

# El sentido de justicia y el juez: cómo y por qué deciden como deciden

MARCELO CAMPOS GALUPPO<sup>(1)</sup>



**Palabras clave:** decisión judicial - interpretación de la ley - moral - derecho.

Al contrario de lo que generalmente se piensa, no es fácil resolver el problema de las lagunas en el derecho. En los últimos cien años, el positivismo jurídico desarrolló adecuadamente procesos metodológicos para se decidir **cómo** colmatar las lagunas. Entretanto, ello no fue capaz de determinar procesos metodológicos para decidir **si** existe una laguna o, al contrario, una permisión implícita. Pero antes de decidir cómo se debe colmatarlas (determinando, por ejemplo, a qué regla positivada el caso debe ser subsumido), se debe decidir si hay una laguna, porque todo ordenamiento jurídico presupone la existencia de dos normas de cerramiento sistémico que, cuando aplicadas, llevan a dos soluciones antinómicas: la norma general inclusiva y la norma general exclusiva.<sup>(2)</sup> Si aplicamos la norma general inclusiva, el resultado es que la conducta no regulada por una norma expresa de derecho positivado es subsumida (analógicamente, por ejemplo) en una norma particular de derecho positivado. Si aplicamos la norma general exclusiva,

---

(1) Doctor en filosofía del derecho por la Universidade Federal de Minas Gerais. Profesor, Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais y Universidad Federal de Minas Gerais. *Visiting professor* de la *School of Law, University of Baltimore*. Presidente de la *Associação Brasileira de Filosofia do Direito e Sociologia do Direito - ABRAFI*. *Bolsista PPM da FAPEMIG*.

(2) BOBBIO, NORBERTO, *Teoria Generale del Diritto*, Torino, G. Giappichelli, 1993, p. 254 y ss.

el resultado es que la conducta es considerada permitida, por no ser expresamente prohibida u obligatoria, y por lo tanto se dice no haber lagunas. Aplicamos la norma general inclusiva cuando acreditamos haber una laguna, y la norma general exclusiva cuando acreditamos no haber ninguna laguna en el caso. En Brasil, para justificar la decisión de la aplicación de la norma general inclusiva, invocamos retóricamente el art. 4º de la Ley de Introducción al Código Civil (decreto-ley 4657/1942), que prescribe: "Cuando la ley sea omisa, el juez decidirá el caso según la analogía, las costumbres y los principios generales del derecho", mientras, para justificar la decisión de la aplicación de la norma general exclusiva, invocamos retóricamente el apartado II del art. 5º de la Constitución Federal, que dice: "Nadie será obligado a hacer o a no hacer alguna cosa sino en virtud de ley".

Para elegir entre ambas opciones, es necesario decidir si la omisión del legislador (o mismo del constituyente) fue intencional o no intencional. En el primer caso, quiso excluir la situación de la regulación prevista por la norma positiva, mientras, en el segundo, le gustaría tener incluido el caso en la regulación creada por la norma, pero dejó de hacerlo por alguna razón. El problema es que no hay un meta-criterio estrictamente jurídico para decidir si en el caso hay o no una laguna. La decisión dice respecto solamente al sentido de justicia del magistrado.<sup>(3)</sup>

Por eso, autores como Kelsen dejan fuera del campo de la ciencia del derecho el problema de la decisión judicial acerca de la elección de la norma a aplicar al caso. Como Kelsen dijo en la *Teoría pura del derecho*,

... de un punto de vista orientado hacia el derecho positivado, no existe cualquier criterio con base en el cual una de las posibilidades inscritas en la moldura del derecho que debe ser aplicado sea preferible a cualquier otra (...) La cuestión de saber cuál es la correcta, de entre todas las posibilidades que se presentan en los cuadros del derecho a aplicar no es siquiera (...) una cuestión de conocimiento de lo derecho positivado, no es un problema de la Teoría del Derecho, pero un problema de política del derecho.<sup>(4)</sup>

---

(3) BOBBIO, NORBERTO, *Teoría Generale...*, op. cit., p. 254

(4) KELSEN, HANS, *Teoría pura do Direito*, 6ª ed, São Paulo, Martins Fontes, 1998, pp. 391/399.

Esa dificultad repercute directamente en la actividad judicial. Véase, por ejemplo, la argumentación contenida en los votos de los ministros del Supremo Tribunal Federal de Brasil en la decisión *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277* (en adelante, *ADIN 4277*)<sup>(5)</sup> sobre la extensión de la protección a las uniones conyugales no maritales a las uniones homoafectivas.

La Constitución brasileña dice en la fracción 3° de su art. 226: “Para efectos de la protección por el Estado, la unión conyugal no marital entre el hombre y la mujer es reconocida como Entidad familiar, debiendo la ley facilitar su conversión en matrimonio”. No obstante, el ministro Ayres Britto dijo en su voto, invocando la existencia de una omisión intencional, y, por lo tanto, la existencia de una norma permisiva que excluye la laguna, que:

En cuanto al uso concreto de lo sexo en las tres funciones referidas de estimulación erótica, conjunción carnal y reproducción biológica, la Constitución brasileña hace un silencio intencional. Lo que ya es un modo de actuar mediante la invocación de la norma general negativa kelseniana, según la cual todo lo que no es jurídicamente prohibido u obligatorio queda jurídicamente permitido (regla de clausura o de cierre hermético del Derecho, que nuestra Constitución decidió positivar en el apartado II de su art. 5°, debajo de la altisonante fórmula verbal de que nadie será obligado a hacer o a no hacer alguna cosa, sino en virtud de ley, y que me parece consagrar lo que se podría llamar de derecho de no tener deber.<sup>(6)</sup>

No obstante, en el mismo fallo, los ministros Roberto Lewandowsky y Gilmar Mendes argumentaron exactamente en el sentido de que existe una laguna en este caso. Gilmar Mendes, por ejemplo, dijo:

En este sentido, a diferencia de lo que dijo el Ministro Relator Ayres Britto —al fijar que no habría laguna y que se trataría de un tipo de interpretación que supera la literalidad del dispuesto en el art. 226 de la Constitución, concluyendo por la paridad de las situaciones jurídicas—, evidenció el problema de la constatación

(5) En Brasil se utilizan dos sistemas de control de constitucionalidad: el directo, con efectos *erga omnes*, inspirado en el sistema de control austríaco, y el difuso, ejercido por todos los jueces y con efectos *inter partes*. En el caso de la Constitución Federal, el control es concentrado en el Supremo Tribunal Federal y se hace por medio de la *Ação direta de Inconstitucionalidade* o de la *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*.

(6) SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL, *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277*, p. 634.

de una laguna valorativa o axiológica en relación a un sistema de protección de la unión homoafectiva que, de cierta manera, exige una solución provisional de esta Corte, a partir de la aplicación, por ejemplo, del dispositivo que trata de la unión conyugal no marital entre hombre y mujer en lo que sea aplicable.<sup>(7)</sup>

Por su parte, el ministro Lewandowsky afirmó que la laguna existente debería recibir una solución negativa, por la aplicación de la norma general exclusiva, y no por la aplicación de la norma general inclusiva, como lo defendía Mendes. Al analizar si acaso sería posible una interpretación extensiva de la norma de la referida fracción 3ª del art. 226 de la Constitución Federal, Lewandowsky recusa la aplicación de la norma general inclusiva:

No es posible clasificar la unión entre personas del mismo sexo en ninguna de esas especies de familia, sea en aquella constituida por matrimonio, sea en aquella establecida a partir de la unión conyugal no marital entre un hombre y una mujer, sea, todavía, en la familia monoparental (...) formada por cualquiera de los padres y sus descendientes.<sup>(8)</sup>

Como uno puede ver, la existencia de una laguna en el derecho no es también una cuestión sencilla incluso para la jurisprudencia, como no lo es para la doctrina. Como ya dije, a razón de esta dificultad es que el positivismo jurídico clásico no logró presentar una teoría de la decisión jurídica, en especial de la decisión judicial, para allá de la teoría del conocimiento jurídico que proveyó.

No obstante, se ha producido un intento de elaborar una teoría de la decisión jurídica en los últimos años, en especial de la decisión judicial, como, por ejemplo, en los trabajos de Douglas Price<sup>(9)</sup> y Lorenzetti<sup>(10)</sup> en Argentina.

La construcción de una teoría de la decisión judicial exigiría una investigación de las razones explicativas, y no solamente de las razones justificadoras, como lo privilegió la historia del positivismo. Un punto de partida muy fructífero hacia la construcción de una teoría de la decisión judicial sería, por lo tanto, la distinción que se estableció entre razones explicativas

---

(7) SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL, *Ação Direta...*, fallo cit., pp. 802/52.

(8) SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL, *Ação Direta...*, fallo cit., pp. 711/714.

(9) DOUGLAS PRICE, JORGE E., *La decisión judicial*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2012.

(10) LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Teoría da decisão judicial: Fundamentos de direito*, São Paulo, RT, 2010.

y razones justificadoras. Según Atienza, decir que el juez tomó esa decisión debido a sus firmes creencias religiosas significa enunciar una razón explicativa; decir que la decisión del juez se basó en determinada interpretación del artículo 15 de la Constitución significa enunciar una razón justificadora. Los órganos jurisdiccionales y administrativos no tienen, por lo general, que explicar sus decisiones; tienen que justificarlas.<sup>(11)</sup> Esta distinción remonta a Carlos Santiago Nino, para quien:

... las razones explicativas se identifican con los motivos. Ellas son constituidas por estados mentales que son antecedentes causales de ciertas acciones. El caso central de razón explicativa o motivo es dado por la combinación de creencias y deseos (...) Las razones justificadoras u objetivas no sirven para comprender por qué se realizó una acción o eventualmente para prever la ejecución de una acción, pero para evaluarla, para determinar si fue buena o mala de puntos de vista distintos.<sup>(12)(13)</sup>

Pero eso implica que la decisión del juez envuelve elementos que no son exclusivamente jurídicos, como los valores, las ideologías en el sentido de justicia, que, quizás, no sirven para justificar el derecho en la modernidad, pero sirven para explicar su funcionamiento por medio de la actividad judicial.

Si poseyéramos una teoría de la decisión judicial desarrollada que fuera capaz de comprender por qué el juez se decide por esta y no por aquella interpretación, podríamos incluso alejar la idea de discrecionalidad de la decisión judicial, presupuesta por el positivismo jurídico para realizar el cierre estructural de su punto de vista sobre el derecho. Hart, por ejemplo, entiende que la textura abierta del derecho conduce necesariamente al problema de la discrecionalidad de la actividad judicial, y se refiere a esto exactamente al tratar de lo problema de las lagunas del derecho: "si un

(11) ATIENZA, MANUEL, *As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, São Paulo, Landy, 2000, p. 22.

(12) NINO, CARLOS, *La validez del derecho*, Bs. As., Astrea, 2012. p. 126.

(13) Esto también remete a la distinción entre decidir la causa y justificar la sentencia (PALOMBELLA, GIANLUIGI, "La conoscenza nell'interpretazione (un modelo per la giurisdizione)", en J. Calvo González, *Verdad [narración] justicia*, Málaga, Universidad de Málaga, 1998, pp. 71/142), que implica por su vez que "no obstante el hecho de que formalmente primero aparezca la regla general, después la descripción del caso y por fin la conclusión, en verdad el decisor tendría que construir la decisión por un procedimiento inverso, intuyendo, primero, la conclusión a la que debe llegar para después buscar, regresivamente, sus premisas" (RECASENS SICHES, *apud* FERRAZ JR., TERCIO SAMPAIO, *Introdução ao estudo do direito: Técnica, decisão, dominação*, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 2003, p. 317).

caso presente se asemejase al caso estándar suficientemente en los aspectos relevantes es algo indeterminado. Así, la discrecionalidad dejada al juez por el lenguaje puede ser muy grande; entonces, si aplica la regla, el fallo, aunque no fuera arbitrario, ni irracional, es, en efecto, una elección.<sup>(14)</sup>

Hay una consecuencia evidente que deriva de esto: en la base de las teorías positivistas del derecho, como las de Kelsen y Hart, encontramos la convicción de que la actividad judicial no es al final una cuestión de conocimiento, pero una cuestión de autoridad, porque, no siendo capaz de regular su propia aplicación, toda norma está sujeta a una evaluación política de su adecuación al caso concreto.

Algunas teorías contemporáneas del derecho se han rebelado contra ese sesgo discrecional de la decisión impartido por las concepciones estrictamente positivistas del derecho. Un ejemplo de eso es la teoría de Robert Alexy,<sup>(15)</sup> en la que se pretende proveer criterios racionales para alejar la idea de que la aplicación del derecho se basa en un acto no controlable por la ciencia del derecho. Pero, al contrario de lo que piensa Alexy, la cuestión no puede ser solucionada por medio de lo establecimiento de reglas lógicas válidas universalmente, que determinarían cuál norma aplicar en un caso concreto, porque terminaría ser una contradicción performativa, acerca de la cual Hart parece estar más consciente que Alexy: ¿cómo sería posible reconocer si esta norma, que regula la aplicación de las demás normas, continua siendo una norma jurídica, y no una norma moral (o política, o ideológica)?

Otra teoría que intenta afrontar ese problema es la teoría de Ronald Dworkin,<sup>(16)</sup> quien intenta demostrar que es posible concebir la existencia de una única respuesta correcta en los casos difíciles, ejerciendo un juicio de adecuación no discrecional:

Si hay dos justificaciones igualmente posibles, teniendo en vista las normas jurídicas disponibles, una de ellas, entretanto, proporciona una mejor justificación que la otra si ella es superior

---

(14) HART, H. L., *The Concept of Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford, Clarendon, 1994, p. 127.

(15) ALEXY, ROBERT, *Teoría da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*, 2<sup>a</sup> ed., São Paulo, Landy, 2005; y, especialmente, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

(16) DWORIN, RONALD, *Law's Empire*, Cambridge, Belknap, 1986; *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University, 1978; pero, especialmente, en *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University, 1985.

desde un punto de vista de la teoría política o moral. O sea, si ella se aproxima más a capturar los derechos que las personas de facto tienen.<sup>(17)</sup>

Estos intentos recientes de contribuir a la elaboración de una teoría de la decisión jurídica revelan que el hecho de que de la teoría del derecho se preocupe preponderantemente de las razones justificadoras no significa que no podríamos construir una teoría de las razones explicativas, con la cual podremos estudiar el proceso mental por medio de lo cual el juez llega a decidir, o sea, a elegir, entre todas las interpretaciones posibles, aquella que aplicará en el caso concreto.

No obstante, estas teorías no hacen más que tocar la punta del iceberg. Hay muchas más variables en la cuestión, y una de ellas es el sentido de la justicia compartido por el juez. Hay determinadas razones explicativas, o motivos, que determinan emocionalmente las elecciones metodológicas que el juez realiza en el plano de la justificación del fallo. Estas razones explicativas se componen de valores, ideologías, concepciones políticas y morales que integran su sentido de justicia, que puede ser definido como un sentimiento que corresponde a la percepción de opresión o de tratamiento parcial en la sociedad.<sup>(18)</sup> El sentido de justicia puede ser al mismo tiempo un sentido no articulado racionalmente y un juicio racional sobre una circunstancia o situación social. Cuando actúa sobre el sentido de justicia, la razón le proporciona coherencia y consistencia. Pero es un motivo anterior a la propia razón en el orden de la decisión, como ya lo indicaba David Hume, para quien

... el sentido de justicia no se funda en la razón, esto es, en la existencia de ciertas conexiones y relaciones de ideas eternas, inmutables y universalmente obligatorias (...) [Es] una preocupación con nuestro propio interés y con el interés público que nos hizo establecer las leyes de la justicia; y nada puede ser más cierto que el hecho de que no es una relación de ideas lo que da esa preocupación, pero todas las impresiones y sentimientos, sin los cuales todo en la naturaleza nos

(17) DWORKIN, RONALD, *A Matter of...*, op. cit., p. 143.

(18) SELLERS, MORTIMER, "Law, reason and emotion", en *World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy (XXVI)*. *Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies*, Belo Horizonte, 21-26 July 2013, Belo Horizonte, Forum, 2013, pp. 125 y 126.

sería enteramente indiferente e incapaz de no afectar, por menos que fuera. El sentido de justicia (...) no se funda en nuestras ideas, pero en nuestras impresiones.<sup>(19)</sup>

El sentido de justicia surge como una reacción emocional a la injusticia, que puede haber sido practicada tanto contra otras personas como podría haber sido practicada contra nosotros. Ello es siempre la primera herramienta que provee una respuesta para los casos concretos, y su importancia reside exactamente en el hecho de que provee un primer motivo para que las personas actúen,<sup>(20)</sup> aunque corregible por la razón. Esa no es una idea extraña para los juristas. Pablo Lucas Verdú, por ejemplo, afirmó que "el sentimiento jurídico aparece como afecto más o menos intenso por lo justo y lo equitativo en la convivencia. Cuando tal afecto versa sobre la orden fundamental de aquella convivencia, tenemos el sentimiento constitucional".<sup>(21)</sup> Tal sentimiento constitucional, cuando va unido a la comprensión conceptual del texto constitucional, es lo que proporciona una constitución viviente.<sup>(22)</sup>

De entre otros factores, el sentido de justicia de uno es profundamente influenciado, ideológica y políticamente, por las concepciones acerca de lo que es lo justo de una sociedad, aunque esas concepciones actúen generalmente apenas en un nivel inconsciente. Y es lo mismo lo que se pasa con los jueces.

Las concepciones que informan lo sentido de justicia pueden ser clasificadas en dos grandes grupos, que llamaremos de comunitarismo y liberalismo.

Es necesario aclarar aquí lo que significamos con "comunitarismo" y "liberalismo". Con estas palabras se comprende una gama muy diversa de teorías. ¿Cómo es posible que autores tan distintos como Rawls, Quesnay y Nozick sean clasificados como liberales? ¿O que Sandel, Walzer y MacIntyre sean clasificados como comunitaristas?

Debemos evitar un rasgo realista que permea las discusiones académicas y explicar lo que significa liberalismo y comunitarismo en este texto. No se trata de indicar las posiciones políticas de uno (que pueden ser de izquierda o derecha, sea el comunitarista o liberal), pero de indicar cómo uno concibe el fundamento de la organización social. Si uno cree que este

---

(19) HUME, DAVID, *Tratado da natureza humana*, São Paulo, UNESP, 2001, p. 536.

(20) SELLERS, MORTIMER, "Law, reason...", *op. cit.*

(21) VERDÚ, PABLO LUCAS, *O sentimento constitucional: Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 53.

(22) VERDÚ, PABLO LUCAS, *O sentimento...*, *op. cit.*, p. 73.

fundamento es un orden necesario (probablemente presupuesto en la propia naturaleza), uno será clasificado aquí como comunitarista, mientras que si uno cree que el único fundamento para la organización social es la voluntad, uno será clasificado como liberal (lo que hace de Habermas y de Posner liberales, por ejemplo). El derecho, para los liberales, es sencillamente un arreglo político entre los ciudadanos para permitir su convivencia en la sociedad,<sup>(23)</sup> mientras para los comunitaristas el derecho posee un contenido moral relativamente autoevidente que puede ser conocido por la razón.

El comunitarismo se caracteriza por afirmar que existe una finalidad substantiva inherente a la organización social que podría ser identificada con la busca del bien común, mientras que el liberalismo implica una perspectiva procedimental que, renunciando a una perspectiva teleológica y substantiva (por creer que ninguna concepción acerca de lo que es lo justo puede ser evaluada como superior a las demás) entiende que, fundamentándose el derecho apenas en la voluntad de aquellos que integran una sociedad, las normas jurídicas serían apenas la fijación de un criterio, en sí mismo aleatorio y contingente, acerca de cómo los individuos deben actuar. Mientras en el comunitarismo el fundamento del derecho y de la justicia es el bien de la comunidad, en el liberalismo su fundamento es sencillamente la voluntad de los individuos. El comunitarismo presupone una cierta homogeneidad entre los participantes de la comunidad, al menos con relación a los fines que persiguen en la vida en común, razón por la que es posible que el buen gobierno sea realizado por apenas una persona, mientras el liberalismo presupone que haya un disenso de fondo con relación a esos fines, razón por la que sería necesario establecer un sistema político de convivencia entre los diversos proyectos individuales, que se consolida en la representación política ejercida por los agentes elegidos por medio de lo voto o de otros mecanismos y presupuestos políticos.

Ahora, el modo como se constituyó la modernidad, con la prevalencia del individuo como fundamento de la vida social, punto de vista compartido, por ejemplo, por las teorías del contrato social, y con la pluralidad de proyectos acerca de lo que sea la vida buena, parece indicar que es imposible, en la modernidad, renunciar al liberalismo en favor del

---

(23) Creo que es por esto que Rawls se vio obligado a migrar de una justificación moral del derecho en *Una teoría de la justicia* hacia una fundamentación política en *El liberalismo político*. Una fundamentación moral del derecho sería, por decir lo menos, muy exigente, una vez que no hay, según los liberales más consecuentes, una supermoral con la cual se podría evaluar las morales individuales o regionales.

comunitarismo. La idea de la superioridad de un bien sobre otro, presu- puesta por el comunitarismo, puede ser útil en la moral, pero parece ser dañina en el derecho y en la política modernos.

Vamos a analizar ahora dos decisiones judiciales para verificar el sentido de justicia subyacente a cada una de ellas para entonces comprender por qué el comunitarismo puede ser una concepción tan dañina en una democracia pluralista como la compartida por las sociedades occidentales contemporáneas. Vamos a cotejar la decisión acerca de la extensión de los efectos de la las uniones conyugales no maritales a las uniones homoafectivas por el Supremo Tribunal Federal de Brasil, en la *ADIN 4277*, y la decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América sobre la ley federal conocida como *Defense of Marriage Act (DOMA)* en el caso *United States v. Windsor*.

Así como, en Brasil, la Suprema Corte de los Estados Unidos declaró que los efectos de unión conyugal no marital heterosexual eran extensibles a las uniones homosexuales, considerando inconstitucionales las leyes estatales que restringían esto derecho. Pero, a diferencia de lo que sucedió en Brasil (en que la decisión ocurrió por unanimidad), la sección 3ª de la DOMA sobre la definición de matrimonio (que lo concebía tan solamente como la unión entre un hombre y una mujer para fines de la aplicación de las leyes federales) fue declarada inconstitucional con base en la 5ª emienda por una apretada mayoría y con la consecuente redacción de un *dissent* por el juez Scalia.

El *leading case United States v. Windsor* es ligeramente diferente del caso brasileño, pues está relacionado también a las particularidades del federalismo norteamericano. Es que la nueva ley federal norteamericana negaba efectos civiles a las uniones homoafectivas realizadas en algunos de los Estados que, en sus derechos, permitían este tipo de unión. La *opinion* fue redactada por lo juez Kennedy, que afirmó:

La ley federal es inválida, una vez que ninguna finalidad legiti- ma supera la finalidad y el efecto de menospreciar y perjudicar aquellos a quien los estados, por sus leyes de matrimonio, inten- ten proteger en su personalidad y dignidad. Procurando colocar de lado esta protección y tratando aquellas personas como vi- viendo en matrimonios menos respetables que los otros, la ley federal está violando la 5ª emienda.<sup>(24)</sup>

---

(24) SUPREMA CORTE, EEUU, *USA v. Windsor*, 570 U.S., 2013, at 25-26, slip op.

Según su punto de vista, la legislación federal violaría el deseo de tratamiento igualitario originalmente presente en la Constitución norteamericana, violando, por consiguiente, el deseo del pueblo que ella consolida.

Pero el juez Scalia redactó en su *dissent*:

... esto case es sobre el poder en diferentes aspectos. Es sobre el poder de nuestro pueblo de gobernar a ellos mismos, y el poder de esta Corte de pronunciar el derecho. La decisión de hoy engrandece la última de ellas, con la consecuencia previsible de disminuir la primera. Tenemos el poder de decidir este caso. E incluso si lo hacemos, no tenemos ningún poder de invalidar una legislación democráticamente adoptada.<sup>(25)</sup>

Lo que tanto la *opinion* cuanto el *dissent* revelan en este caso es la presencia de una concepción típicamente liberal del derecho en la Suprema Corte norteamericana, que se ve a sí misma como un poder político que se origina en la voluntad del pueblo como los demás dos poderes. Para esa concepción típicamente liberal, el fundamento del derecho es la voluntad expresa en un mecanismo por medio del cual el poder regulativo que la naturaleza podría ejercer sobre la sociedad es interrumpido por el ejercicio de la voluntad. Habría, por lo tanto, una pretensión de rescatar en sentido original de la Constitución por detrás de ambos los posicionamientos, aunque el juez Kennedy recuse para sí el adjetivo de "originalista".<sup>(26)</sup>

La tesis básica del originalismo es que existe una diferencia radical entre interpretar (que es función de la Corte) y crear el derecho (que es función del Congreso),<sup>(27)</sup> y no hacer esta distinción sería empoderar por demás a

(25) SUPREMA CORTE, EEUU, *USA v. Windsor*, 570 U.S., 2013, docket 12-307, Scalia, J., dissenting slip op.

(26) Es muy difícil clasificar al juez Kennedy, una vez que es el elemento cambiante de la Corte, que generalmente decide los casos difíciles. Gregory Maggs dijo que el juez Kennedy considera que las fuentes originales (como *El Federalista* y las actas de los congresos continentales norteamericanos) son importantes para establecer la moldura de las cuestiones constitucionales (MAGGS, GREGORY E. "Justice Kennedy's use of sources of the Original Meaning of the Constitution", *G. W. Law Scholarly Commons*, 2013 [en línea] [http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1843&context=faculty\\_publications](http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1843&context=faculty_publications), consultado en noviembre de 2014). Pero Maggs no tiene elementos suficientes para decir si es o no un originalista. Hay muchos que lo clasifican como originalista (CHEMERINSKY, ERWIN, "Against Sovereign Immunity", en *Stanford Law Review*, Stanford, vol. 53, p. 1201 a 1224, mayo 2001), y nosotros creemos que, al menos en este fallo, desarrolló un argumento veladamente originalista.

(27) BENNET, ROBERT W.; SOLUM, LAWRENCE B., *Constitutional Originalism: A debate*, Ithaca, Cornell University, 2011. Ver también GREENE, JAMAL; PERSILY, NATHANIEL y ANSOLABEHRE, STEPHEN, "Profiling Originalism", en *Columbia Law Review*, New York, vol 111, issue 2, pp. 356/418, marzo

los jueces, e incluso amenazar la configuración democrática de una sociedad. Según Rappaport,<sup>(28)</sup> lo que los jueces pretenden en el originalismo es, exactamente, rescatar la voluntad del pueblo en el desarrollo de la Constitución como legislación ordinaria. Para el juez Kennedy, la intención original del constituyente sería proteger todos los tipos de uniones entre individuos libres y capaces de consentir. Para Scalia, su intención sería proteger la unión heterosexual y monogámica contra otras formas de unión que podrían desestructurarla.

Mientras tanto, el juzgado brasileño se asentó en otras bases, orientado por un comunitarismo casi imperceptible, como ya se lo demostró con relación a otros juzgados:<sup>(29)</sup> la idea, por demás peligrosa, de que a constitución no es tan buena cuanto se les gustaría, la idea de que existe un sentido de justicia más allá de la Constitución, según el cual la voluntad de un pueblo no puede ponerse encima de lo que es el justo (al menos en la opinión acerca de lo que es lo justo para los once ministros del Supremo Tribunal Federal de Brasil).

Hay aquí, por supuesto, una cierta arrogancia de los miembros del Supremo Tribunal Federal, como indicó Streck,<sup>(30)</sup> una vez que ellos se ven como capaces de descubrir lo que es lo cierto y lo errado a pesar de la voluntad popular. Esto resulta claro en la decisión de la *ADIN 4277*. Ayres Britto, por ejemplo, invoca un principio igualador de justicia para orientar su decisión, y lo hace contra el texto de la Constitución, diciendo que “estamos a lidiar con normas que no distinguen la especie femenina de la especie masculina, como no excluyen cualquier de las modalidades del concreto uso de la sexualidad de cada persona natural” (637/13). Para decirlo de otra manera, el constituyente, si lo quisiera, podría haber dicho que el matrimonio y la unión conyugal no marital se realizan entre dos personas,

---

2011; HUSCROFT, GRANT y MILLER, BRADLEY W. (eds.), *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*, Cambridge, Cambridge University, 2011; SILVA, VIRGÍLIO AFONSO DA, “Deciding without deliberating”, en *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 11, pp. 557/584, 2013.

(28) RAPPAPORT, MICHAEL B., *Originalism and the Colorblind Constitution*, University of San Diego School of Law, 03/04/2013, [en línea] [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2244610#%23](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2244610#%23), consultado en diciembre 2013.

(29) CITTADINO, GISELE, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2012.

(30) STRECK, LÊNIO, “Sobre a decisão do STF (união homoafetiva)”, [en línea] <http://leniostreck.blogspot.com.br/2011/06/sobre-decisao-do-stf-unioes.html>, consultado en diciembre de 2013.

pero le prefirió decir entre “un hombre y una mujer”, y hay que llevar en serio esta decisión.

Ya el ministro Lewandowsky va más allá, y dijo que la interpretación que el Supremo Tribunal Federal dio a la norma del art. 1723 CC<sup>(31)</sup> contrariaría la propia discusión establecida en el momento constituyente:

En las discusiones realizadas en la Asamblea Constituyente, la cuestión del género en la unión estable fue ampliamente debatida, cuando se votó el dispositivo ahora discutido, concluyéndose, de modo inequívoco, que la unión conyugal no marital abarca, exclusivamente, personas de sexo distinto (...) Los constituyentes, como se ve, después de debatir el asunto, optaron inequívocamente por la imposibilidad de abrigar la relación entre personas del mismo sexo en el concepto de unión conyugal no marital (...) No hay acá (...) cómo pensar en una mutación constitucional o igualmente proceder a una interpretación extensiva del dispositivo en foco, ante los límites formales y materiales que la propia ley mayor establece en lo tocante a tales procedimientos, comenzando por lo que se refiere al apartado III de la fracción 4ª del art. 60, que erige la separación de poderes a la dignidad de cláusula pétrea, que siquiera puede ser alterada por medio de enmienda a la constitución (711/4 a 712/5).

A pesar de la divergencia entre ellos sobre lo que pretendía el constituyente al establecer la unión conyugal no marital como unión entre un hombre y una mujer, todos los ministros del Supremo Tribunal Federal de Brasil votaron unánimemente por la extensión de los efectos de aquella a las uniones homoafectivas. Los ministros brasileños decidieron así movidos por un sentido de justicia contrario a los resultados implícitos en el texto del Código Civil, e incluso de la Constitución.

Un sentido de justicia liberal orienta la decisión de la Suprema Corte Norteamericana, mientras un sentido de justicia comunitarista orienta la decisión del Supremo Tribunal Federal de Brasil. El problema no es, por supuesto, lo que decidieron (prácticamente lo mismo, en sus resultados, en

(31) El artificio utilizado por los ministros del Supremo Tribunal Federal de Brasil para no juzgar inconstitucional la norma del art. 226 de la Constitución fue decidir sobre el texto del Código Civil sin ejercer ningún control sobre el texto de la Constitución, repetido por el Código Civil.

ambas ocasiones), sino la concepción por detrás de ambas y las razones por las que cada tribunal llega a su decisión.<sup>(32)</sup>

Como ya lo dije, un sentido de justicia comunitarista puede ser un problema en una sociedad occidental contemporánea, como la brasileña, cuyos miembros no comparten un proyecto común acerca de cuál es el objetivo de la vida en sociedad así como no comparten una moral única. Y este sentido de justicia comunitarista es un problema exactamente porque permite a un juez afirmar una concepción acerca de lo que es el bien y lo justo, o, más precisamente, que su concepción acerca de lo que es el bien y el justo deba prevalecer sobre todas las demás. Estos son jueces iluminados, que saben lo que es lo mejor para todos. Para utilizar la expresión de Dworkin, estos jueces están implementando *policies* (políticas públicas), y no derechos, por medio de un supuesto activismo judicial.

Pero solamente el pueblo puede saber lo que es lo mejor para sí y, por lo tanto, solamente él puede establecer el derecho que reglará la sociedad. Rechazando concebirse como un poder entre los demás poderes, rehusándose a concebirse como un poder político, el poder judicial en el Brasil logró tornarse, a través de un golpe imperceptible, en el poder constituyente.



---

(32) Si yo fuera uno de estos once jueces brasileños en una sociedad pluralista como la configurada por la Constitución brasileña, probablemente también tendría reconocido el derecho de los homosexuales a constituir una familia, pero seguramente yo hubiera indicado razones jurídicas y no morales, aunque sus motivos morales sean compartidos por mí. Por ejemplo, uno puede seguramente cuestionar qué significa "hombre" y "mujer" en el texto de la Constitución. ¿Es una cuestión anatómica, que se resuelve en los hospitales, o es una cuestión antropológica? Podría incluso argumentar que este texto normativo representa un concepto jurídico indeterminado (GRAU, EROS R., *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, pp. 61/67) y que es necesario evacuar su contenido moral para que todavía tenga sentido 20 años después de su promulgación. Pero los jueces prefirieron desarrollar un argumento exclusivamente moral para decidir, y esto es el problema de su fallo.