

Área Temática. Filosofía Política

ORDEN ESPONTÁNEO Y SISTEMA JUDICIAL (Análisis crítico de las opiniones de Hayek en los volúmenes I y III de “Derecho, Legislación y Libertad”)

Autor: Enrique V. del Carril – abogado - profesor de Ética Profesional en carrera de grado de abogacía Universidad Austral – Presidente de la Comisión de Justicia del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires – miembro del Consejo Editorial de la Revista Empresa de ACDE (Asociación Cristiana de Dirigentes de Empresa).

I PLANTEO

“...el ideal de libertad Individual parece haber florecido sobre todo entre aquellos pueblos en los que al menos durante largos periodos, predomino el derecho como obra de los jueces”

(Derecho, Legislación y Libertad' vol I, cap V, pag 151)

1.1 Breve noción sobre el concepto de “orden espontáneo” en el mundo jurídico.

El concepto de “orden espontáneo” es el centro de la teoría del conocimiento en el pensamiento de Hayek. La idea principal es que el intelecto de una persona no está en condiciones de conocer las múltiples decisiones libres que toman los hombres en la sociedad.

Respecto de la realidad jurídica Hayek considera que existen dos tipos de normas: a) aquellas producto de la libertad humana pero no de un designio o finalidad específica que regulan la conducta de los hombres en sus relaciones privadas (el "nomos"); b) aquellas que se dictan para cumplir objetivos concretos propuestos por gobernantes o legisladores denominadas "normas de organización" (thesis), fruto del designio o la inventiva concreta de quienes tienen la atribución de dictarlas en la sociedad¹.

Es importante resaltar que para Hayek solo las primeras –integradas en el “orden espontáneo- merecen el nombre de Derecho en el real sentido de la palabra porque el respeto de la libertad individual depende de que el Estado no tenga ingerencia en su creación. Estas normas de conducta aseguran que los individuos puedan satisfacer sus objetivos honestos mediante la previsión que su respeto por parte de sus semejantes. En el esquema clásico de la ciencia jurídica las normas de conducta constituyen el "Derecho Privado".

¹ “Derecho, Legislación y Libertad”, volumen I “Normas y Orden”, Cap II “Cosmos y Taxis” Unión Editorial, ed 1973, edición del 2006, Primera Parte Cap. II

Las segundas están constituidas por las disposiciones tendientes a cumplir objetivos concretos que se propone el gobernante en el ejercicio del poder. Integran el denominado “Derecho Público”.

Hayek le da una importancia fundamental a la primacía de las normas de conducta sobre las de organización y allí esta su idea del orden espontáneo como aquel que es anterior y superior a las disposiciones emanadas de la voluntad del legislador. Desde esta postura cuestiona al racionalismo y se enrola en aquellas doctrinas que consideran al Derecho como un ordenamiento anterior a la legislación positiva y que esta debe respetar. De allí su crítica al iluminismo originado en el planteo de Descartes, quien consideraba el pensamiento del hombre, y no la realidad, como objeto principal del conocimiento y cuyo emulo en el mundo jurídico es Hans Kelsen para quien la ciencia jurídica se agota en la legislación emanada de la creación y voluntad concreta del hombre en la búsqueda de fines colectivos específicos.

1.2. Fuentes del Derecho y función judicial.

Esta forma de ver la realidad jurídica altera la concepción clásica de las fuentes del Derecho². Tradicionalmente –por lo menos desde fines del siglo XVIII principios del XIX– en el Derecho continental europeo la fuente del Derecho le da la mayor jerarquía es la ley y los métodos de interpretación principales son la exégesis y la voluntad del legislador. Se trata de un concepto que Hayek cuestiona desde la semántica pues para él, el verdadero concepto de “Ley” o “Derecho” abarca una realidad más amplia que los estatutos o reglamentos emanados de las asambleas legislativas³. De esta forma aplica el concepto de orden espontáneo que, en cierta medida, se identifica con el Derecho Natural según los escolásticos tardíos que identificaban la palabra “natural” “como término técnico para describir lo que no había sido inventado o proyectado deliberadamente, sino que había evolucionado en respuesta a ciertas circunstanciales necesidades”⁴.

Hayek altera toda la teoría de las fuentes porque si consideramos que las normas de conducta de una sociedad surgen en forma “espontánea” del obrar humano, el Derecho emanará de la costumbre que habitualmente es recogida por el legislador pero por la conciencia de su obligatoriedad tiene autonomía como generadora de derechos.

Ello nos lleva a observar que el Derecho es un fenómeno donde la interpretación reviste una importancia fundamental⁵ y, por ello, la tarea de los operadores del mundo jurídico tiene gran relevancia, especialmente los jueces porque son ellos quienes deben

² Para la doctrina, el concepto de fuentes del derecho se refiere a los lugares o instituciones de donde emana el Derecho. Este concepto tiene importancia fundamental en la ciencia jurídica pues delimita y clasifica el objeto de estudio del Derecho.

³ Este tema lo desarrolla en el Capítulo IV del Volumen I de la obra objeto de este análisis titulado “Transformación del concepto de Ley”.

⁴ Hayek, op cit. Vo I pag 137.

⁵ del Carril, Enrique H. “Interpretación, Neoconstitucionalismo y Ética Profesional”, en “Ética en las Profesiones Jurídicas *Abogados, jueces, notarios*” ed. Ad-Hoc ed 2010 pag. 29

descubrir esas normas de conducta en la solución de los conflictos que llegan a sus estrados.

Hayek toma como modelo el sistema del common law donde el Derecho emana, fundamentalmente, de las sentencias judiciales. Pero considero que también en el derecho escrito continental europeo (del cual el nuestro es tributario) se da esa misma realidad aun cuando el racionalismo iluminista⁶, que se desarrolló desde la Revolución Francesa, haya generando las posteriores corrientes positivistas.

Pero fue en la misma Francia donde, a fines del siglo XIX, floreció una escuela que cuestionó la visión racionalista y propició que el intérprete debía liberarse del apego exclusivo a la letra de la ley para buscar otras realidades en su tarea, entre las cuales la costumbre y su revelación a través de los fallos de los jueces adquirieron una relevancia especial⁷.

Hayek realiza un excelente análisis de la forma en que los jueces van adaptando las normas de conducta al resolver los casos concretos.⁸ Las ideas allí expuestas son aplicables a los jueces del sistema continental aún cuando se basen en la ley escrita, pues ésta, al ser general, requiere también una labor de interpretación en los casos concretos donde el juez hecha mano a principios o disciplinas diferentes a las jurídicas según su conciencia y convicciones. Es que los jueces construyen y descubren el Derecho y los abogados cuando asesoran a sus clientes deben tener en cuenta como será el razonamiento de los jueces frente a la posibilidad de un conflicto⁹

En síntesis, el buen funcionamiento del sistema judicial depende de la actividad interpretativa que realizan los jueces al solucionar conflictos y los abogados, junto con las otras profesiones legales de asistencia jurídica (por ejemplo los escribanos), al aconsejar en negocios a sus clientes. De allí la importancia de estas profesiones para el buen funcionamiento de las instituciones.

II INDEPENDENCIA JUDICIAL Y ORDEN ESPONTÁNEO

“El gobernante, al designar un juez para el mantenimiento de la paz, no lo hará normalmente con el fin de salvaguardar el orden por él creado, ni para comprobar si sus mandatos fueron obedecidos, sino para conservar un orden cuya naturaleza es muy posible que ni siquiera conozca”

(Derecho, Legislación y Libertad, Vol I, pag. 157, Unión Editorial, ed. 1973.

⁶ “racionalismo constructivista” según el léxico utilizado por Hayek, ver Volumen I, Cap I “Razón y Evolución”

⁷ Se trata de la escuela de la “libre interpretación científica” propiciada por Francois Geny, “Teoría de Interpretación y Fuentes en el Derecho Privado Positivo”

⁸ “Derecho, Legislación y Libertad”, ed. Cit, Vol I “La función del Juez sólo es propia de un Orden Espontáneo”, pag 185

⁹ Para este tema, recomiendo la obra de Anthony T. Kronman: “The Lost Lawyer, Failing Ideals of the Legal Profession”, ed The Belknap Press, Harvard University Press, cap 3 “The Good Lawyer”, “The Judicial Point of View and Its Priority”

2.1. Evolución histórica.

En “La Ciudad Antigua” Fustel de Coulanges muestra con toda claridad el origen del Derecho dando pistas firmes para seguir su evolución en el mundo moderno¹⁰.

Explica que, en la antigüedad, el Derecho estaba íntimamente ligado a la religión. Los dioses dictaban normas de comportamiento y los hombres debían obedecerlas por piedad y respeto. Obviamente mandaban aquello que más convenía para la vida en sociedad.

Como el Derecho era parte de la religión el jurista se identificaba con el sacerdote. En Roma el “pontífice máximo”, hasta bien entrada la República, era el más importante de los jurisconsultos. Su función consistía en desentrañar los mandatos de los dioses estudiando las costumbres de los mayores.

En la ciudad antigua no había órganos legislativos como los concebimos hoy, tampoco los hubo hasta la Revolución Francesa. En la antigüedad y en el período medieval los cuerpos similares a parlamentos no tenían como función legislar, en el sentido moderno de la palabra, sino controlar al monarca en el uso de sus poderes fiscales o militares.

El derecho escrito se impuso mediante revoluciones protagonizadas por las clases populares en la búsqueda de precisión y certeza en la regulación de su vida quitándole el monopolio de la generación del derecho a las clases superiores compuestas por las familias fundadoras de la ciudad. Pero estos Códigos, como la ley de las XII Tablas en Roma o las disposiciones de Solón en Atenas, no eran creación de los legisladores¹¹. Se trataba de recopilaciones de costumbres ya existentes que se plasmaban en cuerpos legales para conocimiento de todos¹². Para Fustel de Coulanges, sin embargo, la introducción de la ley escrita implicó un cambio de concepción: “la ley no es ya una tradición santa, *mos*, es un texto, *lex*, y como la ha hecho la voluntad de los hombres, la misma voluntad puede cambiarla”¹³.

Curiosamente el Derecho escrito que había sido el arma de la igualdad contra el despotismo de una clase, muchos siglos más tarde fue puesto al servicio de la concentración del poder mediante su dictado por el monarca. Así en el siglo VI DC el emperador Justiniano pretendió encerrar toda expresión de creación jurídica incluso prohibiendo que, en adelante, se investigara sobre normas o costumbres anteriores que pudieran haberse elaborado por juristas diferentes a los citados en la recopilación. Así nació la obra magna del Derecho Privado occidental, el “Corpus Juris Civils”¹⁴, al cual le debemos la continuación y conocimiento de normas de conducta aplicables hasta nuestros días.

¹⁰ Fustel de Coulanges, “La Ciudad Antigua”, ed. Ciudad Argentina cap XI “La Ley

¹¹ Fustel de Coulanges, op. Cit, Libro IV “Las Revoluciones”

¹² Hayek se ocupa de este tema en el cap. IV (Transformación del Concepto de Ley) del vol I de “Derecho, Legislación y Libertad”.

¹³ Fustel de Coulanges, op cit. pag 543.

¹⁴ Similar temperamento adoptaría Napoleón Bonaparte cuando propiciaba la exclusividad de la exégesis como único método de interpretación de su Código Civil, aunque es importante resaltar que esa obra, fuente de todas las legislaciones occidentales escritas, también fue –en gran medida- recopilación de costumbres

Durante la Edad Media se configura la separación de las dos culturas jurídicas occidentales que hoy conocemos, ambas tributarias del Derecho Romano. En Francia y generalmente en la Europa continental el descubrimiento de las “Pandectas” (partes del Corpus Iuris Justiniano), llevó a un movimiento político cuyo objetivo fue la concentración del poder en la monarquía. Felipe IV –el Hermoso- en la Francia del siglo XIV, utilizó el Derecho para quitarle poder a la nobleza feudal y así unificar el territorio bajo la monarquía de los Capetos. En Inglaterra, por el contrario, el movimiento fue inverso: La Iglesia y los varones se opusieron firmemente a las tendencias centralizadoras de los Plantagenet a fin de hacer primar la denominada “ley de la tierra” basada en viejas costumbres impregnadas de principios del Derecho Romano. La Carta Magna arrancada al rey Juan denominado “sin tierra”, fue un hito en ese proceso¹⁵.

Estas dos tradiciones provocaron diferentes concepciones de la función judicial. En Francia, el Juez era un funcionario al servicio del centralismo real y la Revolución Francesa, si bien predicó la división de poderes, otorgó primacía a la Asamblea pues ésta representaba la voz del pueblo. El Juez no podía interpretar libremente la ley sino exclusivamente aplicarla literalmente; solo la legislatura podía llenar sus lagunas o realizar interpretaciones mediante actos de la misma. El origen filosófico de esta idea se encuentra en Descartes y en autores como Rousseau a los cuales Hayek bien califica como “racionalismo constructivista”, porque parte de la base de que la razón de un hombre, o un conjunto de hombres, está en condiciones de crear normas de conducta para cumplir objetivos concretos.

Geny, en su obra citada en la nota 7 precedente, explica con toda claridad esta teoría. Expone como determinadas instituciones tendientes a dictar decisiones interpretativas de la ley o llenar sus lagunas, pertenecían al Poder Legislativo no al Judicial como el *referee* –a quien los jueces debían referir las causas donde no encontraran soluciones en la ley escrita- o el Tribunal de Casación que tenía el mismo cometido mediante la interposición de un recurso contra la sentencia judicial y que es el antecedente de los modernos tribunales que llevan el mismo nombre¹⁶

En Inglaterra y en Estados Unidos de Norteamérica, la visión es bien diferente: el Juez es el defensor de las libertades individuales frente a las decisiones del Estado y por lo tanto, el protagonista principal del orden jurídico¹⁷.

2.2. La formación y selección de los jueces como garantía de la independencia.

medievales de distintas regiones de Francia; ver Campos Fillol, Adolfo “El Código de Napoleón, Origen y Proyección” publicado en El Dial del 14/7/2004.

¹⁵ En la historia de la Inglaterra medieval existen varios episodios en esa tendencia centrífuga del poder, entre ellos puede señalarse el enfrentamiento entre Enrique II y Tomas Becket.

¹⁶ Esta explicación se encuentra en el Capítulo Primero, Sección I, titulada “Evolución Histórica de la Noción de Codificación en el Derecho Francés Moderno”

¹⁷ John Henry Merryman, en una excelente obra donde compara el sistema continental con el Common Law, “La tradición jurídica romano-canónica”, ed Fondo de Cultura Económica, gráficamente explica que en el derecho anglosajón el héroe es el Juez, mientras que en el Derecho Continental europeo lo es el doctrinario (cap VI, Los Jueces).

La diferencia de las dos tradiciones desembocó en una distinta concepción de la independencia judicial. En los sistemas continentales se predica la necesidad de la independencia como un atributo personal del Juez que garantiza su imparcialidad mientras que, en los sistemas tributarios de la Constitución norteamericana existe un valor adicional que es la necesidad de la independencia del sistema judicial porque los Jueces tienen la facultad de invalidar las decisiones de los otros dos poderes mediante la declaración de inconstitucionalidad. Esta atribución no surge en forma directa de los textos constitucionales pero fue “descubierta”¹⁸ y consagrada en 1803 por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos aunque tenía precedentes remotos en Inglaterra (caso Bonham, resuelto por el Juez Eduard Cooke en 1610).

La independencia funcional se fundamenta en pilares que la sostienen: la estabilidad, la intangibilidad de las remuneraciones y la instauración de sistemas de formación, selección y remoción de jueces que aseguren el ingreso y permanencia de los mejores en los cargos judiciales. Por razones de espacio me concentraré en el problema de la formación, selección y remoción.

Quienes están llamados a interpretar las normas de conducta y a controlar los actos de los otros poderes, deben ser los profesionales del derecho mejor dotados. Ello hace necesario establecer sistemas de formación y designación que aseguren obtener este objetivo. El mayor problema es que, al tratarse de uno de los poderes del Estado, el Poder Judicial está sometido al sistema de “frenos y contrapesos” que implica el mutuo control de los diferentes órganos de gobierno. La solución de la Constitución norteamericana y de la nuestra (está última parcialmente alterada con la creación en 1994 del Consejo de la Magistratura) es la designación de los jueces por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado. El sistema funciona aceptablemente bien en Estados Unidos fruto de una cultura política e institucional que lleva al Presidente a proponer, generalmente, candidatos capacitados y al Senado a cumplir su función de filtro, cosa que no ocurrió en nuestro país por diversas razones que no pueden desarrollarse aquí.

Frente a esa falencia, es necesario trabajar en la organización de Institutos de formación judicial que se integren en el sistema de designación de Jueces colaborando para que la selección se realice luego de la valuación del desempeño de los candidatos durante un tiempo prudencial y mediante cursos y pruebas que permitan desarrollar sus aptitudes para el cargo. Este tipo de institutos ya están desarrollados en diferentes países; en aquellos que siguen la tradición del common law se orientan al perfeccionamiento continuo de aquellos que están en el cargo, mientras que en el sistema continental se los concibe como medios para acceder a la carrera judicial.

En nuestro país es una falencia no cubierta a pesar que existen intentos interesantes en el orden provincial, pero todavía no se ha logrado integrar la Escuela Judicial con la

¹⁸ A mi juicio este es un caso que demuestra el razonamiento de Hayek en el sentido que los jueces “descubren” el Orden Espontáneo, ya que Marshal no dedujo esta atribución del texto constitucional porque nada decía sino de un procedimiento deductivo propio del razonamiento judicial.

valoración debida para los nombramientos a pesar que la ley de creación del Consejo de la Magistratura Federal lo tiene entre sus cometidos.

III CRITICA AL “MODELO DE CONSTITUCIÓN” DE HAYEK (El Poder Judicial como órgano aristocrático que garantiza la democracia)

“Si ningún poder judicial superior puede impedir al cuerpo legislativo conceder privilegios a grupos particulares, no tendrán límite los chantajes a que el gobierno podrá verse sometido” “Derecho, Legislación y Libertad², Unión Editorial, 2006 pag 377)

3.1. Hayek “utópico”.

Para un autor de la talla moral de Hayek defensor acérrimo de la libertad y la evolución de las ideas, la crítica de ciertos aspectos de su pensamiento lo enaltece porque, a pesar de que ya no podemos escuchar su voz, seguramente estaría satisfecho con las discrepancias parciales de quienes lo siguen. Es por eso que, en la presente ponencia, realizaré una crítica al capítulo donde expone su modelo de Constitución, en su tercer volumen.¹⁹

Todo el pensamiento jurídico de Hayek gira en torno a identificar la noción de Derecho con el orden espontáneo integrado por normas de conducta producto de la libertad humana, más no del designio específico de nadie. Su obsesión, que comparto, fue que esas normas de conducta no quedaran sometidas a la decisión de los órganos legislativos cuya función debería limitarse a dictar las de organización. Pero además nuestro autor, a lo largo de su obra, resalta la función esencial de los jueces como descubridores del orden espontáneo²⁰.

Sin embargo, a mi juicio, al elaborar su modelo de Constitución²¹ incurre en una inconsistencia con su pensamiento. Obsesionado por la necesidad de quitarle a los partidos políticos la facultad de crear o alterar normas de conducta, propone una Asamblea Legislativa cuya composición no debería responder a la intervención de los partidos políticos. Este órgano sería el único competente para dictar normas de conducta. Propone así dividir las competencias legislativas en una Asamblea Legislativa, para las normas de conducta y una Asamblea Gubernativa, para las normas de organización. Además propone un Tribunal Constitucional, separado de la organización Judicial para resolver los conflictos de competencia entre las dos Asambleas. En definitiva intenta delinear un órgano de carácter aristocrático para velar por la vigencia y actualización de las normas de conducta.

A mi juicio Hayek elabora una “utopía”²² en el pleno sentido de la palabra. Su propuesta recuerda la “República” de Platón y, según mi parecer, muestra un sesgo

¹⁹ “El Orden Político de un Pueblo Libre”, III volumen de “Derecho, Legislación y Libertad”, Tercera parte en la edición de 2006.

²⁰ Especialmente: “Derecho, Legislación y Libertad”, Primera Parte “Normas y Orden”

²¹ Cap XVII de la edición 2006

²² La palabra “utopia” surge del título de la famosa obra de Santo Tomás Moro quien en ella describe una sociedad ideal con el fin de criticar la existente. Esa palabra se traduce como “en ninguna parte” mostrando

“idealista” en un realista cabal como es nuestro autor. Creo que se trata de una “utopía” porque considero imposible que, en la sociedad actual, pueda organizarse un cuerpo electivo inmune a las ideologías y los partidos políticos.

En este capítulo Hayek parece dejar de lado la función del Poder Judicial como encargado de preservar y adaptar las normas de conducta para transferirla a un órgano electivo. A su vez propone un Tribunal Constitucional similar a los modelos europeos cuyo origen tiene un linaje positivista. Es extraño que nuestro autor no haya insistido en su idea de que la aplicación y descubrimiento del orden espontáneo corresponde al Poder Judicial al delinear su propuesta de Constitución.

Considero que no es necesario diseñar órganos de naturaleza aristocrática para asegurar la vigencia del orden espontáneo pues ya existen en aquellas constituciones que siguen el modelo norteamericano.²³

3.2 El Poder Judicial preserva el orden espontáneo.

En el sistema de nuestra Constitución el Poder Judicial es un resorte más de un mecanismo tendiente a evitar la concentración del Poder.

El Poder Ejecutivo es elegido por el pueblo cada seis años y el Legislativo se forma por dos Cámaras que se renuevan por mitades cada dos años la de Diputados y por tercios también cada dos años, la de Senadores.

La falta de continuidad democrática impidió ver como la combinación de la duración de los períodos de ambos poderes permite a la ciudadanía manifestarse periódicamente sobre las tendencias políticas y los rumbos concretos tomados por los gobernantes.

Pero es sabido que la opinión pública puede encontrarse influida por circunstancias y veleidades pasajeras y no es conveniente que el orden espontáneo –según el pensamiento hayekiano- esté al vaivén de las ideas o posturas de coyuntura. Para evitarlo está el Poder Judicial cuya forma de designación y duración lo aleja de las pasiones del momento y en su natural y lenta renovación permite que la evolución de sus ideas y concepciones sea pausado.

Es cierto que en la selección de sus componentes incide el factor político pues es el presidente quien propone para el acuerdo del Senado. Pero una vez designado el Juez adquiere total independencia porque dura en el cargo mientras dure su buena conducta. De esta manera el Poder Judicial es el que “enlaza” las distintas administraciones y su composición y forma de pensar van variando lentamente a medida que se producen vacantes en forma natural y son cubiertas por las distintas administraciones.

que el autor solo pretendió mediante la sátira y la imaginación criticar aspectos de la sociedad donde vivía pero, en manera alguna, la propuso como ideal.

²³ ver Lynch, Horacio “La Libertad Económica y la Corte Suprema” La Nación 28 de marzo de 1982.

La vieja aspiración del "gobierno mixto" (aristocrático y democrático) está presente en este sistema donde existen dos poderes netamente democráticos (el Ejecutivo y el Legislativo) y un tercero donde la soberanía del pueblo incide en el momento del nombramiento de sus miembros pero que como cuerpo responde a la idea aristocrática de la permanencia en el cargo.

De allí mi crítica a este capítulo del pensamiento de Hayek. Creo que el modelo "ideal" (no utópico) está vigente en nuestro país y el esfuerzo debe dirigirse a mejorarlo para que cumpla su función mediante la instauración de sistemas de formación y selección de jueces. Para ello es indispensable encarar una profunda reforma del Consejo de la Magistratura.

3.3. El problema argentino.

Actualmente se vive en la Argentina una profunda crisis en el sistema judicial cuya principal manifestación es la seria afectación al principio de independencia.

No puede atribuirse totalmente la responsabilidad de esta crisis al actual gobierno porque tiene raíces históricas más profundas, algunas de índole político institucional y otras filosóficas.

En cuanto a las primeras considero que la inestabilidad política llevó a la utilización del desconocimiento de la estabilidad judicial tanto por parte de los gobiernos de-facto como los democráticos. Los primeros mediante la puesta en comisión de la Justicia y destitución de magistrados sin formarles juicio; los segundos, mediante el simple expediente de no conceder el acuerdo del Senado a los nombrados en períodos de facto o la sanción de leyes jubilatorias especiales.

A ello se agregó el deficiente funcionamiento del sistema de nombramiento y remoción de nuestra Constitución histórica que llevo a que, con el fin de remediarlo, se instaurara una institución ajena a nuestra tradición como es el Consejo de la Magistratura, con el agravante que en las leyes que lo reglamentaron se afectó gravemente la independencia al darle mayoría de miembros al sector político por sobre el profesional²⁴.

Pero no me detendré en la crítica a la situación actual. Pretendo en cambio marcar características más profundas que han incidido en la situación actual enmarcadas en aspectos de formación filosófica de los hombres de Derecho.

El problema de fondo es que las colonias españolas de América formadas en la tradición del derecho continental europeo que, conforme a este origen adoptaron en materia de derecho privado la legislación napoleónica, en materia de Derecho Público siguieron la Constitución Norteamericana, organizaron su justicia en forma similar y finalmente impusieron, ya sea en forma directa o por vía de interpretación, el control judicial de la constitucionalidad de las leyes.

²⁴ del Carril, Enrique V. "El Consejo de la Magistratura emplazado a reformarse", Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, diciembre de 2009.

Argentina no fue una excepción. En nuestro país, la Facultad de Derecho forma juristas conforme a la tradición continental que da primacía a la ley positiva como fuente del derecho. Aún los profesores enrolados en posturas jusnaturalistas, en sus cátedras, sus programas de estudio y sus exigencias a los estudiantes responden a una suerte de "positivismo larvado".

Esta contradicción tiene su efecto en un tradicional retraimiento de nuestros jueces para constituirse en intérpretes del Derecho mas allá de su expresión escrita y, también en su función de control de constitucionalidad. Últimamente parecería que esta tendencia cambia pero, lamentablemente, ocurre en un contexto donde la justicia a pasado a ser un arma de la lucha por el poder. Este problema solo se solucionará cuando se produzca un profundo cambio en la enseñanza del derecho.

FIN