuera así, toda la construcción jurídica sería además de totalmente falaz, innecesaria. Quizás ello evidencia el hecho de que la dificultad de un caso no comporta su imprevisibilidad. Eventualmente puede darse que una decisión judicial sea tachada de injusta, pero siempre, por encima de cualquier otra consideración, nunca debe ser tachada de haber desconocido el derecho.

Esas decisiones tanto del Juez penal, como del Tribunal Constitucional Alemán deberían en principio resultar previsibles de manera plausible⁴⁵, desde el escenario jurídico en el que se ubicó a nuestro hipotético observador y de hecho puede haber ocurrido lo propio con el lector⁴⁶. Esto es, que la imposibilidad de torturar o

⁴¹ Rüthers, B.: ob. Cit. Capítulo 14 sobre Clase y derecho. Klasse und Recht

⁴² Cfr. Atienza. ob. Cit.: Donde se dice: “Los filósofos -o algunos filósofos- parecen bastante más dispuestos a reconocer la existencia de casos (judiciales) trágicos. O al menos, esta es la actitud que puede encontrarse en dos obras recientes de Javier Muguerza y de Paul Ricoeur. A los dos, y seguramente por razones no muy distintas, la perspectiva de que existan casos trágicos en el sentido en que los venimos definiendo les produce más alivio que inquietud.”p.18.

⁴³ Son muchos los textos que reflejan la preocupación de la opinión pública sobre el tema. Múltiples juristas han sido convocados a dar su posición sobre los límites entre la seguridad de la sociedad y la libertad del sujeto. Entre otros muchos ejemplos, puede verse la entrevista hecha por el periódico Die Zeit a Dieter Grimm, uno de los más importantes ex - magistrados del Tribunal Constitucional Federal Aleman y Profesor de Derecho Constitucional, en la que además se refiere a los dos casos tratados en este escrito: La seguridad aérea y la prohibición de la tortura: <http://www.zeit.de/2006/34/Interview-Grimm-neu>.

⁴⁴ Encuentra total validez lo que ya hace dos siglos pregonaba Minnigerode, en una cita que de él hace Simon y que se ha vuelto la favorita de muchos o la más aborrecida de otros: “El hombre se somete al Estado, sufriendo toda clase de sacrificios y limitaciones, para hacer prevalecer el derecho. Por ello, es natural que considere a la justicia como su bastión más seguro y esté dispuesto a soportar con paciencia y firmeza toda clase de incomodidades derivadas del orden del Estado, con tal de no perder dicha seguridad.” Simon, Dieter: ob.cit. p. 5.

⁴⁵ BVerfGE, 34, 269 (287): “La decisión judicial debe basarse en una argumentación racional.”

⁴⁶ Defender, o fingir que cualquier otra decisión es previsible, puede resultar plausible desde otras perspectivas, pero sin lugar a dudas, externas a lo jurídico.

asesinar a cualquier persona son “reflejos cognitivos” - por llamarlos de alguna manera - de cualquier sujeto perteneciente a un Estado de Derecho, en el que estén proscritos constitucionalmente esos actos.

¿Qué papel juega un juez que falla de manera totalmente imprevisible? Podría decirse que eventualmente ese juez está desconociendo el derecho. Se deslegitima totalmente frente a la sociedad a la que pertenece y a la que - valga recordarlo - le debe un alto grado de coherencia decisional y democrática. Adicionalmente si actúa de manera imprevisible puede generar una crisis social supremamente grave. Se constituye además en el peor enemigo de la sociedad, pues atenta, de la manera más peligrosa, contra la paz jurídica que se le encomendó.

Resulta claro que el juez ha dejado de ser simplemente un aplicador jurídico, pero no se debe olvidar que principalmente esa es su labor. Allí reside el núcleo de su actividad, podría decirse que el juez es la última cadena de una legitimación jurídica - constitucional.

Ahora bien, en momentos en los que la inestabilidad política genera graves crisis en la sociedad, los jueces son una barrera esencial de los abusos del Estado que no puede a voluntad abandonar su vocación jurídica, bajo la excusa de solucionar los problemas. Vale recordar que el nacionalsocialismo prometió el pleno empleo, la riqueza de la nación y la supremacía del pueblo alemán, pero abandonó su vocación jurídica, para procurarse esos objetivos⁴⁷.

Ante todo lo anterior, vale decir que la Corte Constitucional, quizás cada juez, es [debería ser] un “polo a tierra”, un garante de la estabilidad jurídica de cualquier sistema democrático. Si es notorio el abandono de los criterios jurídicos en las decisiones o abiertamente se ve que los jueces han dado la espalda a los mismos, se corre el peligro de sucumbir ante una grave crisis.

La idea de independencia judicial tiene muchas connotaciones⁴⁸, pero la primera y más importante es la independencia con respecto al ejecutivo⁴⁹. Esperemos que la Corte Constitucional pueda ser un contrapeso democrático adecuado para un ejecutivo y un parlamento que, poco a poco, deben entender que sus labores tienen que acomodarse a la Constitución, y no para los cuales el Texto debe ser reacomodado paulatinamente. Argüir en este mismo contexto la dificultad de los asuntos judiciales para promover una decisión en cualquier sentido, es una actitud reprochable y desafortunada.

⁴⁷ Cfr.:Rüthers, ob.cit.: Capítulo 16. Raza y derecho: Teorías Jurídicas durante el nacionalsocialismo.

⁴⁸ Simon, Dieter: ibid. pp. 3 - 13.

⁴⁹ Ibid. pp. 8 y 9.