

1-1-2004

Las Decisiones Constitucionales de Ulises: Acerca de las Dificultades para la Construcción Colectiva de una Práctica Constitucional en Argentina

Roberto Saba

Follow this and additional works at: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela

Recommended Citation

Saba, Roberto, "Las Decisiones Constitucionales de Ulises: Acerca de las Dificultades para la Construcción Colectiva de una Práctica Constitucional en Argentina" (2004). *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*. Paper 41.
http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/41

This Article is brought to you for free and open access by the Yale Law School SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers at Yale Law School Legal Scholarship Repository. It has been accepted for inclusion in SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers by an authorized administrator of Yale Law School Legal Scholarship Repository. For more information, please contact julian.aiken@yale.edu.

Las Decisiones Constitucionales de Ulises

Acerca de las Dificultades para la Construcción Colectiva de una Práctica Constitucional en Argentina

Roberto P. Saba¹

POSTALES ARGENTINAS

Diciembre de 2001. Acaba renunciar, a sólo dos años de haber asumido su cargo, Fernando de la Rúa, el presidente electo por el pueblo en medio de la peor crisis económica, política y social de la historia reciente Argentina. Desde ese momento, cuatro personas ocuparon su posición en menos de dos semanas. Finalmente, Eduardo Duhalde, el hombre fuerte del Partido Justicialista en ese momento, se hace cargo de la jefatura del Poder Ejecutivo en forma interina hasta que se llamen a nuevas elecciones presidenciales. Es conocida su enemistad con el ex Presidente Menem y con aquellos que fueron sus aliados incondicionales, entre los que se encontraba la mayoría de los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación². El congelamiento de los depósitos bancarios y la conversión compulsiva de los plazos fijos en

¹ Profesor de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos de las Universidades de Buenos Aires y de Palermo. Director Ejecutivo de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC).

² Durante la década del 90, la mayoría de los nueve jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación habían sido designados por el Presidente Carlos Menem luego de incrementar en cuatro el número de sus miembros. Esto dio lugar a una serie de fallos favorables a los intereses del gobierno y a otros de línea más conservadora que no necesariamente eran requeridos por la lealtad hacia las políticas impulsadas por el Presidente, generando lo que la opinión pública, los medios y algunos académicos denominaron la “mayoría automática” de la Corte. Para una lista detallada de estos fallos decididos por 5 a 4, ver el *Informe 5/4*, Asociación por los Derechos Civiles, Buenos Aires, a publicarse en www.adc.org.ar. Sobre el proceso que condujo al incremento de los miembros de la Corte Suprema de Justicia y a su captura por parte del poder político, ver Horacio Verbitzky, *Hacer la Corte*, Planeta, Buenos Aires, 1993. Sobre una visión crítica de algunas de las decisiones más importantes de esta Corte, ver la serie de artículos publicados bajo el título de “La Corte de Menem” en la Revista *No Hay Derecho*, Número 5, 1991.

dólares a un valor en pesos fijado por el gobierno y menor al del mercado, provoca la ira pública de los ahorristas que protestan en las calles, a veces, violentamente. Se inician miles de causas judiciales fundadas en el reclamo de respeto por el derecho de propiedad y la obligación de cumplir con los contratos. Por su parte, el Presidente Duhalde está decidido a deshacerse de la Corte Suprema “adicta” – así se la calificaba – al ex Presidente Menem, entre otras razones, porque teme que establezca que su designación como presidente interino no fue constitucional. Es consciente de que el pueblo y los medios de comunicación apoyarían una iniciativa de esas características y probablemente por ello respalda la decisión de la Cámara de Diputados de llevar a juicio político a la totalidad de los miembros de la Corte. Mientras esto ocurre, llegan al máximo tribunal federal algunos de las causas judiciales iniciadas por los ahorristas contra la llamada “pesificación” de los depósitos. Un pronunciamiento de este tribunal declarando inconstitucional esa decisión provocaría una gravísima crisis económica –la segunda en cuestión de semanas– que arrastraría consigo al propio Presidente Duhalde generando una crisis de gobernabilidad de consecuencias imprevisibles por no contarse con un recambio de liderazgo que resulte aceptable para la gente. La Corte entiende que finalmente tiene, en la posibilidad de tomar esta decisión, una moneda de cambio para negociar con el Poder Ejecutivo el final del juicio político que el Presidente alentaba. Duhalde denuncia públicamente que la Corte lo está extorsionando mediante la amenaza de tomar esa decisión, a menos que se detenga el juicio político³. En febrero de 2002, la Corte decide finalmente el caso *Smith*, según el cual se declara inconstitucional el decreto que congeló los depósitos bancarios por considerarlo violatorio del derecho de propiedad. Los juicios políticos no prosperan para ninguno de los nueve miembros del Máximo Tribunal de la Nación.

³ Para una descripción minuciosa de estos hechos, ver el informe preparado por el CELS y presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, publicado en www.cels.org.ar.

Principios de 2002. Un juez de la ciudad de Paraná, en el noreste del país, en medio de la crisis económica originada en diciembre de 2001 y el reclamo de un cada vez mayor sector de la población que se encuentra por debajo de la línea de pobreza⁴, y frente a la demanda de un particular en reclamo de su derecho a la alimentación, obliga a un supermercado local a proporcionar comida a una persona y establece que el costo de esos alimentos deberá deducirse del pago de impuestos.

1991. El proceso de privatización de la empresa estatal de aeronavegación, Aerolíneas Argentinas, clave en términos políticos para el programa de reforma del estado del gobierno del Presidente Carlos Menem, es atacado judicialmente en un tribunal de primera instancia por un Diputado Nacional que sostiene hubieron vicios de corrupción en el trámite de la licitación. La Corte Suprema, cuya mayoría es afín al gobierno, mediante la original figura del *per saltum*, se hace cargo de la causa cuando en realidad no existía fundamento legal para ello. El expediente es “retirado” de las oficinas del juez inferior por un enviado de la Corte Suprema de Justicia, tribunal que decidió finalmente el caso en términos que favorecieron al gobierno no encontrando irregularidad alguna en el proceso de licitación pública⁵.

⁴ El estancamiento de la economía argentina empezó a operarse en 1997 y se mantuvo hasta mediados del 2003. Este proceso dio por resultado el aumento de los índices de desempleo, subempleo y pobreza alcanzando niveles nunca registrados en la historia moderna del país.

⁵ Ver Horacio Verbitzky, *Hacer la Corte*, Planeta, Buenos Aires, 1993, pp. 137-141.

LA POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA Y LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA

Teniendo en mente casos como los descriptos a modo de ejemplos paradigmáticos de la relación existente entre el Poder Judicial y la política partidaria, resulta casi un lugar común sostener que el régimen de *rule of law* en Argentina se encuentra profundamente debilitado. La preocupación por esta situación fue manifestada en reiteradas oportunidades por las instituciones internacionales de financiamiento y las de cooperación internacional. Numerosas conferencias en distintas partes del mundo se refieren a esta especie de catástrofe institucional. La crisis del régimen de *rule of law* en Argentina se podría caracterizar por los recurrentes e imprevisibles cambios regulatorios – generalmente ocurridos como consecuencia de presiones de intereses particulares –, la desobediencia de la ley –por corrupción, falta de autoridad, o ineficacia de las agencias responsables de hacer cumplir la ley, entre otras razones. Una gran parte de la responsabilidad por estos hechos parece recaer, a los ojos de expertos y analistas, en el poder judicial, su deficitario funcionamiento y su falta de independencia del poder político.

En este contexto, se ha vuelto recurrente en círculos académicos y políticos nacionales e internacionales afirmar que existen en la Argentina dos serios problemas que atentan contra el buen funcionamiento de un régimen en el que “impere la ley y no los caprichos de los hombres”. Uno de ellos es etiquetado bajo la idea de la nociva “politización de la justicia”. El otro, se refiere a una negativa y supuestamente evitable “judicialización de la política”. Ambos problemas son percibidos como la causa del deterioro del régimen de *rule of law* y el

consiguiente elevado índice de desconfianza e incertidumbre jurídica por parte de los justiciables. Este diagnóstico ha llevado a muchos a sostener que el problema de la inseguridad jurídica requiere, entre otras cosas, de la reconstrucción de la legitimidad perdida del Poder Judicial. Por este motivo, se han invertido en el país cantidades millonarias en dólares para la denominada “Reforma de la Justicia”.

La reconstrucción de la credibilidad y eficacia de la justicia argentina, para muchos, se lograría a través de su “despolitización”, entendiéndose por tal la necesidad de erradicar todo rastro de “política” de la actividad que desarrollan los jueces. Ello se lograría, por ejemplo, modificando su mecanismo de designación de modo que sólo accedan a la magistratura aquellos profesionales que cuenten con una elevada calidad técnica y demuestren ser honestos ciudadanos respetuosos de la ley. Con este objetivo, por ejemplo, la reforma de la Constitución Nacional llevada a cabo en 1994, incorporó la creación de un Consejo de la Magistratura Nacional que sería un órgano independiente de los poderes políticos del estado y se encargaría de seleccionar a los “mejores” candidatos a juez para que el Presidente proponga al Senado para su aprobación. Estos candidatos serían elegidos por el Consejo sobre la base de estándares exclusivamente técnicos y de idoneidad moral (exámenes sobre cuestiones jurídicas, demostrada honestidad, cumplimiento de obligaciones impositivas, etc.). Este proceso permitiría al Consejo identificar una terna de candidatos por cada vacante a cubrir, la cual sería enviada al Presidente. Este seleccionaría una persona de entre esas tres y la propondría al Senado para su aprobación. El Consejo de la Magistratura estaría formado por expertos provenientes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, representantes del Colegio Público de Abogados y de las dos Cámaras del Congreso Nacional. El Presidente de la Corte Suprema sería el Presidente de este

Consejo. Este sistema de nombramiento de jueces fue diseñado con la aspiración de mantenerlo políticamente “aséptico” y fue fuertemente apoyado por la opinión pública, los medios de comunicación, las organizaciones especializadas de la sociedad civil, el Banco Mundial y gobiernos extranjeros que apoyaban reformas institucionales en el país durante la década del 90. Se aplicaría a todos los jueces federales, excepto a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que seguirían siendo elegidos como se hacía con anterioridad a la reforma: el Presidente selecciona a un candidato de acuerdo a su entera discreción y lo propone al Senado para su aprobación sin la intervención del nuevo organismo “técnico” y en un proceso que, de hecho, resulta prácticamente secreto, con excepción de la votación en el Senado que se lleva a cabo públicamente aunque no quedan registros del modo en que votaron los senadores a título individual y que, por su duración, no permite debate o escrutinio público alguno de la decisión⁶. Aparentemente, esta distinción entre los procesos de designación de diferentes jueces federales (los miembros de la Corte Suprema, por un lado, y los demás jueces federales, por el otro) indicaría que fue voluntad de los constituyentes “despolitizar” la labor de la justicia – al menos en lo que se refiere al proceso de nombramiento de jueces de Primera Instancia y Camaristas –, y preservar el carácter “político” para la designación de jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La referencia a la denominada “politización de la justicia” parece estar relacionada con la idea de que existe una nociva invasión de la actividad que desarrollan los partidos políticos y de

⁶ La sesión en la que el Senado aprobó los pliegos de los cinco candidatos a Jueces de la Corte propuestos por el Presidente Menem en 1990 duró poco más de tres minutos. Ver Horacio Verbitzky, *Hacer la Corte*, Planeta, Buenos Aires, 1993, pp. 33-78. En 2002, cuando el Presidente Duhalde tuvo que proponer un nombre para cubrir una vacante en la Corte, el proceso desarrollado entre la fecha de la propuesta y su aprobación en el Senado, duró una semana. Ver *Informe sobre la Designación del Juez Maqueda*, Asociación por los Derechos Civiles, 2003, www.adc.org.ar.

grupos con intereses estratégicos en el ámbito de la justicia. Esta interferencia resulta obviamente inadmisibles para un sistema basado en la independencia del Poder Judicial respecto de los poderes políticos del estado. Esta injerencia de “la política”, entendida como negociación y puja de intereses particulares con miras a una decisión de carácter público, operaría de diferentes maneras. Una de ellas consistiría sencillamente en la manipulación de jueces por medio de “pedidos” o presiones desde el Poder Ejecutivo. Algunos llaman a esta práctica irónicamente *phone justice* o “justicia a pedido” dada la disponibilidad de algunos jueces a responder a los llamados telefónicos de los funcionarios del gobierno⁷. Otra variante de práctica destructiva de la independencia del Poder Judicial es la que da lugar a decisiones judiciales que resultan ser convenientes con los intereses del gobierno de turno por una cuestión de lealtad, y no necesariamente de presión, hacia aquellos a quienes los jueces deben sus cargos. Finalmente, en la Argentina hemos también experimentado recientemente un tipo de uso “político” de la justicia, en un sentido o dirección inversa a la que le di hasta aquí a este término, dado por la amenaza de decisiones judiciales que podrían hacer miserable la vida del poder político, en particular del Presidente de la Nación. Un ejemplo de ello fue el caso en el que el Presidente Duhalde acusó a la Corte de estar “extorsionándolo”, en referencia a la amenaza de la mayoría del tribunal de decidir un caso a favor de la inconstitucionalidad del congelamiento de los depósitos bancarios y la “pesificación” compulsiva de esos ahorros. La decisión hubiera provocado una crisis

⁷ La práctica de establecer contacto directo entre funcionarios del Poder Ejecutivo y algunos jueces no sólo no se oculta, sino que no parece percibirse en ella nada profundamente equivocado. A modo de ejemplo, obsérvese este diálogo entre un periodista y el ex Presidente Menem respecto del juez Urso, magistrado que investiga el accionar del ex mandatario en hechos de corrupción durante su gobierno:

Periodista: “¿Cree que algún juez esta presionado por el gobierno (de Kirchner)...?”

Menem: “Algunos, sí. Urso, sí”

Periodista: “¿Cómo era la relación con los jueces durante su gobierno...?”

Menem: “(Interrumpe y sonríe con sorna.) Si Urso comía conmigo...”

Periodista: “¿Se siente traicionado por Urso?”

Menem: “No traicionado, pero si profundamente defraudado. Porque para hacer lo que hizo con un decreto debe estar muy, pero muy presionado... No sé de qué manera.”

Entrevista publicada en el Diario *La Nación*, Buenos Aires, 11 de Abril de 2004, pág. 8 del cuerpo principal del periódico.

económica y política de considerables dimensiones que podría haber puesto en riesgo la estabilidad misma del Presidente interino. Esta inédita presión de la Corte sobre el Ejecutivo – siempre la presión se había dirigido en la dirección opuesta – operaba como respuesta y defensa a la amenaza de juicio político para lograr la remoción de los jueces de la Corte fundada en su inocultada alianza con el ex Presidente Menem, archienemigo del Presidente Duhalde.

Resulta sencillo demostrar que estas prácticas no soportan ningún intento de justificación que resulte compatible con los principios de un régimen de *rule of law* en el que el Poder Judicial es creado justamente con la aspiración de mantenerse independiente de los poderes políticos del estado democrático. Si lo que entendemos por politización de la justicia se refiere exclusivamente al ejercicio de la función judicial como respuesta condicionada por las necesidades de los poderes mayoritarios del estado o como defensa de los jueces frente a posibles amenazas de remoción, la discusión resulta pobre, de contenidos previsibles y bastante poco interesante. Es evidente que “politizar” la justicia en este sentido es radicalmente inconsistente con un régimen de *rule of law* en una democracia constitucional. La manipulación de la justicia con fines políticos en el sentido de favorecer los intereses de los órganos mayoritarios es, en verdad, un indicador claro de que el *rule of law*, la constitución y los derechos fundamentales reconocidos en ella han desaparecido. En este sentido banal, la “politización de la justicia” es casi una frase ininteligible desde el punto de vista del constitucionalismo democrático. En ella, ni “política” y ni “justicia” parecen ya significar lo mismo que lo que creemos significan en una democracia constitucional. “Polítización de la Justicia”, en este sentido de los términos, resulta ser un modo aparentemente “científico” para llamar a un estado en el que la justicia y la política ya no existen.

Algo similar sucede con la recurrente afirmación que expresa la preocupación por la “judicialización de la política” (o “de los conflictos políticos”). Esta etiqueta se refiere al uso de la justicia para dirimir cuestiones cuya consideración y decisión competen, supuestamente, al ámbito de la política, y no al del Poder Judicial, pero que, sin embargo, por diferentes motivos, se trasladan de “la política” (localizada en el Congreso, el Poder Ejecutivo, o, en términos generales, en el ágora democrática), a los dominios no políticos y no democráticos: los tribunales. Este es un ataque relativamente común, la mayoría de las veces sin saberlo, por ejemplo, al litigio de interés público llevado a cabo por grupos vulnerables u organizaciones preocupadas por cuestiones tales como la protección del medio ambiente, el respeto por los derechos humanos, las libertades civiles, la transparencia en la gestión del gobierno, o los derechos de los usuarios y consumidores. Los críticos de estas prácticas fundan su juicio negativo en el hecho de que ellas constituyen – sostienen – “una forma de hacer política” en el poder judicial dada la imposibilidad de tener éxito en la arena democrática. Esta crítica, así planteada, tampoco parece ser una preocupación expresada en términos inteligibles dentro de los “límites del lenguaje” de la democracia constitucional. Los reclamos de estos grupos en los dominios del Poder Judicial son, casi siempre, reclamos referidos a la protección de derechos afectados por la existencia o inexistencia de políticas públicas o decisiones del gobierno. El reestablecimiento del efectivo ejercicio de esos derechos puede implicar, muchas veces, el cese de una política (como, por ejemplo, de protección de los derechos reproductivos de las mujeres) o, el requerimiento de su desarrollo (la construcción de mecanismos de acceso para discapacitados motrices en edificios públicos o la producción de vacunas inexistentes en el mercado). Por supuesto, el cese de una política – o la orden de darle impulso – lleva implícita

una derrota para la mayoría que logró, en primer término, imponerla – o evitarla – en los ámbitos “políticos” del gobierno (los Poderes Legislativo o Ejecutivo). Sin embargo, ello no se debe, en principio, a que esa mayoría ha sido vencida espúriamente en un terreno prohibido ajeno a la política, sino que la interrupción o impulso de la política pública es consecuencia de un juicio sobre la afectación que ella – o su ausencia – ocasiona a un derecho constitucional. La discusión y la consiguiente crítica acerca de la “judicialización de la política” en el sentido de trasladar la “lucha política”, originalmente reservada a los dominios del Congreso, hacia los tribunales, planteada en los términos descriptos, tampoco resulta ser muy interesante. ¿Qué tiene de novedoso discutir el hecho de que en una democracia constitucional la justicia toma decisiones que impactan sobre las políticas públicas cuando ordena que ellas se interrumpan o impulsen, según el caso, sobre la base de que por su remedio de ellas se viola un derecho constitucional? ¿No es acaso la facultad de tomar este tipo de decisiones, reconocida a los jueces en sistemas como el Argentino, uno de los objetivos más importantes del establecimiento de una constitución y del control judicial de constitucionalidad? ¿No es ese tipo de decisiones judiciales justamente lo que se espera del Poder Judicial en una democracia constitucional con control judicial de constitucionalidad, es decir, que las políticas que, debido a su existencia o a su ausencia, redundan en una violación de derechos sean detenidas u exigidas? Impedir judicialmente una política que viola derechos constitucionales no es “judicializar” la política, sino hacer valer los derechos constitucionales frente a las mayorías representadas en los órganos políticos del gobierno. Sostener que existe una “judicialización la política” presupone afirmar que los reclamos de derechos, que en general realizan grupos, o personas individuales a veces en su condición de miembros de un grupo afectado, equivalen para algunos a reclamos de intereses como los que entran en juego en la discusión parlamentaria o en las agencias de la

administración. Creo que sólo equiparando derechos con intereses podemos confundir la acción de la justicia con una acción “política”, en el sentido de “partidaria” o “democrática”.

Sin embargo, mi crítica a estos usos comunes de ciertas etiquetas referidas a la relación entre política y justicia, no supone afirmar que la intuición – o la certeza – de que algo malo está sucediendo en la justicia argentina en lo que se refiere a la relación entre la política y el ejercicio de la judicatura, sea falsa. Sólo quiero llamar la atención sobre el hecho de que el problema, planteado en estos términos no sólo es ininteligible, sino que tampoco parece ser demasiado interesante y hasta puede ser contraproducente al guiar las acciones públicas de reforma de la justicia en una dirección equivocada. Sin embargo, existe un sentido en el que podemos entender la relación entre justicia y política en que la conversación se torna más interesante, o incluso más útil desde el punto de vista de sus implicancias para el diseño institucional.

El enfoque del problema que sugiero como alternativo tiene fuertes vínculos con las cuestiones más básicas de falta de independencia a las que acabo de hacer referencia, pero tiene consecuencias muy diferentes respecto de dónde posar el foco de una reforma de la justicia que intente devolver a los tribunales la credibilidad y confianza pública perdidas.

Tengo la intuición de que al dirigir nuestra atención casi exclusivamente a los problemas obvios de “politización de la justicia” y al aspirar solucionarlos por medio de la “despolitización” de los tribunales, también, y casi sin darnos cuenta, intentamos anular ciertas prácticas o decisiones judiciales que se asimilan demasiado livianamente a aquellos obvios casos de “politización” de la justicia cuando en realidad parecen responder a elementos políticos de la

actividad judicial que, lejos de ser censurables, son requeridos por el rol que les asignamos a los jueces en una democracia constitucional. Me refiero a situaciones diferentes a las mencionadas previamente como aquellas habitualmente identificadas como relaciones espurias entre la actividad política y la actividad de los jueces. Ellas se vinculan especialmente con dos cuestiones respecto de las cuales una perspectiva demasiado inclusiva de lo que “politización de la justicia” y “judicialización de la política” significan, podría censurar apresuradamente sin reconocer en ellas prácticas inevitables y hasta requeridas por el sistema jurídico-político. Por un lado, pienso en aquellas ocasiones en las que los jueces se ven obligados a tomar decisiones valorativas como parte del proceso interpretativo de la ley. Por otro lado, me refiero a aquellas instancias en las que los jueces deben resolver casos en los que la afectación de un derecho se debe a la implementación o falta de implementación de una política. Creo que una cierta confusión entre la idea de “politización” en un sentido banal (obsecuencia con el poder político de turno) con cualquier otro sentido del término (por ejemplo el que lo relaciona con decisiones “no-técnicas” y valorativas) ha llevado a que se propongan caminos de “reforma de la justicia” que, en su intento por volverla más aséptica y neutra, han equivocado el rumbo y fracasado en la empresa. Por otro lado, creo que la crítica a ciertas prácticas fundada en que éstas conducen a la “judicialización de la política”, no corresponde a un uso espurio de los tribunales por grupos u organizaciones, sino que es una consecuencia necesaria e ineludible de la existencia de constituciones con control judicial de constitucionalidad y que se vuelve un problema más complejo cuando esas constituciones se tornan más robustas en cuanto a la expansión de los derechos que reconocen.

DECISIONES JUDICIALES BASADAS EN PRINCIPIOS Y

DECISIONES JUDICIALES BASADAS EN CONSIDERACIONES ESTRATÉGICAS

Una fuente de descrédito de la justicia frente a la ciudadanía en Argentina está dada por el hecho de que algunas decisiones judiciales claramente persiguen beneficiar (o a veces perjudicar, dependiendo de las relaciones entre los factores de poder involucrados) al Poder Ejecutivo. Algunos casos paradigmáticos en este sentido fueron los que condujeron a la declaración de constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia cuando ella resultaba al menos dudosa para la mayoría de la doctrina (caso *Peralta*⁸), o al pronunciamiento contrario a la denuncia de irregularidades en el proceso de privatización de empresas estatales por medio de una dudosa interpretación de normas procesales (caso *Aerolíneas Argentinas*⁹), o la orden de “redolarizar” los depósitos bancarios en moneda estadounidense que habían sido “pesificados” por el gobierno como estrategia para afrontar una severa crisis económica (caso *Smith*¹⁰), entre muchísimos otros. Estas decisiones basadas en consideraciones estratégicas dirigidas a honrar los vínculos entre algunas personas en diferentes posiciones de la justicia y del gobierno, se contraponen con lo que podríamos denominar decisiones basadas en consideraciones de principios, las cuales se toman sin importar cuáles serán sus consecuencias desde el punto de vista político-estratégico, sobre todo el modo en que ellas impactarán sobre aquellos que se

⁸ CSJN, 27/12/90, *Revista La Ley*, 1991-C-158.

⁹ D. 104 XXIII Dromi, José Roberto (Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación) s/ avocación en autos: “Fontela, Moisés Eduardo c/ Estado nacional” (CSJN, 6 de septiembre de 1990); y D. 104 (1990), Dromi, José Roberto (Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación) s/ avocación en autos: “Fontela, Moisés Eduardo c/ Estado nacional s/ amparo” (CSJN, 13 de julio de 1990). Ver también Alejandro D. Carrió y Alberto F. Garay, *La jurisdicción per saltum de la Corte Suprema. Su estudio a partir del caso Aerolíneas Argentinas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991.

¹⁰ CSJN, Smith, Carlos A. c/ Estado Nacional”, 1/2/2002.

encuentran en el gobierno¹¹. No parece ser necesario dedicarle más de una oración a la incompatibilidad entre un régimen de *rule of law* y la posibilidad de que los jueces decidan sobre la base de consideraciones estratégicas en el sentido que describí. Sin embargo, y quizá debido a la influencia de la tradición continental en Argentina (que espera de los jueces un proceder estrictamente técnico que se reduce a la mera “aplicación” del derecho¹²), el rechazo a las decisiones estratégicas en el ámbito de la justicia arrastra también consigo el rechazo a las decisiones de los jueces que se fundan en principios, cuya identificación se logra sólo a través de la tarea interpretativa, *prima facie* vedada a los jueces de la tradición continental.

La interpretación del derecho, mal que le pese a la ortodoxia de la tradición del *civil law*, es inevitable en el proceso de aplicación del derecho y trae aparejada inevitablemente la toma de decisiones valorativas. Para algunos, estas decisiones valorativas son asimiladas a “políticas” contribuyendo a la confusión que trata a las decisiones estratégicas y a las valorativas de modo indiscriminado. Es preciso evitar identificar a las decisiones políticas entendidas como decisiones basadas en principios, con las decisiones políticas entendidas como decisiones basadas en la necesidad estratégica de un partido político o un grupo de poder, si deseamos diseñar estrategias tendientes a recuperar la confianza en el Poder Judicial para la reconstrucción de una práctica constitucional que consolide un régimen de *rule of law*. Las decisiones valorativas basadas en principios son inevitables en el proceso interpretativo que conduce a la

¹¹ Sobre esta distinción entre decisiones estratégicas y decisiones basadas en principios, ver Owen Fiss, “The Fallibility of Reason”, en Bruce Ackerman (ed.), *Bush v. Gore: The Question of Legitimacy*, Yale University Press, New Haven, 2002, pp. 84-95.

¹² John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition. An introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford University Press, Stanford California, 1969. También Mirjan R. Damaska, “On circumstances favoring codification”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, pp. 355-371.

aplicación judicial de la ley. Las decisiones estratégicas desde el punto de vista político-gubernamental son inadmisibles.

Al confundir ambos significados de “decisión política” (como “valorativa” y como “estratégica”), y con el objeto de evitar “la decisión basada en consideraciones estratégicas”, se censura también la decisión basada en principios como si fuera una patología que debería ser evitada, cuando en realidad forma parte inevitable de la labor interpretativa del juez en el proceso de hacer efectivo el respeto de la ley en una democracia constitucional en la que se le reconoce la facultad del control de constitucionalidad. La creencia de que es posible aplicar el derecho sin recurrir a decisiones valorativas se apoya en el presupuesto de la tradición continental de que los jueces no deben permitir que sus valoraciones interfieran al momento decidir, sino que sólo aplican el derecho “avalorativamente”, lo cual implica, para algunos, decidir “jurídicamente” como diferente a decidir “políticamente”, de modo que la única voluntad política (“valorativa”) aplicable sea la voluntad del pueblo representado en el Parlamento al momento de sancionar las leyes. Si deseamos la posibilidad de justificar el que los jueces tomen decisiones basadas en consideraciones estratégicas, y aceptamos la inevitabilidad de que sus decisiones se basen en principios y opciones valorativas, entonces el problema de la “independencia” del juez respecto de la política hace foco sobre el modo en que esas decisiones valorativas puedan tomarse de modo que las valoraciones del juez no sean (las únicas) tenidas en cuenta al momento de interpretar y aplicar el derecho. Este nuevo encuadre del problema, por supuesto, rechaza cualquier tipo de injerencia del poder político (del gobierno) en la decisión judicial, pero no rechaza el carácter valorativo de la facultad interpretativa del juez. Si esto es cierto, entonces el esfuerzo de reforma institucional no puede apuntar al aislamiento del juez respecto de la

discusión sobre lo que es justo ni confiar sólo en su capacidad técnica, sino que requiere de involucrar al juez en un proceso complejo y robusto en cuanto a la deliberación dentro de un proceso judicial tendiente a hacer justicia en un caso específico. Este enfoque acerca de lo que se requiere para lograr reconstruir la confianza en el poder judicial implica la necesidad de desplazar la idea de que la única fuente de autoridad jurídica es el Congreso y reconoce en el juez, o mejor, en el proceso judicial, un ámbito de deliberación “política” acerca de lo que es justo. Además, también presume que la ley no se limita al texto legal (constitucional, por ejemplo), sino que esa ley adquiere significado por medio de un proceso interpretativo que involucra a una amplia gama de actores que incluye a jueces, abogados, estudiantes de derecho, profesores, académicos, organizaciones no gubernamentales, etc.

LA JUSTICIA NO ES LA POLÍTICA POR OTROS MEDIOS

Uno de los ataques clásicos a la denominada “judicialización de la política” se funda en una supuesta invasión de la actividad judicial (que la tradición continental espera sea avalorativa, neutra, aséptica) de los dominios de la política, en el sentido de tomar decisiones sobre políticas públicas que en realidad competen a los “poderes políticos” del estado, el ejecutivo y legislativo. Esta crítica (o a veces elogio) a cierto tipo de decisiones judiciales no es una novedad. Podría asimilarse a las críticas y alabanzas que ha recibido el denominado activismo judicial. La discusión sobre activismo judicial, al menos en Argentina, parece dividir aguas entre “progresistas” y “conservadores”. Los primeros son “pro-activismo” y los segundos lo consideran la peor perversión del sistema de justicia (es dudosa la posición de los progresistas

que se pronuncian al tiempo por una democracia radical de fuerte raíz participativa y popular y por la efectiva vigencia de los derechos humanos y en particular de los derechos sociales). Resulta interesante resaltar que una división de aguas similar se ha dado entre posiciones conservadoras que ven al “garantismo” en la justicia como amenaza y las progresistas que lo ven como una causa política no necesariamente constitucional.

Sin embargo, creo que encuadrar la discusión sobre activismo judicial es errada en ambos extremos, el conservador y el progresista. La decisión de estrechar la amplitud de la decisión de los órganos políticos y de ampliar la injerencia del poder judicial en algunas decisiones de políticas públicas no es la consecuencia de una iniciativa judicial. Ello deviene de una decisión constitucional democráticamente tomada de retirar ciertas decisiones del ámbito de la democracia para trasladarlo al ámbito de la justicia¹³. El reconocimiento del contenido de once tratados internacionales sobre derechos humanos, incluido el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como normas con “jerarquía constitucional”, es un claro ejemplo en este sentido. La expansión del contenido constitucional ha llevado por esta vía a una reducción del ámbito de decisión democrática y el robustecimiento del rol del juez en el ejercicio de su facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes.

Como sostuve previamente, una de las críticas implícitas a la tendencia eticada bajo el mote de “judicialización de la política”, se relaciona con una supuesta expansión imperialista de la justicia de los dominios de la política democrática. La posibilidad de que los jueces decidan sobre necesidad de implementar políticas de salud, educación, alimentación, vivienda, inclusión social, antidiscriminación, condiciones carcelarias o de provisión de servicios públicos ha

¹³ Carlos Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Capítulo 1.

producido la reacción adversa de demócratas que ven en ella la tendencia a trasladar al ámbito de la justicia lo que para ellos es “natural” al ámbito de la política. No estoy de acuerdo con esta posición. La nuestra es una democracia constitucional y, como tal, entiende que el pueblo tiene el derecho de autogobernarse a través de los órganos ejecutivo y legislativo por medio de la representación política y de la votación según la regla de la mayoría. Ese poder de autogobierno, sin embargo, y en parte debido a la posibilidad de “error” de las mayorías, se encuentra limitado por el contenido constitucional, que también es el fruto de una decisión democrática pero de diferente “calidad” y limitada por los principios implícitos en la aceptación de la superioridad moral del sistema democrático de gobierno¹⁴. El pueblo se autoimpone una constitución que opera como límite a sus futuras decisiones democráticas. La *decisión constitucional* debe ser, por lo tanto, de diferente *calidad* que la *decisión política corriente*, pues de otro modo no podría justificarse la prevalencia de la primera por sobre la segunda¹⁵. La *decisión constitucional* es aquella que el pueblo toma haciendo ejercicio de su libertad colectiva para autodeterminarse sobre el supuesto de que la libertad es realizable a lo largo de su historia. El reconocimiento de la superioridad de la *decisión constitucional* por sobre la decisión política corriente requiere de una toma de posición previa acerca de la relación entre la libertad y la “unidad” de tiempo considerada como relevante para el goce de esa libertad. El rechazo de la idea de libertad “momentánea”, del tipo de la fundada en la filosofía del *carpe diem*, por parte de quienes entienden a la libertad a lo largo en una vida (*lifetime*), permite distinguir entre *decisiones constitucionales* y *decisiones políticas corrientes*, otorgándole a las primeras prevalencia sobre las segundas. La decisión de Ulises de atarse al mástil no lo hacía menos libre, por más

¹⁴ John Ely, *Democracia y desconfianza*, Universidad de los Andes, Capítulo 4, pp. 97-131; Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, Capítulos 5 y 6, pp. 120-172. Carlos Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Capítulo 7.

¹⁵ En esta posición hay cierta influencia de la distinción entre momentos constitucionales y momentos de política usual que propone Bruce Ackerman, *We the People*, Cambridge, 1991, pp. 3-33.

paradójico que parezca, sino que lo convertía en una persona libre justamente como consecuencia de haberse autoimpuesto la prohibición de desviarse de su decisión autónoma de llegar a destino, lo cual hubiera resultado imposible si hubiese dado rienda suelta a otras decisiones autónomas provocadas por oportunidades de desvío de su plan libremente escogido en formal original. Por supuesto, la idea de constitución como límite al poder democrático de los representantes del pueblo, implica la aceptación del presupuesto de que ese *pueblo es uno y el mismo pueblo* a lo largo de su historia y que, como tal, su exigencia atraviesa generaciones. El ideal mismo del constitucionalismo parece requerir de una toma de posición ontológica acerca de la existencia de un ente llamado “pueblo” que es libre a lo largo de su historia. Libre de atarse a un mástil del que las generaciones futuras no pueden desatarse a menos que decidan cambiar de mástil, es decir, adoptar una nueva decisión constitucional.

La incorporación de constituciones, en algunos países, se ha visto acompañada del reconocimiento a los jueces del poder de controlar la constitucionalidad de las leyes. La Argentina es uno de esos países. Más allá de las críticas que podamos hacerle al control judicial de constitucionalidad desde la teoría democrática, propongo partir del presupuesto de que este sistema de control está justificado. Cualquiera sea la teoría del control de constitucionalidad que adoptemos para justificar esta facultad de los jueces, parece ser claro que ese control se refiere a hacer prevalecer las *decisiones constitucionales del pueblo* por sobre las *decisiones corrientes del pueblo* (o de sus representantes. Por lo tanto, la *decisión constitucional* de robustecer el contenido constitucional – en el sentido, por ejemplo, de incorporar una generosa serie de derechos al texto de la Carta Magna –, implica necesariamente un robustecimiento de la injerencia del poder judicial en ámbitos que algunos preferirían ver bajo los dominios de los

poderes legislativos y ejecutivos. La preferencia por una especie de “democratismo radical”, en el sentido de que las decisiones competan a los poderes políticos dada su superioridad epistémica, por ejemplo, no parece corresponderse con la *decisión constitucional* – también democráticamente decidida por el pueblo – de retirarlas, con diferentes grados, de su campo de acción. En suma, la creencia de que los jueces “usurpan” poderes legislativos cuando toman decisiones a veces denominadas “activistas”, se funda, creo, en un equívoco. Los jueces, al controlar la constitucionalidad de las leyes, sólo hacen prevalecer las *decisiones constitucionales* del pueblo. En todo caso, la alegada “usurpación” es en realidad una que el pueblo presente (por medio de una *decisión constitucional*) le “usurpa” al pueblo futuro (en su capacidad para tomar *decisiones corrientes*). La supuesta “invasión” de los jueces en la política, es en realidad el producto ineludible de una decisión del pueblo de retirar a la “política” decisiones que ya fueron tomadas a nivel constitucional.

Es preciso aclarar que la “injerencia” del poder judicial en el ámbito de la decisión supuestamente política, no es exclusiva consecuencia de la inclusión de un número mayor de derechos o de la incorporación de derechos – por algunos considerados –, “cualitativamente” diferentes, como es el caso de los derechos sociales respecto de los derechos civiles y políticos. El presupuesto de que estos últimos requieren una omisión de hacer por parte del estado y, por lo tanto, de decisiones judiciales menos intrusivas de la política, mientras que los derechos sociales demandan una acción positiva del estado y una interferencia mayor de los jueces en la decisión sobre políticas públicas, está seriamente puesto en duda¹⁶. Como no me es posible desarrollar en profundidad este punto en este trabajo, me limitaré a llamar la atención sobre la requerida

¹⁶ Christian Courtis y Victor Abramovich, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Abregu, Matín y Courtis, Christian (compiladores) “La aplicación de los derechos humanos por los tribunales locales”, CELS, Editorial del Puerto, 1998.

decisión judicial acerca de la necesidad de políticas públicas específicas en casos en los que la afectación de un derecho “civil o político” obedece a una causa estructural, es decir a una política pública en ejecución o a su ausencia. Muchos casos de “derechos civiles y políticos”, con miras lograr su efectivo respeto, requieren por parte del juez una “lectura” de los hechos que identifique la existencia o ausencia de una política pública como la causa última de la afectación, conduciendo a una decisión judicial sobre esa política pública como parte de la facultad de control judicial de constitucionalidad. ¿La causa de la discriminación racial en *Brown v. Board of Education* era la prohibición de que este niño no ingrese a la escuela o la *política* de segregación racial? ¿La persona con una discapacidad motriz que no puede ingresar a un edificio público por no estar este preparado para su acceso, es discriminada en forma individual porque no puede ingresar a ese edificio y no poder subir sus escaleras o por la inexistencia de rampas en los edificios públicos en general? ¿La inhumana condición en la que se encuentra cada preso en las cárceles de Argentina, es una violación del derecho de cada preso considerado individualmente o la consecuencia de una política deficiente en materia de condiciones de detención?

Creo que la expansión del contenido constitucional y su consecuente robustecimiento del poder del juez, combinado con la inevitabilidad de la decisión valorativa en el proceso interpretativo conducente a la aplicación de la ley a un caso concreto, requiere más que nunca de arreglos institucionales que fortalezcan los aspectos deliberativos del proceso judicial.

ULISES EN BUSCA DE UN MÁSTIL:

ATAJOS PARA LOGRAR LA SEGURIDAD JURÍDICA FRENTE A LA INEXISTENCIA DE UNA FUERTE TRADICIÓN CONSTITUCIONAL EN ARGENTINA

La democracia constitucional requiere de límites al ejercicio del poder ejercido por las mayorías. La Constitución es ese límite¹⁷. Es el mástil al que el pueblo, como Ulises, se ata para poder ser libre a lo largo de su historia¹⁸, entendiendo por “libertad” – colectiva, en este caso –, la capacidad de decidir el propio destino dentro de los límites de un tiempo histórico y no “instantáneo” (del tipo *carpe diem*)¹⁹. La Argentina ha experimentado una gran dificultad a lo largo de su historia para mantenerse adherida a su mástil constitucional. Para dar cuenta de ello, alcanza con hacer referencia a los cinco golpes de estado acaecidos durante cuarenta y seis años validados por la propia Corte Suprema de Justicia desde en 1930; a las violaciones sistemáticas y masivas de derechos humanos perpetradas desde el estado durante la última dictadura (1976-1983), o los apartamientos constantes del mandato constitucional en democracia puestos en evidencia por el recurso reiterado a las intervenciones federales, las declaraciones de estado de sitio o la sanción de decretos de necesidad y urgencia (situación que no tuvo precedentes de la dimensión de lo acontecido durante el gobierno de Carlos Menem, pero que también se percibió durante los gobiernos de Alfonsín, de la Rúa y en la actualidad de Kirchner.

Los reclamos por una mayor “seguridad jurídica”, la vigencia de un régimen de *rule of law* y el respeto de los derechos fundamentales, son tres diferentes versiones de lo que algunos

¹⁷ Carlos Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1996, Capítulo 1.

¹⁸ Stephen Holmes, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en J. Elster y R. Slagstad, eds., *Constitucionalismo y democracia*, (F.C.E., México), pp. 217-262.

¹⁹ Jed Rubenfeld, *Freedom and Time*, Yale University Press, New Haven, 2001.

podrían identificar como reacciones frente a la carencia de una real y efectiva vigencia del límite constitucional opuesto al el poder político democráticamente ejercido. El fracaso en lograr atar a la democracia argentina al mástil constitucional, no implica necesariamente que el pueblo haya optado por la adopción de una postura democrática radical que considera como una paradoja insuperable la adopción de un gobierno democrático limitado. Las sucesivas crisis políticas y constitucionales han confirmado la necesidad de atar la decisión política de las mayorías a algún mástil que las proteja de sí mismas, aunque sí puede parecer cierto que en algunos casos la frustración condujo y conduce a pensar que la constitución ha fracasado en asumir ese rol. Esta frustración ha conducido a la construcción de “atajos constitucionales” o mecanismos por medio de los cuales se ha intentado superar el déficit constitucional, atando a la política a otros mástiles no-constitucionales, supuestamente más efectivos que la constitución y la justicia constitucional. Un ejemplo de esto es el caso de la creación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La voluntad de oponer como límite al ejercicio del poder del gobierno el ideal de los derechos humanos no nace con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Constitución Nacional de 1853 exige el respeto de los derechos fundamentales. Sin embargo, frente al hecho duro de que los gobiernos – incluso o precisamente los democráticos – no han respetado aquel límite, sumado al hecho de que en muchos casos los mismos jueces han fallado en hacerlo respetar, se ha debido afrontar la búsqueda de nuevos mástiles que nos aten cuando las cuerdas que nos mantienen unidos al mástil constitucional se aflojan. Es así como surge la aspiración de que la creación de un tratado internacional de derechos humanos y de un sistema de aplicación jurisdiccional de ese tratado que logre lo que la Constitución y el Poder Judicial fallaron en proveer dentro del sistema jurídico y político nacional. En este sentido, Argentina no se diferencia de una tendencia histórica global que parece haber marcado al siglo XX. Entre el siglo

XVII y el siglo XIX, los países de Europa Occidental y los del continente americano, recurrieron al constitucionalismo como estrategia de protección de derechos frente a la autoridad estatal. La segunda guerra mundial y el genocidio perpetrado durante su desarrollo por Alemania y los aliados del eje, así como las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos acontecidas en América Latina y el Caribe durante el siglo XX, han llevado a muchos países a considerar la estrategia de protección de derechos frente a la autoridad pública a través de sistemas constitucionales como incompleta o ineficaz para todos los casos²⁰. Frente a este “fracaso” del constitucionalismo, surgió la estrategia del derecho internacional de los derechos humanos como mecanismo para paliar el déficit de la estrategia constitucional. El derecho internacional requiere de los estados un acuerdo de cada uno frente al resto según el cual todos se obligan a respetar una serie de derechos, que se calificarán como “humanos” (es preciso aclarar que este acuerdo no se refiere a *los* derechos humanos, sino los derechos que esos estados *acuerdan* respetar en el marco del tratado) y se comprometen a someter aquellas controversias que impliquen una violación de esos derechos a tribunales internacionales generalmente creados por esos mismos acuerdos. En América Latina, las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos por dictaduras militares o por gobiernos en guerra con grupos insurgentes, dieron lugar al juicio de que la estrategia “local” o “constitucional” de protección de derechos había fracasado y que era necesario “completarla” o “complementarla” con la estrategia internacional. De este modo, se acordó, por medio de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que los países firmantes se comprometen entre sí a respetar y hacer respetar los derechos reconocidos en el tratado al tiempo que crearon dos órganos, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para lograr el efectivo cumplimiento del tratado desde el

²⁰ Norberto Bobbio, "Presente y futuro de los derechos humanos", en *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa, Buenos Aires Capítulo III, pp. 129-155.

punto de vista político y jurisdiccional por medio de los roles y facultades que se les asigna a la Comisión y la Corte creados por el tratado. Este sistema internacional de protección de derechos humanos rige incluso durante la vigencia en los países firmantes de sus regímenes de democracia constitucional, sobre la base del supuesto de que no sólo los gobiernos no democráticos fracasan en respetar los derechos reconocidos por el derecho interno, por ejemplo a través de sus constituciones. Si bien el tratado requiere del agotamiento de los recursos internos para acceder a las instancias jurisdiccionales de la Convención, este recurso presume que los tribunales locales pueden fallar en su obligación de hacer respetar los derechos constitucionales (que, en general, coinciden con los derechos humanos reconocidos en el tratado²¹, pero no necesariamente, lo cual puede suscitar complejas tensiones entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos. En síntesis, frente al fracaso de la Constitución y de los sistemas “nacionales” de protección de derechos que ellas establecen, se activa un sistema internacional de protección de derechos, sobre el presupuesto de que la vigencia perdida del régimen de *rule of law* a causa del fracaso en la aplicación de la Constitución Nacional en el ámbito local, será recuperado por la aplicación del tratado internacional de derechos humanos en el ámbito internacional. La “independencia” y “neutralidad” que no se pudo asegurar a nivel nacional con los jueces locales, serán logradas por medio de jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se asume sí serán independientes y neutrales, devolviendo la certeza jurídica perdida por el díscolo poder nacional. Esta estrategia presupone, de un modo que resulta sorprendentemente alineado con los presupuestos de la tradición continental y su exagerado optimismo acerca de las bondades de la codificación, que la independencia judicial (que es

²¹ En el caso argentino, todos los derechos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos fueron incorporados a la constitución, por lo que existe un reflejo perfecto de los derechos de los tratados en la Constitución, aunque no sucede necesariamente lo mismo respecto de los derechos reconocidos en la Constitución, pues es posible imaginar la hipótesis de que existe un derecho constitucional que resulta contrapuesto con un derecho humano reconocido en un tratado.

requisito del *rule of law*) se asegura en la medida en que más se “aleja” al juez de la “política local”. La ley (de la cual el “código napoleónico” sería su paradigmático ejemplo) se presume clara, precisa e inequívoca y sólo requiere de un juez independiente para su aplicación avalorativa de modo de lograr el efectivo respeto de la voluntad del legislador²². El tratado, que se presume claro, completo y unívoco, y que es el símil del código en el derecho internacional, sólo requiere de jueces independientes que se limitan, para lograr su efectiva vigencia, a aplicarlo a los casos que le son sometidos a consideración. La existencia de una ley clara y aceptada por las partes, y de jueces independientes (no vinculados a los funcionarios del gobierno), parecen ser los dos elementos principales de esta estrategia para construir autoridad legal, certidumbre jurídica y un régimen de *rule of law*. A modo de ejemplo de esta trama de presupuestos, es interesante observar el sistema de Opiniones Consultivas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mecanismo por el cual, frente a una “duda” interpretativa del tratado, se solicita al tribunal que dirima la discusión sobre el significado de alguna norma del pacto, a lo que el tribunal responde con una Opinión Consultiva que zanja la discusión *a priori*, es decir, sin necesitar de la existencia de un caso, y con autoridad de ley para todas aquellas situaciones futuras del mismo modo que el codificador napoleónico no necesitaba de casos concretos para dirimir conflictos interpretativos respecto del significado del derecho. Antes de seguir adelante, parece interesante señalar que esta estrategia de ligadura al mástil del derecho internacional de los derechos humanos no resultó, al menos en un comienzo, todo lo efectiva que se esperaba que fuera, pues los jueces nacionales no consideraban al tratado internacional como una norma con la fuerza suficiente como para constreñir sus decisiones. Fue por ello que la estrategia del derecho internacional de los derechos humanos, al menos en Argentina, se vio – curiosamente –

²² Carlos S. Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, 1974, pp. 85-101. Para una visión crítica, se recomienda también Alberto Bovino y Christian Courtis, “Por una dogmática conscientemente política”, en Christian Courtis (comp.), *Desde otra mirada*, Eudeba, Buenos Aires, 2001, pp. 183-221.

complementada con una estrategia de “constitucionalización” de los tratados, con la esperanza de que, una vez incorporados al derecho interno “con jerarquía constitucional” (según lo establece el artículo 75.22 de la Constitución reformada en 1994) los jueces sí los honraran como se esperaba hicieran desde un comienzo. Creo que esta secuencia de constitucionalización, internacionalización y reconstitucionalización de los derechos pone en evidencia la desesperada búsqueda de los argentinos por un mástil que funcione, por un límite efectivo al ejercicio del poder gubernamental. Sin embargo, también creo que pone en evidencia la relación traumática de la democracia argentina con la tradición del constitucionalismo. La frustración respecto de la efectividad de la estrategia constitucional condujo a la búsqueda de refugio en el derecho internacional y su fracaso llevó a optar por la constitucionalización de los tratados para lograr hacerlos efectivos. Resulta llamativo que se crea que al darles jerarquía constitucional los tratados se tornarán más efectivos como límites al poder gubernamental, cuando fue justamente el descreimiento respecto de la efectividad de la constitución como límite lo que llevó a optar por la estrategia del derecho internacional. Quizá este zigzag jurídico sea la señal de que en algún lugar de nuestro inconsciente colectivo, deseamos darle a nuestra Constitución el lugar que usualmente les dan las democracias constitucionales pero no encontramos el modo de que ello funcione.

Una estrategia similar a la desplegada en el ámbito de los derechos humanos con el objeto de asegurar límites efectivos al ejercicio del poder político, es la que se ha utilizado para lograr la protección de los derechos de propiedad y de contratación de los inversores extranjeros por medio de tratados bilaterales de inversión (TBIs) y la creación, en esos acuerdos, de tribunales arbitrales para dirimir controversias relacionadas con el contenido de esos pactos.

En ellos, el estado argentino se compromete a respetar la propiedad y la libertad de contratar de los inversores de los países con los que se firman los TBIs, además de asegurar un trato no discriminatorio de las inversiones de las naciones de las que proceden respecto del trato que reciben los inversores nacionales o de terceros estados. Si surgiera, por parte del estado argentino, una supuesta afectación de estos derechos, el estado nacional prorroga la jurisdicción a un tribunal arbitral formado por tres árbitros, uno propuesto por Argentina, otro por la empresa, y un tercero por el CIADI, organismo creado dentro del ámbito del Banco Mundial como órgano de aplicación de los TBIs.

Estas decisiones son, en principio, inapelables y los procesos que las preceden son secretos, incluso para los ciudadanos de los países involucrados. Una vez más, como el *rule of law* no resulta asegurado por los sistemas judiciales locales, se recurre a un “juez imparcial” – un tribunal arbitral en este caso – externo al sistema judicial local para asegurar el respeto de los derechos de los inversores. Ley clara y juez independiente son, una vez más, los elementos aparentemente indispensables de esta estrategia diseñada para asegurar el imperio de la ley.

La desconfianza de los inversores en el sistema de justicia argentino y el supuesto de una recurrente afectación de los derechos de propiedad y de contratar de inversionistas extranjeros en el país, sumado a la necesidad de Argentina de atraer a estos inversores, condujo al diseño de esta estrategia que no es más que una especie de sucedáneo del sistema constitucional de protección de derechos, sólo que por una vía “externa” al régimen constitucional.

La frustración respecto de la posibilidad de contar con un poder judicial independiente del poder político cargado con la responsabilidad de hacer efectivo el régimen de *rule of law*, sumado a la pretensión de que la jurisdicción debe ser ejercida por técnicos “neutrales”, ha llevado en la Argentina a la búsqueda de estos “atajos” para construir autoridad legal por fuera del poder judicial, cuya recuperación se presume a veces como una causa perdida. Los casos descriptos del sistema internacional de protección de derechos humanos y el sistema internacional de resolución de controversias relacionadas con acuerdos referidos a inversiones transnacionales, son ejemplos de esta búsqueda desesperada de un mástil al cual atarnos luego de evaluar con frustración la poca eficacia de la Constitución como instrumento para lograr ese mismo objetivo.

Sin embargo, y más allá de los méritos y posibles beneficios que estos atajos puedan traer aparejados, ellos nunca cubrirán las expectativas de contar con un sistema de reglas universal y previsiblemente aplicado, pues no atacan la raíz del problema que se relaciona, desde mi punto de vista, con la falta de una tradición constitucional sólida. La constitución es una práctica y no un texto legal “claro, completo y omnicompreensivo”. Por ello, la construcción del deseado *rule of law*, entendiendo por “*law*” los derechos y límites constitucionales impuestos sobre la discrecionalidad del poder político, requiere de algo más que de un texto “claro”, aceptado por las partes, y un juez “independiente” (entendiendo por tal a un funcionario judicial que no se someta a las presiones de los funcionarios políticos). Requiere de una práctica interpretativa colectiva que a su vez necesita de reglas específicas que incrementen, por medio de un proceso con determinadas características, las probabilidades de hallar la solución justa para un caso

concreto, de acuerdo con los principios de justicia que deben resultar en soluciones consistentes entre sí de modo de honrar la integridad del derecho.

HACIA UNA DELIBERACIÓN MÁS ROBUSTA EN Y SOBRE EL PROCESO DE DECISIÓN JUDICIAL

Las estrategias que más frecuentemente utilizadas en Argentina para lograr un sistema de justicia independiente – precondition de un régimen de *rule of law* – han partido del presupuesto de que la independencia del juez deviene de su elevado expertise técnico y de su desconexión del poder político. La hipótesis es que la falta de independencia se debe a la “politización” de la justicia en el sentido banal que describí al comienzo de este ensayo. Cuanto más “técnico” sea el juez, y menos ingerencia tengan en el proceso de su designación los actores “políticos” (que componen los Poderes Legislativo y Ejecutivo, o incluso el pueblo cuando decide en forma directa), sus lealtades estarán más cerca de la “ciencia jurídica” y más lejos de aquellos que detentan el poder político. De este modo, su independencia estaría asegurada.

Sin embargo, de la aspiración de independencia de los jueces respecto de la “política democrática” no se sigue que la estrategia para lograrla sea necesariamente el aislamiento de esos jueces de toda forma de discusión o proceso de toma de decisión basada en principios que son casi siempre controvertidos. La tarea de “hacer justicia” en un caso presentado ante los jueces no puede estar afectada por la conveniencia estratégica del gobierno de turno, pero tampoco se asimila a una actividad “técnica” desprovista de la necesidad de un debate moral en

torno a lo que es justo en un caso en particular (algo así como lo que en el *common law* se denomina *equity*) a la luz de los principios de justicia que, en términos generales, decidió el pueblo primero en su Constitución y, luego, en las leyes y reglamentos que sancionó el Poder Legislativo y dictó el Poder Ejecutivo y que resultan limitados por aquellas decisiones constitucionales. La tradición del *civil law*, deposita toda su confianza en el poder del pueblo para determinar *a priori* y para todos los casos futuros lo que será justo. Considera que los códigos contienen todas las respuestas inspiradas en los ideales colectivos de justicia de la comunidad política. Sobre la base de estos presupuestos y de la desconfianza respecto de los jueces para tomar decisiones que sólo le están permitidas al pueblo, se construyó el mito de que la labor judicial se debía guiar sólo por una serie de reglas de índole técnica que los jueces manejarían con pericia sin mezclar sus creencias personales y valores propios con las decisiones “políticamente neutras” que la “institución justicia” debía tomar²³. La denominada *dogmática jurídica*, entendida como el método científico de aplicación de la ley, significó un instrumento ideal para lograr hacer realidad esta ambición de neutralidad²⁴.

Pese a los esfuerzos de la tradición del *civil law* por impedir que la decisión valorativa penetre la actividad judicial, ello parece ser inevitable²⁵. El espacio de decisión fundada en valores al juez debe recurrir para cumplir con su misión de aplicar la ley es inmenso, sobre todo cuando la tradición del constitucionalismo se encuentra con la tradición continental. En este caso, del cual la Argentina es paradigmático, el juez no sólo no puede evitar tomar decisiones valorativas en el proceso de aplicación de la ley, sino que además debe encontrarle sentido al

²³ Sobre esta necesaria desconexión entre la *persona* y el *cargo*, Mirjan Damaska, *Las dos caras de la justicia y del poder. Análisis comparado del proceso legal*, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 154-168.

²⁴ Para una descripción de la dogmática jurídica, ver Carlos S. Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, 1974, pp. 85-101.

²⁵ Carlos Nino, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 44-77.

texto constitucional (altamente indeterminado) y luego juzgar la validez de la norma legal (por ejemplo, el código) a la luz de la norma constitucional que opera como su límite. Esforzarse por elegir jueces técnicos y construir el proceso y la función judicial sobre el presupuesto de que es posible dejar fuera de las puertas de la justicia la discusión moral o valorativa, es querer tapar el sol con las manos. Aun peor, construir todo un sistema de justicia sobre la base de este presupuesto falso, conlleva a enormes frustraciones e incrementa el descreimiento del pueblo en sus jueces en lugar de disminuirlo.

Si aceptamos que la decisión valorativa es inevitable en el proceso de decisión judicial, entonces, los esfuerzos dirigidos a lograr la mayor independencia posible de los jueces no se logra con la exclusión del debate del ámbito de los tribunales, sino que parece requerir de un debate mayor – no menor – sobre esas decisiones valorativas. Si asumimos como cierto que el significado de la ley es atribuido a través del proceso interpretativo y, además, creemos que ese proceso, por razones epistémicas, es moralmente superior si la deliberación es más robusta, entonces debemos buscar mecanismos que hagan más amplio este debate sobre lo que la ley significa en lugar de pretender reducirlo a una imposible idea de “neutralidad técnica”. Daré tres ejemplos que ilustrarán lo que trato de describir en este capítulo como estrategias para lograr una mayor independencia judicial por medio de una mayor deliberación en torno a valores en la que participe la ciudadanía. Esos tres ejemplos se refieren a cambios en el proceso de designación de los jueces, en los procesos que conducen a la decisión judicial y en las prácticas de la ciudadanía (afectados en sus derechos, organizaciones no gubernamentales, academia jurídica y medios de comunicación) respecto de la actividad de los jueces.

El proceso de designación de los jueces

Como he tratado de graficar anteriormente, la Argentina ha padecido demasiadas situaciones en las que sus jueces demostraron no ser las personas más idóneas para desempeñarse en sus cargos en lo que se refiere a su idoneidad técnica o moral. Ello condujo a confundir la necesidad de independencia con la necesidad de que cuenten con, y quizá exclusivamente con, esa idoneidad perdida. Para ello, se recurrió, en la reforma constitucional de 1994, a un procedimiento que puso su foco en la selección de los mejores preparados técnicamente para ejercer la magistratura. Ese énfasis en el escrutinio de las capacidades técnicas de los candidatos a jueces no desplazó completamente el elemento “político” del proceso de designación, pero no apuntó a mejorarlo en un sentido que hubiera dotado de mayor deliberación al debate sobre los candidatos. El Consejo de la Magistratura, que fue el órgano creado por la Constitución Nacional para realizar la selección de *los candidatos* a jueces, se compone parcialmente por representantes de los órganos políticos, pero la gran expectativa de *neutralidad* estaba dada por su integración con representantes de ámbitos identificados con el *saber técnico*: profesores de facultades de derecho, jueces y abogados miembros del Colegio Público. La selección de los candidatos se realizaría mediante exámenes que evaluarían la formación y conocimiento técnico de los postulantes, y entrevistas personales que perseguirían un fin similar. Si bien muchas de estas instancias son públicas, el debate abierto a la ciudadanía sobre lo que allí sucede es pobre o inexistente. Luego de que el Consejo de la Magistratura selecciona ternas de candidatos para cada puesto a cubrir, ellas son elevadas al Presidente de la Nación y éste selecciona a una persona de cada terna para proponerla al Senado para su aprobación. La decisión del Presidente permanece retirada del escrutinio público y la del Senado, para ser breve, me permito afirmar

que también, aunque existen matices. El mecanismo diseñado parece ser efectivo, si fuera bien implementado, sólo para elevar la calidad de los postulados por el Poder Ejecutivo. Sin embargo, nada ha agregado este nuevo proceso al debate robusto necesario para escrutar las posiciones valorativas de los candidatos que subyacen a sus “teorías constitucionales” y que serán, en última instancia, las que regirán sus decisiones en la actividad interpretativa que desarrollarán como jueces. El panorama es aun peor si se tiene en cuenta que el pueblo había depositado una enorme expectativa de mejora de la independencia del Poder Judicial gracias a este cambio en el procedimiento de designación de magistrados. Parte importante del problema es que estas reformas estuvieron fundadas en la creencia de que la labor del juez era predominantemente técnica y que su nivel de independencia se asociaba exclusivamente con su *saber experto*. En nada han contribuido estas reformas a profundizar un debate *sustantivo* respecto de lo que los candidatos a jueces piensan en relación con cuestiones de teoría constitucional que determinarán sus decisiones valorativas en el proceso interpretativo que precede a la aplicación de la ley a un caso concreto.

En 2003, sin embargo, la Argentina ha empezado a transitar reformas en la designación de algunos de sus jueces en la dirección que entiendo contribuye a una mayor deliberación en el sentido defendido en este trabajo. Estos cambios han empezado a operar nada menos que respecto del proceso de designación de los propios jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aunque nada parece justificar detener estas reformas a la composición del máximo tribunal federal del país. Si bien la Constitución diseñó el procedimiento “técnico” descrito anteriormente para la selección de candidatos a jueces de todos los niveles y fueros, los jueces de la Corte Suprema no deben ser designados de acuerdo con esas reglas. Los constituyentes de

1994 decidieron no modificar el modo de designación de estos magistrados, por lo que el proceso se limita a la decisión discrecional del Presidente de la Nación de seleccionar un candidato por cada vacante producida que deberá enviar al Senado para su aprobación. De acuerdo con la práctica política que rodeaba a este proceso antes de los cambios legales introducidos en 2003, el Presidente seleccionaba a una persona para cubrir una vacante y acordaba políticamente con los representantes de su partido y de aquellos representantes de otros partidos en el Senado que sean necesarios para reunir la mayoría de los votos requeridos para la aprobación de los pliegos del candidato (mayoría simple de la Cámara de Senadores). Este acuerdo político tenía lugar fuera del recinto y la sesión del Senado en la que se aprobaba el pliego era una mera formalidad. A título de ejemplo, se puede decir que la sesión en la que el Senado aprobó los pliegos de los cinco candidatos a juez de la Corte Suprema propuestos por el Presidente Menem en 1990, duró tres minutos con cuarenta segundos²⁶. La designación del juez Maqueda para reemplazar al renunciante Presidente de la Corte, Julio Nazareno, por el Presidente Duhalde en 2002, se inició con la propuesta intempestiva del candidato, a la sazón el Presidente de la Cámara de Senadores, y una semana después su pliego era aprobado por el Senado con una discusión casi nula en la opinión pública²⁷ que prácticamente no conocía al flamante juez.

En 2003, el Presidente Kirchner, inspirado en un documento producido un año y medio antes de asumir su cargo por un grupo de organizaciones no gubernamentales dedicadas a la protección de derechos (humanos, ambientales, civiles, y de consumidores) denominado *Corte para la Democracia*²⁸, sancionó el decreto 222 por medio del cual “autolimitaba” su facultad

²⁶ Ver Horacio Verbitzky, *Hacer la Corte*, Planeta, Buenos Aires, 1993, pp. 33-78.

²⁷ Informe ADC sobre la designación del Juez Maqueda, www.adc.org.ar.

²⁸ Este documento fue preparado en enero de 2002 por la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Instituto de Estudios en Ciencias Sociales y Penales (INECIP), la Unión de

discrecional de seleccionar a la persona que cubriría cada cargo vacante en la Corte Suprema de Justicia. Esta denominada “autolimitación” estaría dada por una serie de principios que regirían su decisión y por el establecimiento de un proceso abierto de deliberación pública sobre las calidades técnicas y morales de la candidata. Entre esos principios se destaca el de realizar una selección que contemple el equilibrio de género en la composición de la Corte (en 150 años sólo hubo una jueza mujer en este tribunal y fue designada por un gobierno no democrático), así como el equilibrio de procedencia territorial y especialidad dentro del derecho (elemento criticable y de clara influencia *continental*). Además, el candidato debe tener probada idoneidad técnica, compromiso con los derechos humanos y con el sistema democrático. Desde el punto de vista del límite *procedimental*, en lugar de enviar el pliego de la candidata en forma automática, se debe abrir un plazo de 30 días hábiles durante los cuales la ciudadanía (organizaciones, personas individuales, expertos, profesores de derecho, periodistas, etc.) pueda opinar por escrito y ante el Ministerio de Justicia respecto de la posible candidatura a realizarse por el Presidente al Senado. Las opiniones favorables o desfavorables deben fundarse en los requisitos y principios que establece el decreto.

Frente a esta decisión del Poder Ejecutivo, el Senado también se hizo eco de lo propuesto por las ONGs en su documento, y modificó el reglamento de la Cámara en el sentido de que, una vez recibido el pliego de la candidata, se convoque a una sesión pública de la Comisión de Acuerdos²⁹, en la cual ella sería interrogada por los Senadores respecto de una variada gama de cuestiones que pueden ir desde su situación respecto de sus obligaciones impositivas, hasta su

Usuarios y Consumidores, la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN) y la Fundación Poder Ciudadano. Ver www.adc.org.ar

²⁹ La propuesta del documento *Una Corte para la Democracia* optaba por una sesión pública de la totalidad del cuerpo y no sólo de la Comisión.

formación académica, sus posiciones sobre cuestiones jurídicas, sus ideas sobre teoría constitucional y todo aquello que resulte necesario para que los Senadores se formen una opinión respecto de la candidata. Muchas de estas preguntas podrían tomar como inspiración las posiciones de todos aquellos (individuos y organizaciones) que hubieren hecho llegar previamente a esta sesión a los Senadores³⁰.

Desde que se dictó el decreto 222 y hasta que estas líneas fuera escritas, se produjeron tres vacantes en la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ello dio lugar a poner en práctica este nuevo procedimiento en un número igual de oportunidades. Una de ellas, que condujo a la designación del Dr. Eugenio Zaffaroni, fue completada en todas sus instancias, las otras dos están en proceso y corresponden a las propuestas presidenciales de las Dras. Carmen Argibay y Elena Highton. En los tres casos se ha dado un hecho histórico en la existencia del Poder Judicial de Argentina. El nivel de publicidad y de debate en torno a los candidatos a cubrir vacantes en la Corte Suprema no tuvo precedentes en los 150 años de existencia de este órgano. Este debate no sólo se refirió a cuestiones “personales” de los candidatos (su honestidad, compromiso con la democracia, etc.), sino que también implicó una deliberación profunda y extendida a amplios sectores de la sociedad en torno a temas específicos relacionados con el derecho constitucional y el respeto de los derechos fundamentales de las personas. En el caso de Zaffaroni, por ejemplo, su candidatura motivó un debate sobre sus posiciones “garantistas” en un contexto de elevadísimos índices de inseguridad y crimen urbano o rural. Sectores conservadores de la sociedad impugnaron su posición de protección de las garantías constitucionales del proceso

³⁰ La propuesta del documento *Una Corte para la Democracia* sugería dos sesiones en lugar de una. En la primera se podrían presentar ante el Senado en pleno todos aquellos que tuvieran una opinión fundada favorable o desfavorable respecto de la candidata (en un sentido similar a lo que se había hecho ante el Presidente por escrito), y una segunda sesión en la que los Senadores interrogaría públicamente a la candidata tomando o no las cuestiones presentadas en la primera sesión como parte de su interrogatorio.

penal, mientras los sectores más liberales las apoyaron. En el caso de Argibay, sus posiciones a favor de la laicidad del estado y la legalización de la realización de abortos, provocaron una profunda discusión pública sobre esos temas. La postulación de dos candidatos de línea “progresista”, Zaffaroni y Argibay, forzó una discusión sobre la necesidad de pluralismo en la Corte y condujo al Presidente a proponer en tercer término a una candidata avalada por reconocidos sectores del establishment conservador, la Dra. Elena Highton. Además, luego de la propuesta de Zaffaroni, en franco desvío del principio de equilibrio de género exigido por el decreto 222 establecido como “guía” y “autolimitación”, el Presidente no tuvo mayor espacio político para designar otro varón, que a juzgar por la tradición hubiera sido previsible, y postuló a las dos primeras mujeres para integrar la Corte Suprema que propone un gobierno democrático en la historia constitucional del país.

Este proceso de carácter “no exclusivamente técnico” y de fuertemente “político”, no sólo elevó el nivel de calidad objetiva de los propuestos, si comparado con los anteriormente designados por otros presidentes (posiblemente a causa de la sabida existencia de un debate público posterior que no podría ser superado por malos candidatos), sino que además recreó parte de la confianza perdida por la ciudadanía en sus Corte Suprema y construyó un límite sustantivo a las futuras decisiones de estos jueces. Ellos estarán, como nunca antes, constreñidos por sus propias posiciones, que debieron hacer públicas en el debate que precedió a sus designaciones. Estos magistrados, a diferencia de la mayoría de los designados por procedimientos expeditos y oscuros, tienen una reputación que cuidar y una consistencia que mantener entre sus decisiones futuras y pasadas. El tribunal que se empezó a reconstruir no sólo incrementó su legitimidad subjetiva frente al pueblo, sino que logró iniciar una tendencia hacia el

pluralismo y la diversidad de perspectivas dentro del órgano colectivo, no necesaria o exclusivamente referida a las procedencias partidarias, sino a posiciones de teoría jurídica y constitucional. Este proceso disparó un cambio fundamental en la práctica colectiva de interpretación constitucional.

El proceso de decisión judicial

La confianza que el constitucionalismo de los Estados Unidos tiene respecto del Poder Judicial como órgano encargado de velar por la constitucionalidad de las leyes no se funda en la creencia de raíz elitista moral que ve en ellos individuos superiores en términos epistémicos capaces de encontrar el significado de la ley donde el resto de los mortales se vería confundido. La confianza de la democracia constitucional en los jueces para tomar este tipo de decisiones se apoya en la respectiva confianza en el proceso que conduce al juez a tomar su decisión. El juez-técnico es un burócrata que no requiere ni de un proceso ni de una capacidad epistémica superior³¹. No es un artesano (*craftman*)³², sino un tecnócrata. El juez de la democracia constitucional, en cambio, no realiza nunca una labor puramente técnica. Como vimos anteriormente, su trabajo consiste en tomar decisiones de justicia para el caso concreto sin apartarse del mandato legal (que incluye el constitucional). Esta tarea interpretativa compleja, requiere de una mayor deliberación en el proceso, que se logra permitiendo la mayor cantidad posible de voces dentro del proceso. Sin embargo, si, como presume en la tradición del *civil law*,

³¹ John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition. An introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford University Press, Stanford California, 1969, pp. 35-39.

³² En el sentido que Kronman le da a la actividad desarrollada por los abogados. Ver Anthony Kronman, *The Lost Lawyer*, Harvard University Press, 1993, pp.170-185.

el derecho es claro, completo, y omnicomprendido, y conocido por los jueces (recordemos el principio de *iura novit curia*), nada parece ameritar que ni los abogados de las partes “colaboren” con el magistrado en el proceso de entender su significado. Ni siquiera es necesario realizar ningún trabajo interpretativo. Sin embargo, una vez más, si se entiende que es inevitable recurrir a decisiones valorativas para poder completar una tarea interpretativa que culmine en la aplicación de la ley a un caso, y si no somos elitistas morales, entonces es necesario robustecer la deliberación interna del proceso judicial con actores que acerquen al juez otras perspectivas que contribuyan al hallazgo de la verdad. La admisión de *amicus curiae*, el reconocimiento de una legitimación (*standing*) amplia que le permita a más actores ser reconocidos como partes (terceros interesados); la expansión de la idea de derecho afectado o el reconocimiento de la existencia de intereses difusos y de legitimados para reclamar por ellos, entre muchas otras reformas procesales, incrementarían las probabilidades de que el juez, al realizar su trabajo de toma de decisiones *valorativas*, se encuentre epistémicamente mejor situado para hallar la respuesta correcta. En el caso de la Corte Suprema de Justicia argentina, se propuso la creación de una institución común en los Estados Unidos, como es la de las audiencias públicas de alegatos de las partes, en las cuales los abogados discuten con la Corte – y, de algún modo, los jueces discuten entre sí y con los abogados – acerca de la mejor lectura de los hechos y del derecho del caso en examen de modo de conformar, entre todos, y con los jueces que decidieron en el pasado casos similares. De este modo, al tener que diferenciar o no el caso de los anteriormente decididos, la “comunidad epistémica”, de la que forman parte los jueces, los abogados y la ciudadanía en general, busca en forma colectiva el significado que debe ser asignado a la norma en cuestión. Este rico proceso deliberativo hacia el interior del proceso judicial no sería necesario si se considerara al juez como un técnico, a la ley como

autoexplicatoria y a la interpretación como un desvío de la facultad del juez, sólo facultado para aplicar la ley, de ser *su boca*.

El rol de la sociedad civil respecto de la labor judicial

En los Estados Unidos, los jueces, y sobre todo los de la Corte Suprema de Justicia, son conocidos por sus nombres y, a veces, son considerados como héroes cívicos o villanos³³. El juez del *civil law* es un burócrata desconocido cuya imagen no es más que una sombra detrás de la luminosa institución judicial a la que pertenece. Como vimos anteriormente, Damaska resalta la distinción que existe en lo que describe como el *ideal de estado jerárquico* (con el que cree se asocia la tradición continental) entre la persona y el cargo. Es tal la desconexión de la persona respecto de su cargo o función, que lo que realmente importante es la decisión impersonal de la *institución*, y no la opinión de cada una de las personas que, con sus opiniones, contribuyeron a formar esa decisión. De aquí puede explicarse, continúa Damaska, el fracaso de estos sistemas en publicar el fundamento de las sentencias y, mucho menos, los nombres de los jueces que votaron en un sentido u otro³⁴. Incluso si se publicaran, no tendría sentido recordarlos.

El sistema jurídico argentino, pese a haber recibido el legado del constitucionalismo norteamericano (incluida la institución del control judicial de constitucionalidad), tiene su raíz profunda en la tradición continental. Será por ello que ni los profesores de derecho, ni los medios

³³ John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition. An introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford University Press, Stanford California, 1969, pp. 35-39.

³⁴ Mirjan Damaska, *Las dos caras de la justicia y del poder. Análisis comparado del proceso legal*, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 154-168.

de comunicación, ni los grupos que trabajan en derechos humanos, se toman, salvo contadas excepciones, el trabajo de analizar críticamente las decisiones de fondo del tribunal y el consiguiente vínculo e identificación de cada juez con sus posiciones particulares. Si el derecho es unívoco, ¿qué sentido tiene establecer responsabilidades por cada voto en particular? Podría decirse que recupera sentido esta iniciativa si se comienza por rechazar el presupuesto que sostiene que el derecho es unívoco. Si la aplicación del derecho requiere de una decisión respecto de cuál de los significados posibles para una prescripción legal es el correcto, y si esa decisión tiene más *chances* de ser correcta cuantas más son las voces y las perspectivas que participan del debate sobre la interpretación que más se ajusta al ideal de justicia, entonces el registro de esas voces es vital para la deliberación permanente e histórica respecto del significado de la norma.

En la Argentina, ni las ONG especialidades en la protección de derechos, ni la mayoría de los profesores de derecho, ni los medios de comunicación que cuentan con secciones dedicadas a cubrir la información surgida de los tribunales, se detienen en el debate judicial que se da en la Corte (o en otras instancias judiciales) antes de la toma de la decisión (votos concurrentes o disidencias), así como tampoco se interesan por los contenidos de las sentencias, su impacto en la vida de la gente o en el desarrollo de políticas públicas. La Corte Suprema de Justicia de la Argentina, a pesar de haber sido creada a imagen de su par de los Estados Unidos, que decide entre 70 y 90 causas al año, dicta sentencias en cerca de 14.000 casos en el mismo período. De esa enorme cantidad fallos, la prensa sólo se detiene en menos de diez por estar ellos conectados con problemas políticos de fuerte impacto público (casos de corrupción, algún aspecto sensible de la política económica como el plan de privatizaciones, un tema de directo interés o iniciativa presidencial, etc.). En el año 2003, por ejemplo, a pesar de que la Corte

mantuvo su promedio de casos decididos, la prensa – en realidad sólo un par de periódicos que cuentan con periodistas “especializados” – reportó en extenso y analizó el impacto político de muy pocos casos, entre ellos uno vinculado con el congelamiento de los depósitos bancarios, otro en el que debatía el derecho a la intimidad de una niña cuya supuesta abuela solicitaba un examen compulsivo a fin de determinar si era hija de personas desaparecidas durante la última dictadura militar, y el aún pendiente caso sobre la constitucionalidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final que implicaron una especie de amnistía encubierta para la mayoría de los responsables de violaciones de los derechos humanos durante la dictadura. Si el texto constitucional es por definición altamente indeterminado, y si las decisiones de los jueces, en particular las de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, contribuyen a “completar” el significado de ese texto a la luz de los hechos de un caso concreto, entonces estas 14.000 decisiones, o al menos una porción de ellas (¿100? ¿50?), han de haber sido relevantes en cuanto a la definición de lo que la Constitución “es hoy” para los argentinos sin que prácticamente nadie se entere ni se preocupe por ello. En este contexto, parece ser necesario preguntarse por qué ocurre esto. Exploremos algunas hipótesis.

En primer lugar, la Corte Suprema de Justicia, si bien ha sostenido en varias oportunidades que los precedentes cuentan con autoridad moral para los jueces inferiores, lo cierto es que no existe ninguna norma legal que los obligue a cumplir con ellos y, mucho menos, existe esta misma obligación para la propia Corte. ¿Qué sentido tendría abocarse al estudio de decisiones en particular si no existe ninguna obligación del tribunal a ser consistente con sus propias decisiones? Es recurrente el “argumento” de este máximo tribunal, cuando decide apartarse de su propia jurisprudencia, que sostiene que ello se encuentra justificado porque ha

“cambiado su composición”. Con la frase, casi mágica, de que “la Corte, en su actual composición, difiere de lo sostenido por este tribunal en el pasado y decide cambiar su posición...” se “justifica” el casi permanente desvío de los precedentes. Así sucedió en reiteradas oportunidades durante la década del 90 cuando la Corte de mayoría conservadora luego de la ampliación operada por Menem a nueve miembros, revirtió buena parte de la jurisprudencia liberal decidida por la Corte de cinco miembros designada por el Presidente Alfonsín en el refundacional año de 1983 una vez terminada la dictadura militar³⁵.

Por otra parte, si los miembros del tribunal son jueces que, en su mayoría, no cuentan con una reconocida reputación académica o profesional, de quienes nada se sabe acerca de sus posiciones jurídicas -- si es que tienen alguna -- y si se presume que ellas son “estratégicamente” adoptadas de acuerdo con la necesidad del poder político al cual le deben lealtad por haberlos designado, ¿qué sentido tiene analizar críticamente esas decisiones? ¿Acaso no sabemos todos que ellas son impermeables al análisis serio y que sólo pueden observarse desde el punto de vista “político” (en el sentido banal y estratégico del término?).

Además, la tradición continental, sus creencias y sus presupuestos, conspiran contra un análisis crítico de la jurisprudencia. Los jueces del *civil law*, entendidos como técnicos o burócratas, no hacen más que aplicar la ley, que es una y unívoca. Si en algún punto se considerara que hay problemas con las decisiones de los jueces, deberemos correr nuestra vista de los tribunales y dirigirla hacia el Congreso o el Poder Ejecutivo, donde se han “equivocado” en materia de justicia o han fallado en la remañida “técnica legislativa”. No es poco frecuente el

³⁵ Alberto Garay, “El precedente judicial en la Corte Suprema”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 2, Números 1-2, 1997, pp. 51-108.

argumento de que los jueces no pueden decidir correctamente si los legisladores no saben legislar, en el sentido “técnico” del verbo. Los jueces, en esta tradición jurídica, deben lograr hacer a un lado sus valoraciones y decidir los casos sometidos a su jurisdicción estrictamente de acuerdo con lo establecido por el legislador. La decisión debe ser, según nos dice Damaska al describir al “ideal jerárquico” de organización de la justicia, “institucional”. Si ello es así, entonces no resultan ser relevantes las posiciones individuales de aquellos que han opinado en el debate previo a la toma de la decisión judicial, y mucho menos la asignación de responsabilidad individual por esas opiniones. Es muy rara la ocasión en que la academia o los medios se detienen a deslindar responsabilidades por juez en una decisión de la Corte Suprema de acuerdo con sus posturas individuales. La labor que realiza Linda Greenhouse en el *New York Times* respecto de lo que sucede en la Corte Suprema de los Estados Unidos, no tiene paralelos en la Argentina. Tampoco existen programas específicos para formar periodistas en esta labor tan especial³⁶.

Tampoco las ONGs y asociaciones creadas para la protección de las libertades civiles y los derechos humanos contribuyen por medio de su trabajo a crear estas prácticas, posiblemente por las razones antes expuestas. Quizá, y aquí sucedería lo mismo con los medios de comunicación, porque no existe una “comunidad” interesada en estas cuestiones entre los lectores o espectadores, incluso si ellos son abogados. Sin embargo, creo que es posible “crear” este interés desde un periodismo conciente de su rol cívico. Una prensa comprometida con su potencialidad como contribuyente para la creación de una ciudadanía acorde con los requerimientos de la democracia deliberativa y constitucional, debería dar el primer paso en

³⁶ Linda Greenhouse, “Telling the Court’s Story: Justice and Journalism at the Supreme Court”, 105 *Yale Law Journal*, 1537.

dirección a crear el interés del público por los temas que se debaten en los tribunales, sus implicancias para la vida de las personas y para el desarrollo de las instituciones democráticas³⁷. A las ONGs de derechos les compete un rol similar y que no llevan habitualmente a cabo en forma sostenida y generalizada, más detenidas en la denuncia de casos de violaciones de derechos y en el lobby por cambios legislativos, posiblemente por desconocimiento o por falta de prácticas o modelos. Las escuelas de periodismo y de derecho, tiene un rol crucial en este sentido con miras a cubrir este déficit.

En síntesis y para terminar, la construcción de una fuerte tradición constitucional en la Argentina puede lograrse a través de estrategias dirigidas a profundizar la deliberación pública en diferentes niveles vinculados con la decisión judicial: en el proceso de designación de jueces, en el desarrollo de una causa judicial, en los medios, en la sociedad civil o en el Congreso. Sin embargo, la aspiración por una justicia “neutra” en lo “político”, extendiendo el juicio que se tiene basado en su significado “banal” a otros significados no banales de lo político, ha distraído nuestros esfuerzos en una dirección relativamente estéril (nunca, obviamente, completamente estéril). Por ello, es necesario asumir que el mástil al que debemos atarnos requiere de una construcción colectiva y permanente. Ese mástil se fortalece con cada decisión judicial, con cada argumento que los abogados de las partes aportan en un pleito, con cada discusión sobre los argumentos de los jueces en las clases de las escuelas de derecho y de periodismo, con cada caso “de interés público” que las organizaciones de derechos traen ante los jueces aun cuando no hay afectados interesados en hacerlo, con cada nota periodística sobre las decisiones “sustantivas” de los jueces. Más deliberación pública sobre lo que es justo en cada caso es lo que necesitamos

³⁷ Ver Ana María Miralles, *Periodismo, opinion pública y agenda ciudadana*, Enciclopedia Latinoamericana de Sociocultura y Comunicación, Grupo Editorial Norma, Bogotá, 2001.

para reconstruir la confianza, la legitimidad y la independencia de nuestros tribunales y la existencia real de una constitución como práctica.