

Constituciones y Códigos: Un matrimonio difícil

Roberto Saba

La extraña confluencia de la tradición constitucional de raíz norteamericana y la tradición continental europea

¿Hay algo de original en el sistema jurídico argentino, en la tradición jurídica de la que surge y de aquella que a su vez crea? En principio, la respuesta podría ser negativa. Todo aquello que encontramos en él fue “importado”. Para la mayoría de los estudiosos de los sistemas jurídicos, el argentino, al igual que el del resto de los países de América Latina, es heredero de la tradición continental o de derecho civil. Sin embargo, este sistema jurídico incorporó, desde sus comienzos, una segunda tradición. Y lo hizo de un modo en el que creo que se diferencia de la mayoría de los países de la región, aunque mi relativa ignorancia sobre ellos me impide afirmarlo con contundencia. Me refiero a la tradición del constitucionalismo nacida en los Estados Unidos. No sólo la Constitución original de Argentina (en su versión de 1853) resulta ser casi una imitación de la de los Estados Unidos, sino que el sistema jurídico del país de América del Sur incorporó además desde muy temprano un rasgo clave de aquella tradición en la que se inspira: el control judicial de constitucionalidad. Nada en la cultura jurídica argentina es “único”, excepto por el hecho de que estas dos tradiciones importadas no han sido prácticamente nunca combinadas del modo en que Argentina lo ha hecho.

La tradición continental se caracteriza por el recurso a una estrategia muy particular tendiente a lograr concretar el valor de la certidumbre jurídica, la liberación de la discrecionalidad del soberano, el respeto del republicano ideal del principio de legalidad, a la vez que adhiere a la forma democrática de gobierno. Esa estrategia es la codificación. Los Códigos son la expresión de una aspiración: la de que los ciudadanos y ciudadanas nos liberemos de la sumisión a la libre voluntad de quienes nos gobiernan. Dentro de la ley (el Código), todo. Fuera de ella (o de él), nada. El Código es, a la vez, expresión de la voluntad del pueblo en el Parlamento manifestada en forma de ley, y límite al soberano (y también al accionar de nuestros conciudadanos). El Código reina en los dominios de la tradición continental a la que Argentina adhirió casi voluntariamente cuando desde los comienzos de su historial jurídica Vélez Sarfield redactó en 1969 el proyecto que luego sancionaría el Congreso.

La tradición continental surge a partir de ciertos presupuestos. Esos presupuestos y esa tradición son la manifestación y el antecedente de una cultura jurídica. A modo de síntesis, creo que esos presupuestos pueden ser resumidos en las siguientes dos proposiciones:

- a) El legislador / codificador puede prever todas las futuras situaciones de la vida de las personas sujetas a la ley y dar una respuesta anticipada a todos los futuros conflictos que entre ellas, o entre ellas y el gobierno, pudieran surgir. En otras palabras, el valor justicia es decidido por el legislador (que en una democracia se identifica con el pueblo) y sus manifestaciones concretas respecto de casos específicos pueden ser conocidas (o creadas) *antes* de que los conflictos (o casos) tengan lugar. Lo que es justo puede ser decidido en abstracto, antes de que tengan lugar los hechos del caso.
- b) El derecho (el Código) se expresa mediante un texto que pone de manifiesto la voluntad democrática del pueblo. Ese texto es claro y completo, y debe ser aplicado por los jueces a los casos que se les presenten con máxima fidelidad a la voluntad del legislador, que previó esos casos. La interpretación de ese texto legal no sólo no es necesaria, sino que además no es deseable, pues ella implicaría ceder al intérprete poder de decisión sobre lo que la ley es por medio de la asignación de significado al texto. La interpretación presume que el texto tiene múltiples significados y que el intérprete, al asignarle sólo uno, ha decidido el contenido de la ley, invadiendo las facultades del pueblo en ejercicio de su poder democrático de toma de decisiones y afectando la certidumbre a la que la tradición continental aspiró al optar por la estrategia codificadora.

Pocos años antes de que Vélez Sarfield preparara el proyecto de Código Civil, Juan Bautista Alberdi redactaba las bases de lo que luego sería la Constitución Nacional, que entró en vigencia para todo el país en 1860. La fuente de mayor inspiración de éste último fue la Constitución de los Estados Unidos. Pocos años después, el 22 de septiembre de 1887, la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió el caso *Sojo*¹, por medio del cual, en un sorprendente paralelo con la evolución del derecho constitucional norteamericano, se establecieron las bases para el control judicial de constitucionalidad también inspirado en el modelo que había fundado la Corte Suprema de los Estados Unidos por medio del caso *Marbury v. Madison*² de 1803. A partir de *Sojo*, todos los jueces tendrían en Argentina el poder de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes en casos concretos. Aquél texto constitucional y esta decisión judicial sentaron las bases de una tradición constitucional *à la* norteamericana cuya aceptación no fue nunca, ni siquiera hoy, objeto de mayor debate o controversia. Este elemento crucial de la tradición jurídica argentino se instaló cómodamente y sin oposición. De este modo, la tradición continental confluyó en Argentina con la constitucional de raíz norteamericana. Así fue como el Código y la Constitución comenzaron su vida juntos. Nadie advirtió – y quizá

¹ *Colección Fallos*, Tomo 32, página 120.

² 1 Cranch 137, 2 L.Ed. 60 (1803)

muy pocos lo advierten hoy día – que este matrimonio no sería fácil. Que Códigos y Constituciones (cuyo vigencia se confía a los jueces en casos concretos) no están necesariamente determinados a tener una vida pacífica y armoniosa juntos.

Finalmente, para concluir esta introducción, me permito sugerir una hipótesis. Es sabido que la tradición constitucional argentina no ha sido estable. Me pregunto si esa escasa estabilidad no estará relacionada con la posibilidad de que las fortísimas corrientes de las aguas continentales han quizá operado como un obstáculo, entre otros, a que la corriente constitucionalista logre fortalecerse. ¿Será posible encontrar en la tradición continental, en sus presupuestos acerca de lo que la democracia y el derecho son, y en las instituciones y prácticas de los actores del sistema jurídico que ella genera, algunas de las causas más relevantes por las que la Constitución no logra echar raíces?

Constitución (á la norteamericana) y Códigos (napoleónicos): Un Matrimonio Difícil

La democracia constitucional argentina es relativamente joven y, si consideramos exclusivamente los años en los que el poder público fue ejercido por gobiernos respetuosos de la Constitución, su historia es, en términos históricos, realmente exigua. La Constitución fue aceptada como tal por la totalidad de los estados provinciales recién en 1860, luego de largos años de guerra, primero independentista, desde la Revolución de Mayo de 1810, y luego civil, a partir de la declaración de la independencia en 1816. Entre 1860 y 1912, el fraude electoral era moneda más o menos corriente. El derecho al voto era ejercido, de hecho, por la oligarquía (los sectores medios y bajos de la sociedad no depositaban ninguna esperanza de cambio en su ejercicio) y, por restricciones legales, sólo por los varones. En 1912, la ley del voto secreto y obligatorio pareció ser el instrumento integrador de las grandes mayorías excluidas del sistema político, o al menos de la clase media,³ pero esta ilusión de consolidación democrática se frustró en 1930 con el primer golpe de estado de la historia constitucional del país, convalidado, además, por la Corte Suprema. Desde ese año se han sucedido cinco golpes de estado con sus consiguientes gobiernos no democráticos y dictatoriales (1930-1932, 1943-1946, 1955-1958, 1966-1973, 1976-83) que suman en conjunto 22 años de los últimos setenta y siete. En suma, si contamos desde 1912, año en el que la democracia constitucional incluyó, al menos formalmente, a la casi totalidad de la ciudadanía (el voto femenino se estableció recién en 1952), Argentina sólo gozó, desde el punto de vista “formal”, de 73 años de gobiernos elegidos por el pueblo, siendo el período actual de veinticuatro años de democracia ininterrumpida (1983-2007), el más largo de la historia del país, representando nada menos que el 30% del tiempo transcurrido desde la firma de la Constitución en 1853. Desde este punto de vista, la vigencia de un régimen democrático estable en el país por un tiempo considerable es una verdadera novedad del último casi

³ Carlos S. Nino, “El voto obligatorio”, en Consejo para la Consolidación de la Democracia, Reforma Constitucional. Segundo Dictamen, Eudeba, Buenos Aires, 1987, página 219.

cuarto de siglo. Este no es un tiempo suficiente para construir instituciones realmente sólidas.

Si hacemos un análisis más cualitativo y evaluamos no ya las formas democráticas, sino las prácticas y realidades de las instituciones que le dan vida al sistema político-jurídico, y consideramos el estricto respeto a los mandatos de la Constitución, incluso durante los períodos formalmente respetuosos de la Carta Magna, la cantidad de años de democracia efectiva podría reducirse sensiblemente. Durante las etapas democráticas han existido partidos políticos proscriptos, violaciones abiertas de derechos humanos básicos como el de la libertad de expresión, declaraciones de estado de sitio de dudosa constitucionalidad, entre otras prácticas no compatibles con una democracia constitucional. Además, en esos escasos 73 años de democracia formal, tuvo lugar al menos una reforma constitucional de la mayor relevancia⁴ llevada a cabo bajo el primer gobierno de Juan D. Perón, en 1949, y que fue posteriormente considerada ilegal – por no respetar los procedimientos constitucionales de reforma – por el gobierno militar no constitucional que lo derribó en 1955. Ese año, el gobierno no-constitucional establecido por la fuerza, convocó a una Asamblea Constituyente para reestablecer la Constitución liberal de 1853. En las elecciones generales para conformar esta Asamblea, se proscribió al Partido Justicialista (que había sido fundado por Perón en 1945) y no sólo reestableció la Constitución del siglo XIX vigente antes de la reforma de 1949, sino que además modificó su contenido incorporando un artículo que, de algún modo, receptaba unas pocas de las incorporaciones que la Constitución de 1949 había incluido con respecto al llamado “constitucionalismo social”.

Es claro, pues, que la historia constitucional argentina no ha sido larga ni pacífica. Por supuesto, son muchas las explicaciones acerca de por qué le ha costado tanto a la Argentina consolidar una tradición constitucional firme y sólida. Algunos autores responsabilizan a la cultura autoritaria, otros al diseño institucional hiper-presidencialista,⁵ otros al sistemas de partidos políticos y en particular al surgimiento de un Partido con rasgos hegemónicos como el Peronismo, etc. La tesis que intentaré defender en este trabajo, sin desmedro de que todas o algunas de estas explicaciones frecuentes provean parte – y muchas veces una parte determinante – de las razones que explican la profunda inestabilidad constitucional de la Argentina, sostiene que el modelo democrático que fue adoptado en el país no ve en la Constitución el establecimiento de un límite fuerte a la voluntad mayoritaria. El constitucionalismo de raíz norteamericana, que asigna un papel fundamental a la Constitución y a los jueces como último contralor de su respeto frente a posibles violaciones de los poderes políticos mayoritarios, fue adoptado formalmente por el sistema jurídico y político argentino. Sin embargo, considero que hay razones para creer que el rol de la Constitución y de los jueces en la práctica y la cultura jurídica de mi país, distan mucho de ser lo que la tradición constitucionalista que le sirvió de inspiración espera que ellos sean.

⁴ Aunque en un contexto de vigencia relativa o dudosa de los derechos de aquellos que se oponían al gobierno que la impulsó.

⁵ Carlos S.Nino, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1993.

Creo que hay dos causas relevantes de esta concepción *débil* de constitución que conspiran contra su aceptación generalizada como límite al ejercicio democrático del poder. La primera, se relaciona con la idea bastante extendida del carácter mayoritario del sistema democrático de gobierno – tomando prestada la terminología de Lijphart⁶. Algunos asocian este modelo de democracia con rasgos populistas adquiridos a partir del surgimiento de una cultura política instalada desde el siglo XVIII y asociada con el *caudillismo* o liderazgo personalizado dado sobre todo en el interior rural del país, pero que también ha caracterizado a la política nacional y a la latinoamericana. El punto sobre el que propongo discutir a partir de este trabajo es que el surgimiento de esta concepción de democracia con límites constitucionales débiles o incluso sin ellos, se ha visto robustecida por las concepciones de democracia y de derecho que subyacen a la tradición continental que determinó la identidad del corazón del sistema jurídico argentino. Es más, ese rasgo tan central de la cultura política del país, y del subcontinente del que forma parte, esa pulsión hacia la creencia de que la democracia se identifica con la soberanía de la mayoría del pueblo (casi sin límites), ha encontrado en la tradición jurídica continental una especie de compañera perfecta. La tradición civilista se apoya en presupuestos de teoría política que encajan cómodamente con las aspiraciones del liderazgo político histórico y actual y de las masas que los han apoyado y seguido.

La joven democracia argentina se nutrió en la segunda mitad del siglo XIX, de dos herencias e inspiraciones para el diseño de sus sistemas político y legal. Por un lado, Juan B. Alberdi, padre fundador del constitucionalismo argentino, miró hacia los Estados Unidos y sus sistema constitucional madisoniano. Por otro, Dalmacio Vélez Sarfield, arquitecto de nuestro sistema jurídico continental y redactor del Código Civil, miró hacia Francia y el derecho canónico. Ambos casi al mismo tiempo plasmaron sus ideas en textos que se convertirían en la ley máxima de la nación: la Constitución y el Código Civil. En 1853, Alberdi escribió en pocos días y desde su exilio en Chile, un borrador de lo que sería la futura Constitución.⁷ En 1869, Vélez Sarfield le enviaba al Presidente Domingo F. Sarmiento la última versión del Código Civil que había escrito prácticamente en soledad. Ambas tradiciones no eran perfectamente consistentes entre sí. Muchos menos que eso. Las concepciones acerca de lo que la autoridad legítima para producir derecho es, así como cuáles son sus límites, son muy diferentes en la tradición constitucional de raíz norteamericana y en la tradición civilista de raíz francesa y canónica. La tensión permanente entre constitución y democracia, se traducirá en una tensión insoslayable entre la Constitución y el Código Civil en el sistema jurídico argentino. Por su parte, estas tensiones impactarán consecuentemente en un diseño institucional de características particulares que lo diferenciarán tanto de los modelos políticos europeos continentales, como del europeo insular de Westminster y del propio modelo de los Estados Unidos.

Las expectativas que ambas tradiciones tienen acerca de la función judicial, de la labor y responsabilidades de los legisladores, del rol que se le asigna a la academia

⁶ Arend Lijphart, *Democracies. Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries*, Yale University Press, New Haven, 1984.

⁷ Juan B. Alberdi, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Valparaíso, julio de 1852.

jurídica e incluso el lugar que debe tener la propia ciudadanía, son muy diferentes. A veces, radicalmente opuestas. El sistema jurídico argentino, construido sobre estos dos pilares, se presenta como una lucha permanente e histórica entre dos tradiciones políticas y jurídicas que han conquistado diferentes aspectos del tramado institucional. El mapa de ese territorio normativo y de instituciones jurídicas, está poblado de banderas de ambos bandos clavadas en áreas que se entremezclan y a veces se superponen. A modo de ejemplo de una “victoria” importante del modelo constitucionalista *à la* norteamericana, puedo mencionar el caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación constituida en gran medida como un reflejo de su par de los Estados Unidos. No sólo por el modelo constitucional casi idéntico de ambas naciones, sino también por la práctica constitucional misma que le ha dado forma a sus facultades. Las dos Constituciones tienen similitudes enormes que ponen fuera de toda duda esta semejanza. La Ley de Organización de la Justicia de 1789 de los Estados Unidos es casi idéntica a su par argentina, la Ley 48. El caso *Marbury v. Madison* fue fuente de inspiración de la decisión local en el caso *Sojo*, fallo sobre el que se apoya, como mencioné más arriba, el control judicial de constitucionalidad de características casi idénticas a las del *judicial review* norteamericano nacido a partir de *Marbury*. La única diferencia, no menor, es que la tradición civilista ha sido fuertemente refractaria a la instalación del *stare decisis*, institución considerada por el derecho continental como propia del *common law* y que pasó a la tradición jurídica norteamericana a través de la herencia jurídica de su metrópoli en la época colonial. Sin embargo, a esa victoria de la tradición continental, que no reconoce a los precedentes judiciales la centralidad que le otorga el constitucionalismo y el *common law* norteamericano, se le impone una victoria del constitucionalismo dada por la iniciativa temprana de publicar esos precedentes. Esta práctica ajena e incluso inútil, al menos en teoría, para la tradición continental, estuvo presente en Argentina desde el mismísimo año 1864 (cuando se publicó el primer volumen de jurisprudencia de la Corte Suprema), poco tiempo antes de que Vélez escribiera el Código Civil de tradición francesa y canónica. El lenguaje del Secretario de la Corte Suprema de Argentina utilizado en la introducción a ese volumen de fallos del máximo tribunal del país, recuerda el utilizado por Cranch en la introducción del primer volumen de fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos, con la única omisión de la mención de la regla de precedente.

Otro ejemplo de esta lucha permanente entre las dos tradiciones por conquistar diferentes territorios institucionales es el que se presenta cuando dirigimos nuestra mirada hacia la actividad de los jueces. Las expectativas que cada tradición tiene respecto de ellos y el consiguiente diseño de los procedimientos para seleccionarlos y designarlos, juzgarlos y removerlos de sus cargos o incluso, y absolutamente fundamental, el modo en que deben decidir y la atención que se espera que ellos presten a las decisiones tomadas por otros jueces en casos similares, tienen en ambas tradiciones características opuestas y contradictorias. Sin embargo, ambas han influido en el diseño institucional argentino y en las prácticas de sus actores motivando tensiones altamente negativas para la consolidación de una práctica constitucional sólida y estable. Por ejemplo, en Argentina, las designaciones de los jueces, de acuerdo con el texto constitucional, ha seguido a pie juntillas el modelo de la Constitución de los Estados Unidos. Según el procedimiento establecido en la Carta Magna, la nominación de los propuestos la realiza el Presidente de

la Nación y pasan luego al Senado para su aprobación. Procedimiento de fuerte cariz “político” que denota una victoria del constitucionalismo norteamericano por sobre la tradición continental en esta materia, se aleja del modelo de selección *técnica* que caracteriza a los sistemas jurídicos de tradición continental. Sin embargo, las expectativas civilistas de contar con jueces técnicos y políticamente neutros que apliquen la ley sin involucrar decisiones valorativas, ha dado lugar a la creación en 1994 de un Consejo de la Magistratura que los pre-seleccione mediante un Comité de expertos (compuesto por jueces, abogados y profesores de derecho, además de representantes de los Poderes Legislativo y Ejecutivo), reconociendo una clara y tardía victoria (parcial) a la tradición continental. Digo “parcial” porque este nuevo sistema se aplica a todos los jueces excepto los de la Corte Suprema y, además, no reemplazó, sino que se agregó al procedimiento político ya existente (nominación del Ejecutivo y aprobación del Senado). También puede ser calificada de parcial porque no ha logrado, previsiblemente, los objetivos buscados de desplazar a la política del proceso designación de jueces. En 2006, debido a presiones populares y a necesidades políticas coyunturales del gobierno, con el argumento de que la selección de jueces no podía estar en manos de las denominadas corporaciones profesionales (jueces y abogados), el partido oficialista impulsó y logró que se aprobara en el Congreso, una ley que modificó la composición del Consejo de la Magistratura reduciendo radicalmente la representación de esos sectores dándole predominio a los representantes del Congreso. Una vez más, el modelo político de selección de jueces le doblaba el brazo a las fuerzas de la tradición continental que bregaban por métodos más técnicos de selección de magistrados en manos de “expertos” y no de “políticos”.

La facultades de derecho y la formación de los abogados, en cambio, han resultado áreas claramente conquistadas por la tradición continental. La enseñanza del derecho fuertemente centrada en el aprendizaje memorístico de los Códigos; la ausencia del método de casos y del entrenamiento de las capacidades argumentativas de los futuros abogados, sumado a la prácticamente inexistente presencia del estudio del derecho constitucional en las clases de derecho codificado (de los Códigos Civil, Comercial, Procesales, etc.), denotan una clara victoria de la tradición civilista en desmedro de la tradición constitucionalista de raíz norteamericana.

Muchas de las conquistas de la tradición continental en el paisaje agónico del mixturado sistema jurídico argentino encuentran su causa común en el lugar que esa tradición le asigna a los jueces. Una vez instalado el nuevo régimen democrático en Francia tras la Revolución de 1789, el gobierno, que reconocía como única autoridad al pueblo y como derecho sólo a aquellas normas que expresaban su voluntad, miraba a los jueces – que venían del antiguo régimen y que no fueron removidos en su gran mayoría – como una amenaza que debía controlarse. La estrategia de control consistió en limitar su accionar a la mera aplicación del derecho estándoles prohibido interpretarlo de modo de no agregar valor o contenido a los valores y contenidos decididos por los representantes del pueblo en el Parlamento. Como resulta comprensible, si el derecho era entendido como la manifestación “positivizada” de la voluntad popular, entonces los jueces debían aplicarlo sin agregar contenido o significado al hacer su trabajo. La creencia en que esta actividad automática y burocratizada era posible, condujo a una concepción del juez, de

su rol en el sistema político, de los procesos para su designación, de su formación, de la formación de los otros agentes que actuarán ante ellos (abogados litigantes) y de la propia actividad de los académicos del derecho, que poco tienen que ver con la actividad y formación de jueces, abogados y académicos que demanda y requiere la tradición constitucionalista de cuño estadounidense.

En síntesis, esta diferencia profunda en torno a la actividad interpretativa y a su lugar en el proceso de aplicación del derecho, parece ser un obstáculo fundamental para la posibilidad de desarrollar y consolidar una tradición constitucional o, lo que para mí es equivalente, la posibilidad de contar con una Constitución entendida como práctica social. La construcción del significado de una Constitución es una actividad cooperativa que tiene como responsables a todos los miembros de la comunidad política y jurídica. Ese significado elusivo se construye colectivamente a través de cada pequeño aporte interpretativo que realizan los jueces, los legisladores, los constituyentes, los abogados, los ciudadanos y la misma prensa especializada. Todos ellos llevan a cabo sus acciones como actores del sistema en el contexto de una actividad colectiva y transgeneracional. Por ello, no pueden realizarse en aislamiento o como si cada uno actuara sobre la presunción de que es el primer y último intérprete de la constitución. Ninguno de estos actores interviene ingenua o inocuamente cuando lo hace. Ninguno actuaría como debiera si procedieran como si los demás no existieran o no hubieran existido. Intentaré demostrar que, más allá de la tradición jurídica de que se trate – sea ella la del *common law* o la continental – el derecho tiene ciertas características intrínsecas que obligan a los miembros de la comunidad política y jurídica a comportarse responsablemente como miembros de una comunidad de intérpretes. Esa participación requiere que cada juez – y cada actor del sistema entendiendo esta categoría en un sentido amplio que abarca también a la ciudadanía – actúe de modo de preservar la *integridad del derecho*. La integridad del derecho no es un rasgo propio del derecho en la tradición del *common law*, sino del derecho en cualquier tradición – y por ello debe el intérprete – judicial o de otra índole – dejar a un lado sus propias valoraciones y esforzarse por decidir como miembro de esa comunidad de intérpretes.

Esta comunidad de intérpretes no abarca sólo a los jueces o a los “técnicos” del derecho (abogados, profesores, expertos, etc.), sino que incluye a la ciudadanía en general. Todos, incluso los ciudadanos mismos y los medios de comunicación, estamos inmersos en una deliberación extendida e intergeneracional sobre el significado de nuestra constitución. Varios rasgos poderosos de la tradición continental en Argentina, tales como la concepción de la actividad judicial como científica y avalorativa, han provocado la alienación de la ciudadanía y de los medios de comunicación de esta discusión que los debe incluir como miembros de la comunidad política y jurídica encargada de interpretar el contenido constitucional. En la última sección de este ensayo presentaré algunos ejemplos de cómo se puede incorporar a la ciudadanía en este proceso deliberativo, cuestión imprescindible para la construcción de una práctica constitucional estable, sin dejar de reconocer a los jueces la última palabra en este sentido.

La hipótesis que trato de plantear en este trabajo sostiene que los presupuestos de la tradición continental respecto de lo que el derecho y la democracia son, han dado lugar a una concepción de juez y a instituciones judiciales que no permiten el desarrollo de una práctica constitucional tal como la que requiere la tradición constitucionalista de raíz estadounidense y que la Argentina adoptó libremente como elemento fundamental de su tradición jurídica. En este sentido, considero que, dado el predominio de la tradición continental por sobre la tradición constitucionalista, Argentina ha generado un sistema jurídico y político mal equipado para la construcción de una práctica constitucional sólida produciendo como consecuencia una enorme incertidumbre respecto del contenido constitucional y, entonces, respecto de la existencia misma del límite constitucional a la voluntad democrática. De este modo, me animo a afirmar que la Constitución Argentina está aún, en muchos aspectos relevantes, sin definir. No sabemos qué es lo que ella establece o, más dramáticamente, no sabemos si de hecho *existe* como límite al ejercicio del poder público por parte de la mayoría del pueblo o de la mayoría de sus representantes. Esta incertidumbre se relaciona directamente con el modo en que los jueces desarrollan su labor interpretativa de la constitución, la cual es originada en la formación que reciben tanto ellos como el resto de los abogados en las escuelas de derecho. A continuación analizaré ambas cuestiones.

Jugando Juegos: “El Cadáver Exquisito” vs. “La Novela Encadenada”

Los artistas del Dadaísmo se revelaron contra la cultura y la razón. Creían que muchos de los males que azotaban al mundo, como las guerras que estallaron en la primera mitad del siglo XX, eran consecuencia de aquellas. Uno de sus objetivos predilectos de ataque era el lenguaje mismo, como expresión central de esa cultura de la razón que había llevado a la humanidad al borde del abismo – o al fondo del abismo⁸. Esta rebelión se puso de manifiesto a través de su obra poética y pictórica.

Algunos artistas pertenecientes al movimiento Dadá generaban el proceso creativo a partir de un juego que dieron en llamar el *cadáver exquisito*. Esta experiencia lúdica en la que se involucraban, por ejemplo, los poetas – pero también los artistas plásticos –, consistía en que uno de los participantes del juego debía escribir el primer verso de un poema que sería de factura colectiva. Ese verso, que se plasmaba en la parte superior de una hoja en blanco, debía ser ocultado por su autor plegando la porción de papel en la que se encontraba escrito, de modo que no pudiera ser vista por el segundo escritor. Este último recibiría frente a sus ojos una hoja sin escritura alguna sabiendo que detrás de ella se ocultaba el primer verso del poema que él contribuiría a completar, pero desconociendo el texto creado por su predecesor. De este modo, el segundo poeta/jugador escribiría con total libertad el segundo verso del poema ignorando lo expresado en el primero. Del mismo modo deberían proceder los poetas siguientes. Al cabo de varias

⁸ Leah Dickerman and Matthew S. Witkovsky, *The Dada Seminars*, National Gallery of Art, Washington, D.A.P, 2005. Ver también Henri Béhar y Michel Carassou, *Dada. Historia de una subversion*, Península, Barcelona, 1990.

rondas de escritura correspondientes a diversos autores/jugadores, se habría acumulado una serie de versos ocultos en los pliegues del papel. Al terminar la etapa de escritura secuencial, el papel se desplegaría y podrían leer un poema de factura colectiva que carecía del más absoluto sentido. El lenguaje había sido derrotado y con él la razón y la cultura. El nombre del juego se corresponde con las primeras palabras escritas del poema que fuera producto de la primera vez que desarrollaron el experimento creativo. Algo parecido era llevado a cabo por medio del dibujo. Cada artista dibuja su contribución, la oculta plegando el papel y la pasa al siguiente artista que agrega la suya sólo conociendo y tomando como punto de partida, los “puntos” marginales superiores o inferiores del dibujo realizado por el artista que lo precedió. El resultado era una serie de figuras monstruosas y carentes de significado alguno.

Ronald Dworkin, en su obra *Law's Empire*,⁹ recurre a la descripción de otro juego para ilustrar su teoría acerca del derecho y su interpretación. Este juego es el de la *novela encadenada* y se apoya en el presupuesto de las bondades de la razón y la integridad del lenguaje o, mejor, de la obra literaria y en particular en el género de la novela. Esta experiencia lúdica consiste en que un grupo de jugadores se proponen, de un modo similar al objetivo autoimpuesto por los poetas del Dadaísmo, escribir o “construir” una obra en forma colectiva, con varias manos. Sin embargo, a diferencia de sus lúdicos pares del movimiento artístico contestatario, los narradores de Dworkin son plenamente conscientes de aquello que ha sido escrito por sus predecesores. Este conocimiento fundamental en el proceso de narración en cadena, constriñe la libertad de los escritores sucesivos, aunque no la anula. Esto significa que con miras a preservar la *integridad* del texto, cualidad ausente en el texto dadá, cada narrador no sólo conoce aquello que fuera previamente escrito, sino que ese contenido limita las opciones de su propia narración. El resultado final del juego, lejos de la experiencia del texto sin sentido de los dadaístas, es una novela con sentido en la que los capítulos sucesivamente escritos por los diferentes autores constituyen un texto *íntegro*, en las antípodas del texto *desintegrado* del cadáver exquisito.

Resumidamente, percibo un paralelo entre la práctica de decisión judicial de la tradición continental y la experiencia lúdica de los poetas dadaístas: jueces que aplican la ley en cada caso sin entender como necesario observar el modo en que sus predecesores han entendido – *escrito e interpretado* – su parte en la construcción colectiva del texto cuya creación los reúne, probablemente apoyados en el presupuesto de que no se encuentran realizando o construyendo nada, sino *re-representando* una creación anterior – el Código. Entiendo que, en principio, los jueces inmersos en una tradición constitucionalista (y no necesariamente del *common law*), dada las características particulares del texto constitucional y de su interpretación, están compelidos, por el contrario, a inspirarse en el juego de la novela encadenada en lugar de hacerlo en el del cadáver exquisito.

Sin embargo, es preciso señalar una diferencia sumamente importante entre los poetas dadaístas y los jueces civilistas, y ella es que mientras los primeros abierta e intencionalmente se involucran en un juego que a sabiendas arrojará como resultado la

⁹ Ronald Dworkin, *Laws Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986.

creación de un texto sin sentido, los jueces civilistas creen que, basados en el hecho de que la aplicación de la ley es automática por ser su significado autoevidente, lejos de contribuir a narrar un poema ininteligible, se encuentran haciendo su parte para que el poema coherente – el Código escrito por los legisladores – llegue a los ciudadanos del modo más fiel posible, es decir, sin *agregar* ellos significado y contenido a partir de su propia interpretación. Sin embargo, mi hipótesis es que estos jueces civilistas, sin saberlo, se involucran en un juego dadaísta que arroja como resultado un derecho *ininteligible* por carente de integridad. Ignorantes o desinteresados de las consecuencias reales de sus propios actos, realizan una contribución determinante a la *desintegración* del derecho constitucional – o del derecho.

La Tradición Continental y su Infraestructura Judicial

Para la tradición continental¹⁰ el derecho está en el Código y su significado es evidente y claro. Partiendo este fuerte presupuesto, los jueces son imaginados como agentes cuya excluyente función es la de “*aplicar*” esos Códigos. De acuerdo con esta concepción de la función judicial, los jueces son, como sostenía Montesquieu, “la boca de la ley”. No son el cerebro que la creó, sino el órgano mecánico que expresa una voluntad que no es la propia y que corresponde a la del pueblo que decidió el contenido del derecho. El juez, para esta tradición, es un funcionario burocrático que ha sido educado y entrenado para desarrollar una actividad de carácter técnico o científico. Los jueces son, entonces, expertos en la aplicación a casos concretos de la ley decidida en el Parlamento. En la medida que estos funcionarios desarrollen su actividad correctamente, nada debemos temer desde el punto de vista de nuestro sistema democrático de toma de decisiones. El pueblo, cuya voluntad se puso de manifiesto en el Parlamento y que se sustanció en la norma legal sancionada, será la única fuente de autoridad normativa. Esta noción acerca de la actividad judicial en el contexto de la tradición continental dará lugar a una serie de características del procedimiento de selección y designación de jueces y del funcionamiento del Poder Judicial que entiendo conspiran contra la posibilidad desarrollar una *práctica constitucional*. Me referiré ahora a estas dos cuestiones en el contexto de la tradición continental, para luego contrastarlas con el modo de selección de jueces y su práctica judicial en el constitucionalismo de los Estados Unidos, y finalizaré con el caso híbrido argentino.

La selección de jueces en la tradición continental

El juez de la tradición continental¹¹ comienza su formación, que comparte con el resto de los abogados, en las facultades de derecho. Como veremos más adelante con

¹⁰ En estado puro y refiriéndome a ella en términos muy generales, pasando por alto las particularidades de cada sistema jurídico continental en particular y sólo apoyándome en sus presupuestos teóricos.

¹¹ Me referiré aquí a los jueces de la tradición continental en términos generales (sin detenerme en diferencias entre sistemas jurídicos nacionales) y sin considerar el caso de aquellos jueces que, como los de

mayor detalle, esta educación jurídica formalista está básicamente atravesada por dos características fundamentales que determinarán la base de la formación del juez: el conocimiento acabado del texto del Código y la especialización en un área particular del derecho (o en un Código específico: Civil, Comercial, Administrativo o Penal). Estos rasgos de la formación y entrenamiento del juez se proyectan más allá de la educación que recibe en las facultades de derecho para continuar con características similares en etapas de entrenamiento y formación durante lo que denominaremos la “carrera judicial”. Me referiré a esta formación y en particular a las dos características señaladas (el formalismo y la especialización). También me referiré a un tercer aspecto negativo o definido por su ausencia y que es el que se refiere a la formación en derecho constitucional.

a) Los jueces de la tradición continental como “formalistas lógicos”

Desde los tiempos del imperio romano, el *iudex* (juez), dejó de ser un no-experto que recurría a la asistencia legal del “jurisconsulto” cuando lo consideraba necesario, y se convirtió en un funcionario conocedor del derecho cuya principal función era la de aplicar la voluntad del emperador. Según Merryman, el juez no tenía ningún poder para “hacer derecho”. En tiempos medievales prerrevolucionarios en Francia, como así también luego de la revolución, las quejas principales respecto de los jueces continentales consistían en que ellos se encontraban actuando cada vez más como jueces ingleses, interpretando “creativamente” la ley.¹² El principio de estricta separación de poderes instalado por la revolución llevó a limitar nuevamente el poder de decisión de los jueces, pues la ley sólo podía ser decidida por el Parlamento. De este modo, el juez sólo podía usar la ley como fuente de sus decisiones y no los precedentes judiciales. Originariamente, si existían dudas respecto del significado de la ley, los jueces debían trasladar la cuestión al Parlamento para su esclarecimiento, con la expectativa de que, con el paso del tiempo, todas las dudas e incertidumbres se disiparían y este recurso a los autores de la ley ya no fuera necesario¹³. Así, la labor judicial se convirtió en una tarea casi rutinaria de expertos que reciben los hechos de un caso y luego identifican, gracias a su conocimiento experto, la norma aplicable del Código, resolviendo el caso por medio de la articulación de silogismos. Esa era la tarea propia de estos burócratas que aplicaban las decisiones de los legisladores, verdaderos protagonistas del sistema jurídico continental o a lo sumo se apoyaban en el saber de los juristas, también expertos en la comprensión de la ley.

Según Mirjan Damaska, el sistema jurídico de tradición continental se caracteriza por la conformación de una estructura que él denomina jerárquica y que organiza el armado de la burocracia judicial. Este modelo se construyó sobre la base de la influencia de ideas originadas en la tradición de la iglesia católica que imaginó, a partir del siglo XI,

los Tribunales Constitucionales o Cortes Supremas, tienen el rol de realizar el control de constitucionalidad.

¹² John Merryman, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford University Press, Stanford, 1969, pp. 37.

¹³ *Ibidem*.

la organización celestial como una “perfecta estructura” jerárquica que luego se trasladaría a la propia organización burocrática de la Iglesia con el Papa en la cúspide. En la literatura jurídica de esa época, Damaska identifica la aparición del denominado *officium judicis* (el oficio del juez) que se caracterizaba por señalar la necesidad de desdoblamiento o separación entre el cargo y la persona de quienes aplican la ley (canónica), de modo que las ideas personales no contaran y que las decisiones sólo estuvieran apoyadas en la información adquirida oficialmente. La expectativa era que la persona (*homo*) se despojara de sus conocimientos como tal y decidiera como *judex*¹⁴, aunque aún era posible que los jueces de la iglesia atemperen la rigidez de las reglas de acuerdo al mandato de su conciencia (*aequitas* o *arbitrium*), pero esta libertad estaba limitada por la necesidad de que esas decisiones se encuentren limitadas por la razón y sujetas a la revisión de jueces superiores¹⁵.

Por otro lado, desde la época de Justiniano se consideró que, pese a la apariencia caótica de las leyes que provenían de los diferentes orígenes y culturas que poblaban el imperio, había una racionalidad en ellas que podía ser descubierta. La búsqueda de la solución correcta se vinculaba al análisis textual y lógico del significado de esas reglas. El derecho, señala Damaska, se consideró un sistema cerrado autosuficiente, una ciencia (a este enfoque el autor lo llama “legalismo jurídico”)¹⁶.

Más tarde, en los siglos XVI y XVII la mayoría de los funcionarios judiciales se convirtieron en funcionarios de carrera y los encargados de decidir las controversias que llegaban a sus estrados dejaron de estar autorizados a adaptar la ley de acuerdo a los mandatos de su conciencia. Según Damaska, se consideraba que la integridad de la poderosa autoridad central requería de un gobierno de reglas, y agrega que este apego a las reglas afectó las actitudes de los agentes pertinentes respecto de los precedentes judiciales, de modo que las decisiones de los jueces superiores tomadas en el pasado no eran consideradas para comparar con la situación bajo examen. El precedente era algo diferente para esta práctica judicial que lo que implica para la tradición de *common law* y se identificaba con un pronunciamiento del órgano superior fundado en y concebido como, el desprendimiento de una regla existente, reconociendo un lugar marginal e irrelevante a los hechos del caso. El *dictum* del caso, que el *common law* convencional, según este autor, no valoraría tanto, era valorado en el contexto de la tradición continental precisamente por su independencia de los hechos del caso¹⁷. En este sentido, Montesquieu afirmó que en el contexto de esta tradición, los precedentes son meramente “un texto de la ley más preciso”¹⁸. La creencia de que las normas no están atadas al contexto, sumada a la que considera que la creación y la aplicación de las normas pueden ser tajantemente separadas (ambas consideraciones caracterizan al mencionado legalismo lógico), llevó a la definición de una especie de doctrina de la libertad judicial¹⁹. Según

¹⁴ Damaska, pp. 55-56

¹⁵ Damaska, pp. 59.

¹⁶ Damaska, pp. 58.

¹⁷ Damaska, pp. 62-63.

¹⁸ Montesquieu, Les jugements ne soient jamais qu’un text plus precis de la loi, *De l’esprit des lois*, Liv. 11, c.6.

¹⁹ Damaska, pp. 68.

Damaska, incluso antes de la Revolución Francesa, los sistemas jurídicos continentales consideraban que las normas podían ser creadas con tal claridad y precisión que su aplicación a casos individuales requeriría de una mera “subsunción” de los hechos a las normas sin posterior elaboración (interpretación) por parte del juez. A partir la Revolución Francesa y el establecimiento del principio de la separación de poderes que apuntaba a someter la autoridad de los jueces bajo el poder y control del Parlamento, el poder judicial debió aplicar la ley con la prohibición de tomar decisiones políticas privadas a la legislatura. Este último objetivo se asociaba con la necesidad de la Revolución de debilitar el poder de los magistrados del régimen anterior, de modo que los jueces se convirtieran en *employées* (empleados). En este sentido, se estableció que las decisiones de las cortes superiores no eran vinculantes para los jueces subordinados, incluso cuando se devolvían para su revisión²⁰. Con la misma finalidad de limitar el poder de la judicatura, que no fue reemplazada en su totalidad por el nuevo régimen, se llegó a importar la institución de los jurados legos (para los delitos más serios), que obviamente fue muy resistida y su impacto anulado paulatinamente.²¹

Esta conformación de la burocracia judicial se manifestó en el diseño de los tribunales superiores de apelación, habitualmente colegiados, cuyas decisiones colectivas no contaban – y aun hoy no cuentan – con la identificación de los votos favorables y disidentes, estos últimos ni siquiera son generalmente publicados (me referiré en extenso a este punto más adelante). En tiempos modernos, con la incorporación a los sistemas continentales de constituciones escritas y rígidas que se erigen como límite a las legislación (los Códigos), los sistemas jurídicos de la tradición continental de Europa (como Italia, Alemania, Austria o España), han creado tribunales especiales que tienen la facultad de ejercer el control de constitucionalidad, pero estas cortes no se consideran parte del sistema de justicia y no se les reconoce a los jueces (los sucesores de los antiguos *iudex*) esta facultad²². En otros casos, como el del sistema continental argentino, la facultad de control de constitucionalidad se le reconoce a todos los jueces, pero la imagen que ellos proyectan y las características que los definen en su rol continúan siendo aquellas de los jueces de la tradición continental. Es en esta tensión interna del rol esperado y del rol real del juez donde creo se dan algunas de las causas más relevantes de la dificultad para construir una tradición constitucional en este país de sistema híbrido.

b) El entrenamiento jurídico formalista y especializado

Este modelo de juez *legalista lógico* de la tradición continental requiere de una formación, entrenamiento y permanente capacitación que le provean de las herramientas necesarias para hacer su trabajo al tiempo que evita incurrir en las acciones que le están vedadas (interpretar, crear derecho o tomar decisiones políticas). Esta formación se construye, principalmente, sobre el presupuesto de que el derecho equivale a lo expresado

²⁰ Damaska, pp. 66-67.

²¹ Damaska, pp. 67.

²² John Merryman, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford University Press, Stanford, 1969, pp. 39.

en los Códigos. Por ello, los cursos típicos de la carrera de abogacía de la tradición continental se limitan al denominado “estudio” de estos Códigos en un sentido dogmático y acrítico. De allí que ese estudio se constriña al conocimiento del texto del Código del modo más fiel posible, razón por la cual su memorización es la máxima expresión de su conocimiento. “Saber el Código” es poder recordarlo y tener la capacidad para encontrar en sus páginas la cláusula correcta para resolver un problema jurídico. Los libros por los cuales se estudian esos Códigos son habitualmente obras de un solo autor que recorren cada cláusula del Código y en las que éste explica lo expresado desde una perspectiva supuestamente objetiva. Estos textos académicos habitualmente repiten en otras palabras lo expresado en el Código, lo comparan con Códigos de otros países, narran una especie de historia o arqueología de la cláusula explicada, y se recurre a la presentación de la *naturaleza jurídica* de la institución o regla explicada en el sentido de su “verdadero” significado y objetivo, los cuales son un *hecho de la naturaleza* y no la consecuencia de la interpretación del texto por el autor del manual o del tratado por el que se estudia el Código. Los exámenes de estos cursos equivalen a una comprobación de ese conocimiento del texto y el mejor examen, el que obtendrá las mejores calificaciones, es aquél que ha reproducido con mayor exactitud el texto del Código o las “enseñanzas” del autor del tratado.

Una vez finalizada esta etapa de formación (que los jueces comparten con el resto de los abogados), o probablemente algunos años antes de la graduación, los futuros jueces comienzan a trabajar en los tribunales. Las tareas que realizan mientras son estudiantes o apenas graduados son de asistencia de los magistrados o sus relatores o secretarios en cuestiones muchas veces consideradas tediosas o de carácter administrativo. El próximo estadio de una formación que se logra mientras se experimenta con las diferentes actividades de la labor judicial dentro de un tribunal, consiste en que el futuro juez comience, como el aprendiz de un oficio medieval, a redactar proyectos de sentencias que luego el juez o sus secretarios consideran como base para sus decisiones. Luego de varios años llevando a cabo estas tareas, el futuro juez podrá introducirse en el proceso de selección de magistrados que habitualmente consistirá de una competencia con otros postulantes. Si bien en algunos sistemas judiciales, abogados que no han tenido experiencia de trabajo en un tribunal pueden aspirar a un cargo en la justicia, sus posibilidades son muy reducidas si se las compara con sus competidores con experiencia en un tribunal. Una vez seleccionado como juez luego de una serie de exámenes que intentan testear el conocimiento de la ley (en el sentido que le hemos dado hasta aquí a esa idea de “conocimiento”) y su experiencia en la práctica de juzgar (en un sentido casi burocrático que se limitará a su experiencia laboral como aprendiz en sus años de *junior* en el tribunal), el magistrado deberá actualizar sus conocimientos por medio de cursos brindados por académicos u otros jueces en las denominadas Escuelas Judiciales. El paso de los años y la acumulación de estos cursos, le darán a los jueces inferiores la oportunidad de enfrentar con éxito nuevas selecciones para ocupar cargos de jueces superiores (Cámaras de Apelación o Tribunales de Casación). Según Merryman, un juez de la tradición continental es una especie de funcionario público (*civil servant*), que ocupa diferentes puestos judiciales en los que asciende dada su experiencia y *seniority*²³. La carrera que debe realizar un juez para

²³ Merryman, pp. 35-36.

convertirse en tal o para ser promovido a tribunales superiores, comienza en años muy tempranos y dura prácticamente toda su vida profesional. Es muy difícil para un abogado que se ha desempeñado por muchos años como profesional liberal practicando su profesión, convertirse en juez sin haber optado ya desde su época como estudiante, por esta carrera.

c) La formación especializada

Si bien las facultades de derecho, de Argentina al menos, dan a los estudiantes una formación clásica en la que se recorren todos los Códigos, hacia el final de la carrera es normal que el futuro abogado (y eventualmente el juez) elija su área de especialización. Si, además, el abogado intenta perseguir la denominada carrera judicial, éste debe comenzar a trabajar en un tribunal con jurisdicción en el fuero de su preferencia (área específica de decisión judicial: civil, comercial, administrativo o penal) que se corresponda con el *tipo* de derecho en el que desea realizar esa carrera. Es importante subrayar que es muy difícil cambiar de *fuero* en medio de una carrera judicial, o quizá deba decir que ello es prácticamente imposible, al menos sin que sea percibido como una anomalía. Dado que la tarea del juez es entendida como una especie de oficio (en el significado medieval de la palabra) adquirida con la práctica y el estudio especializado de un área del derecho (que se corresponde con un Código), sería muy difícil para una persona especializada y con experiencia en el fuero civil, por ejemplo, cambiar su área de *expertise* a, por ejemplo, el área penal. Muchos jueces y abogados ejercen además la docencia en las facultades de derecho y es prácticamente inimaginable, culturalmente prohibido, que un profesor del derecho de los contratos en algún momento de su carrera opte por enseñar derecho constitucional o garantías en el proceso penal. El conocimiento considerado experto en un área del derecho limita el futuro ejercicio profesional, por ejemplo en los tribunales o la docencia. El estudio de cada Código se concibe como una ciencia con secretos y particularidades que sólo el iniciado en ella puede (o le está permitido) aplicar o enseñar.

d) La marginalidad del derecho constitucional en la formación del juez de la tradición continental (argentina)

Es importante señalar el lugar marginal que el derecho constitucional, al menos en el caso particular del sistema jurídico argentino (aunque creo que el caso no es diferente en el resto de los países de tradición continental), ocupa en la formación de los futuros abogados/jueces de la tradición continental o incluso una vez que ellos ya se encuentran ejerciendo su profesión y atravesando la carrera judicial.

En las facultades de derecho de Argentina, existe un curso introductorio, generalmente al inicio de la carrera de abogacía, sobre derecho constitucional. En él se estudia el texto de la Constitución de un modo similar al que se estudian los Códigos en el resto de las materias: el conocimiento de la Constitución se limita a la memorización y recuerdo de las cláusulas constitucionales. En casos excepcionales este estudio dogmático

de la norma se combina con la lectura de algo de historia argentina o de historia constitucional. En situaciones muy marginales se estudian casos decididos por los jueces, y particularmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Vale aclarar que el estudio de esos casos sobre cuestiones constitucionales no se da del mismo modo que en los países de tradición de *common law*. En la misma línea de la afirmación de Montesquieu, “lo que importa saber” en este particular y novedoso método de casos, no es el análisis de los hechos y el modo en que ellos pueden implicar la aplicación de decisiones anteriores o la generación de una nueva regla coherente con los precedentes aplicables, sino que lo relevante es saber cuál es esa nueva norma que se extrae del fallo (el *holding*) y que será tomada como una versión más detallada de lo ya expresado en el Código o en la Constitución. En este sentido, es interesante la siguiente observación de Damaska sobre el uso de precedentes en la tradición continental:

“Merece la pena anotar que una doctrina de los precedentes formalmente vinculantes sería mucho más rígida en el marco institucional continental que en el *common law*. La razón primaria no es tanto un mayor espíritu de obediencia a los superiores en los primeros que en los últimos, sino la diferente comprensión del precedente. (...) El juez continental no pondera la simetría de las situaciones de hecho que, regidas por el *stare decisis*, permiten distinciones finas asegurando por tanto el crecimiento flexible del derecho. En cambio cada vez busca reglas más concretas en las decisiones anteriores, pasando por alto el contexto factual que las envuelve. Asumiendo la naturaleza vinculante de la concreción de esta norma progresiva, las normas de decisión en su momento se volverán intolerablemente rígidas, cada decisión nueva como una gota en la formación de una estalactita de normas cada vez más grande²⁴”.

Volviendo sobre la formación de los jueces (y abogados) en derecho constitucional, es habitual que aquel curso introductorio sea lo último que esa persona lea o discuta en una facultad de derecho sobre la Constitución. No debería sorprendernos que, dada la concepción acerca de lo que el derecho es que tiene la tradición continental (aquella voluntad política democrática expresada en el Código), que en el resto de los cursos en los que se estudian Códigos no exista prácticamente referencia alguna a la Constitución, así como tampoco es fácil identificar casos judiciales en los que se debata constitucionalmente una norma del Código Civil. En este sentido, resulta ilustrativo el contraste sobre el que llama la atención Augusto Morello al tratar de dibujar el perfil del juez ayer y hoy en la Argentina. El experto en derecho procesal sostiene que el juez solía en el pasado ser “de perfil bajo, gustaba ser recoleto, ajeno a las voces de extramuros (...); no sentía la necesidad de *crear derecho*, cuyo cofre de identidad lo marcaban los Códigos y la prudente y lógica interpretación de sus normas, apuntaladas en los principios (del Derecho Privado o Público según el objeto y contenidos de las controversias), que no lo llevaban a imaginar respuestas de punta, disonantes con lo

²⁴ Damaska, p. 68, nota 37.

establecido”²⁵. Esta descripción del juez “típico” de la tradición continental, que refleja en el ejemplo argentino las descripciones del género que realizan Merryman y Damaska, contrasta, según Morello, con un juez “más moderno” que se ve obligado a “dilatarse” sus poderes-deberes al punto de declarar inconstitucional una norma del Código Civil, tendencia a la que el profesor parece dar la bienvenida pero no sin remarcar su excepcionalidad y novedad en el contexto del sistema jurídico Argentino²⁶. Se refiere específicamente al caso *Sejean*²⁷, en el que la Corte Suprema decidió en 1986 declarar inconstitucional la Ley de Matrimonio Civil (considerada parte del Código Civil y de más de un siglo de vigencia indiscutida) que impedía la tramitación de divorcios y la posibilidad de realizar nuevos matrimonios. La Corte entendió en este caso que el artículo 19 de la Constitución Nacional²⁸, que protege la autonomía personal, invalidaba la prohibición dado que ella atentaba contra la libertad de decisión en una cuestión que no tenía efectos negativos para terceros. Casos como este, en los que un juez de la tradición continental invalida una norma del Código Civil son absolutamente excepcionales en el derecho argentino. Es posible que se den algunos casos un poco más frecuentemente en el marco del Derecho Penal o incluso el Derecho Administrativo, pero no en el ámbito del Derecho Privado. Por esa razón, es prácticamente imposible que algún estudiante de derecho recuerde haber discutido una cuestión constitucional en algún curso de derecho civil y su conocimiento del derecho constitucional se limita generalmente al obtenido en el curso introductorio del primer año de la carrera y que se percibe como un curso de formación cívica, cuya utilidad para el ejercicio profesional es incierta desde la perspectiva del futuro abogado.

¿Hay una salida que permita fortalecer la tradición constitucional?

Hasta aquí he tratado de mostrar el modo en que han confluído en el sistema jurídico argentino la tradición continental europea y el constitucionalismo de raíz estadounidense. También he intentado poner en evidencia las consecuencias negativas que la fuerte influencia de los presupuestos formalistas de la primera ha tenido sobre la práctica constitucional dificultando – o incluso imposibilitando – la propia existencia de esta última. Detrás de la tradición continental y de la codificación subyace una concepción del derecho como texto que determina el modo en que se desenvuelven los actores del sistema jurídico (en un sentido amplio que abarca desde ciudadanos y periodistas, a jueces, legisladores o profesores de derecho) de acuerdo a las expectativas que sobre ellos genera la tradición jurídica *sui generis* que se ha desarrollado en Argentina. A partir del presupuesto de que el derecho se agota en el texto del Código, la expectativa que tenemos respecto de la actividad de los jueces consiste en que focalicen

²⁵ Augusto Morello, “Recientes tendencias en la posición del juez”, en Roberto Berizonce (coordinador), *El juez y la magistratura (tendencias en los albores del siglo XXI)*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p. 61, en p. 63.

²⁶ Morello, en p. 64.

²⁷ CSJN, S.32.XXI (27 de noviembre de 1986)

²⁸ Este artículo establece la protección de la autonomía personal frente a interferencias perfeccionistas por parte del estado que intenten imponer planes de vida.

en la mera aplicación de la ley sin que se involucren en actividad interpretativa alguna. Si bien todos los actores del sistema saben, de hecho, que esta aplicación avalorativa es imposible, esta visión acerca de la práctica de juzgar condiciona el diseño del sistema jurídico y político no previendo institucionalidad alguna para contener, limitar o guiar la actividad interpretativa que los jueces no pueden evitar realizar y que se supone no realizan. De este modo, la institucionalidad fuertemente influenciada por la tradición continental y sus presupuestos formalistas, nos ha dejado con jueces que no pueden eludir la actividad interpretativa y que, sin embargo, no cuentan con límites apropiados a la discrecionalidad que guía las decisiones valorativas que inevitablemente preceden a la asignación de significado a la ley y, particularmente, a la Constitución.

A diferencia de sus pares del *common law* del constitucionalismo de vertiente norteamericana, quienes se hallan constreñidos por la estrategia artificial de la regla del precedente establecida sobre la presunción de la inevitabilidad de la valoración del intérprete y con el objetivo de disciplinarlo y limitarlo en su discrecionalidad, el juez de la tradición continental se encuentra con sus manos desatadas porque todos suponen que su trabajo no requiere que las use. La tradición continental deja a los sistemas jurídico y político desarmados desde el punto de vista institucional para lograr el objetivo de evitar que los jueces civilistas jueguen, sin saberlo, al *cadáver exquisito*, y dando lugar, como consecuencia, a un derecho (constitucional) desintegrado – parafraseando a Dworkin.

¿Por qué cuesta tanto en Argentina consolidar una práctica constitucional estable? Considero que ello sucede, entre otras razones, porque la práctica constitucional inspirada en el modelo constitucional de los Estados Unidos requiere de arreglos institucionales con los que la tradición continental no cuenta y que, incluso, rechaza por varias razones. En primer término, por considerarlos opuestos a lo que entiende por derecho (un texto); segundo, por ser contrarios al modo en que se concibe la práctica de hacer justicia (siempre en forma anticipada sin que medie la existencia o el conocimiento de un caso) y, tercero, por oponerse al concepto de democracia sobre el que apoya la autoridad del derecho (una teoría democrática radical).

Ahora bien, si esto fuera cierto, ¿es posible crear las condiciones para el establecimiento de una práctica constitucional más estable? ¿Es posible conciliar aspectos muy enraizados de la tradición continental con el establecimiento de una Constitución robusta (en el sentido “nineano” de este término²⁹) que Argentina heredó de los Estados Unidos? Creo que sí y que para hacerlo es necesario partir de una concepción de Constitución como práctica social que involucra a todos los actores del sistema político y jurídico. Una práctica social en la que todos los que forman parte de ella tienen responsabilidades derivadas del hecho de pertenecer a una comunidad de intérpretes en la que deben abrirse los canales de diálogo y deliberación que les permitirán construir juntos, a la Dworkin, la novela constitucional, o, a la Nino, la catedral medieval, que sólo cobra sentido cuando media un compromiso intergeneracional con su integridad.

²⁹ Carlos Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, Chapter 1, Yale University Press, New Haven, 1996.

En las siguientes secciones me detendré en aquellos aspectos de esta práctica que se relacionan con la incorporación de la ciudadanía al debate público sobre el contenido y significado constitucional y que pueden ser provocados desde arreglos institucionales específicos que muchas veces sólo requieren de pequeños grandes cambios, aunque no por ello menos difíciles de poner en práctica, en algunas formas de proceder de actores clave del sistema jurídico y de sus instituciones.

La Constitución como Práctica Social y El Debate Público

Es claro que no existe en Argentina un acuerdo amplio sobre aspectos centrales del significado de la Constitución del país. La Constitución, o al menos una porción muy relevante de su contenido, no se encuentra pacíficamente aceptada (lo que en inglés algunos autores denominan *settled*). Los grandes debates constitucionales que tuvieron lugar en torno a cuestiones tan centrales como la cosa juzgada³⁰, la validez de normas emanadas de gobiernos no democráticos³¹, el principio de autonomía personal³², el derecho de propiedad³³, o los poderes presidenciales para decidir sobre cuestiones propias del Poder Legislativo³⁴, por nombrar sólo algunas de las más salientes desde el reestablecimiento de la democracia constitucional en 1983, ponen en evidencia esta “inestabilidad” constitucional. Muchas veces, y en la mayoría de los casos con razón, se ha explicado esta sinuosidad interpretativa del texto constitucional a la influencia del Presidente o de otros factores de poder sobre los jueces (particularmente los de la Corte Suprema) identificando a la falta de independencia de esos magistrados como la causa de esta incertidumbre acerca de lo que la Constitución realmente dice. Por ello, las

³⁰ Me refiero a los debates sobre la constitucionalidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final (una suerte de leyes de amnistía de los crímenes cometidos durante la dictadura militar que tuvo lugar de 1976 a 1983). La Corte Suprema en los 80s las declaró constitucionales y en 2005 las declararon nulas.

³¹ La Corte Suprema sostuvo en 1930 que esas normas eran válidas, en los 80s sostuvo que se presumían inválidas, y en los 90s decidió que eran válidas desplazando la doctrina de pocos años antes.

³² Apenas recuperada la democracia, entre 1983 y 1987, la Corte liberal presidida por Genaro Carrió construyó una doctrina altamente protectora de la autonomía personal fundada en una interpretación generosa del art. 19 de la Constitución Nacional que protege las acciones privadas que no afectan a terceros exceptuándolas de cualquier tipo de interferencia estatal. La Corte capturada por el Presidente Carlos Menem, desplazó esa doctrina radicalmente en los 90s.

³³ Luego de la gran crisis económica de diciembre de 2001, y en los siguientes tres escasos años, la Corte varió en tres oportunidades su interpretación del derecho de propiedad respecto de la facultad del estado para limitar el acceso de los ahorristas a sus depósitos en dólares en bancos argentinos a un valor inferior al del mercado de la moneda de esos depósitos.

³⁴ Me refiero especialmente a decisiones por medio de las cuales se consideraron constitucionales los decretos de necesidad y urgencia (especie de *executive orders*) cuando mediara urgencia sobre el presupuesto de que, pese a que la Constitución no faculta al Presidente a emitir estos decretos sobre materias privativas del Congreso de la Nación, éste es ineficaz para decidir cuando los tiempos apremian.

estrategias más frecuentemente utilizadas para lograr un sistema de justicia independiente y, supuestamente por ello, previsible, han partido del presupuesto civilista 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 un sentido banal, entendida como independiente de presiones espurias originadas en los intereses de un partido político o de un actor privado. 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 los dictados de la ciencia jurídica, como la entiende la tradición continental, y más lejos de la voluntad de aquellos que detentan el poder político. De este modo, su independencia estaría asegurada, así como la seguridad jurídica y el respeto de los derechos constitucionales.

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 constitucionalmente justo en un caso 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 o incluso aquellos considerados universales, con las decisiones supuestamente políticamente neutras que los tribunales debían tomar³⁵. La denominada *dogmática jurídica*, entendida como el método científico de aplicación de la ley, significó un instrumento ideal para intentar hacer realidad esta ambición de neutralidad³⁶.

Pese a los esfuerzos de la tradición del *civil law* por impedir que la decisión valorativa penetre la actividad judicial, sabemos que ello es inevitable³⁷. El espacio de decisión fundada en valores a los que el juez debe recurrir para cumplir con su misión de aplicar la ley es inmenso, sobre todo cuando la tradición del constitucionalismo se

³⁵ Sobre esta necesaria desconexión entre la *persona* y el *cargo* en la tradición civilista, Mirjan Damaska, *Las dos caras de la justicia y del poder. Análisis comparado del proceso legal*, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 154-168.

³⁶ Para una descripción de la dogmática jurídica, ver Carlos S. Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, 1974, pp. 85-101.

³⁷ Carlos Nino, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 44-77.

encuentra con la tradición continental. En este caso, 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 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 cuando sus expectativas son (previsiblemente) defraudadas.

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 relacionan con el aislamiento del debate (valorativo) al ámbito exclusivo de la actividad solitaria del juez-técnico, sino que parece requerir de un debate mayor – no menor – sobre esas decisiones valorativas que involucre a más actores y se haga del modo más transparente y abierto posible. 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”.

Los Tribunales como Foro de Principios y un Espacio para el Intercambio de Razones Públicas

Si la Constitución (y el derecho en general) no tiene un significado unívoco auto-evidente (como aspiraba que fuera la tradición continental de cuño francés), si ese significado depende de la interpretación que se haga del texto legal (constitucional, por ejemplo), y si la interpretación correcta debe surgir de una gama de interpretaciones probables y de opciones valorativas, la pregunta compleja que debemos tratar de responder es quién tiene la última palabra y cuál es el proceso que debe conducir a ella.

El elitismo epistémico podría responder a esta pregunta identificando al juez-experto, y supuestamente independiente de las partes involucradas en el pleito, como el mejor posicionado al momento de tomar esas decisiones interpretativas y que, por este motivo, podría decidir prácticamente en soledad conociendo los hechos del caso y con una mínima, si no nula, participación de las partes o de cualquier otro actor en el proceso judicial. El juez, desde esta perspectiva, ha sido entrenado para realizar ese trabajo y no requiere de ningún tipo de interacción con ningún otro actor para poder identificar el significado de la ley. A lo sumo, y en línea con lo que una lectura restrictiva y limitada de las tesis de Dworkin o Nino, debería tomar en cuenta las interpretaciones que de esas normas en casos similares han realizado otros jueces, también expertos, formados en el arte (o la ciencia) de interpretar la ley. Esta visión acerca del modo en que se debe

proceder para asignar significado al texto legal (y particularmente al constitucional) y la creencia de que el juez es el único capaz de desempeñar esta tarea, entra en conflicto con posiciones escépticas respecto de la superioridad epistémica excluyente de los jueces para llevar adelante “correctamente” el proceso interpretativo. Desde esta perspectiva crítica del elitismo epistémico, los jueces deben involucrarse en un diálogo más amplio respecto del significado de la ley y deben prestar atención a lo que desde la política democrática se dice que la constitución dice. En este sentido, en los Estados Unidos, y en reacción a lo sucedido en la Corte Suprema bajo el liderazgo de William Renquist (bajo cuya presidencia el tribunal adoptó una postura que podríamos denominar de “activismo conservador” como contrapuesto al “activismo progresista” de la Corte Warren), surgió recientemente una corriente de pensamiento jurídico bajo el nombre de *constitucionalismo popular o legislativo* que sostiene que la legitimidad de la Corte no deviene de su capacidad para decidir en aislamiento cuál es el significado de la Constitución, sino que ella deriva del hecho de que sus decisiones sean receptivas de lo que el pueblo cree que es el significado de la Constitución.³⁸ Sin embargo, hay quienes sostienen que este requerimiento de que los jueces reflejen la “voluntad popular” en materia de interpretación constitucional socava su legitimidad y autoridad porque justamente ella se deriva del hecho de que sus decisiones respecto de lo que la ley (o la Constitución) dice “debe ser” independiente de la voluntad mayoritaria, pues justamente el contenido del límite constitucional a la voluntad mayoritaria no puede ser decidido por la mayoría. En esta responsabilidad de decir lo que el derecho (constitucional) establece como límite a las mayorías democráticas, reside la legitimidad del rol de los jueces para llevar adelante el control de constitucionalidad.

Creo que una posible respuesta al dilema se encuentra tan lejos de la posición que sostiene que los jueces pueden encontrar por sí solos el significado de la ley, como de aquella que sostiene que ese significado debe ser identificado por el pueblo y aplicado por los jueces (lo que resuena llamativamente a una visión bastante “civilista” acerca de cuál debe ser el rol del juez, particularmente cuando ejerce el rol de control de la constitucionalidad de las leyes). Creo que los jueces son los actores que mejor posicionados se encuentran para tomar decisiones respecto de lo que la ley dice sólo si se asegura que tenga lugar, antes de que esa decisión sea tomada, un diálogo de razones de acuerdo con un procedimiento judicial que garantice las reglas y el contexto en que ese diálogo sucede. Este proceso, en línea con una postura metaética constructivista (epistémica), opuesta a la elitista, reclama el involucramiento de más actores y no sólo del juez en ese proceso judicial. De este modo, a fin de que el juez tome la mejor decisión fundada en una interpretación de los hechos y de las normas, también deben participar las partes, los *amici curiae*, la prensa, la academia, etc. Es preciso destacar que ese diálogo de razones en el contexto de un proceso judicial, no debe darse de cualquier modo, sino que debe desarrollarse en el contexto de un proceso deliberativo de intercambio de razones que se encuentre asegurado por las reglas del proceso judicial. El proceso judicial de raíz civilista no deja prácticamente ningún espacio para esta deliberación “interna del proceso” (como diferente a la deliberación democrática en el ámbito de la política), desde que supone que ella no tiene lugar, dado que el juez-técnico no necesita de la asistencia

³⁸ En esta línea se encuentra el trabajo de Reva Segal, Larry Kramer, Mark Tushnet y Robert Post.

de nadie para realizar su tarea de aplicar el derecho autoevidente y unívoco. No debería entonces llamar nuestra atención que no sea necesario que los abogados argumenten jurídicamente (pues los jueces conocen el derecho) o que los *amici curiae* no se encuentren autorizados o incluso se ignore su existencia. El supuesto de que los jueces-técnicos, cuya labor consiste en la aplicación burocrática de una regla a un caso, conduce a un proceso judicial en el que no hay intercambio de razones y en el que el juez decide en soledad. El supuesto de que el juez no puede aplicar el derecho sin interpretarlo, y que para ello debe realizar opciones valorativas y que esta búsqueda de la verdad requiere de una deliberación robusta hacia el interior del proceso sobre la mejor justificación moral de una específica asignación de significado a un texto constitucional, requiere de un proceso deliberativo que excede al juez e incluso a las partes involucradas en el pleito. Si lo que está en juego en un caso constitucional concreto no es sólo la suerte de las partes, sino la delimitación del alcance de un derecho constitucional, entonces no son sólo las partes las que deben participar de esa deliberación hacia el interior del proceso, sino todos aquellos que tengan algo que aportar para enriquecer esa deliberación y así incrementar las chances de “acertar” con la decisión interpretativa correcta que en última instancia debiera tomar el juez y sólo el juez. La justificación del rol de este último no pasa por su superioridad epistémica como agente, sino por la superioridad epistémica del proceso que precede a su decisión. Lo que distingue al proceso judicial que aporta a la construcción del significado del derecho constitucional, del proceso democrático de creación de derecho (que debe someterse a los límites establecidos del derecho constitucional), no son sólo los actores que participan de él (las partes, los *amici* y el juez en el primero, y los representantes del pueblo en el segundo), sino el modo en que se organiza esa especie de conversación que precede a la decisión. La conversación “democrática” que se da en el Congreso, por ejemplo, no se limita necesariamente al intercambio de razones, sino que también consiste en un intercambio de intereses y de negociaciones políticas. La deliberación que se da entre los propios jueces (por medio de la comparación de precedentes) y entre los jueces y las partes, los peritos y los *amici*, consiste en un intercambio de razones públicas respecto de la mejor decisión valorativa que dará lugar a la interpretación (y creación) de derecho constitucional, siempre con fundamento en un ideal de justicia constitucional que no necesariamente es el mismo ideal de justicia que está en juego y genera las tensiones propias del debate democrático.

Una Agenda de Trabajo hacia el Futuro

El diagnóstico que intenté esbozar en este trabajo sugiere que los presupuestos que subyacen a la tradición continental según su variante argentina, dejan al sistema jurídico mal equipado para que tenga lugar una práctica constitucional robusta. Este diagnóstico aspiró a identificar dónde se encuentran los obstáculos removibles para que esa práctica tenga lugar. Esos obstáculos podrían ser reemplazados por instituciones funcionales a la creación de las condiciones necesarias para que esa práctica constitucional suceda de modo que logre progresar una construcción colectiva e intergeneracional del significado de la Constitución.

Un mecanismo de selección de jueces que permita un debate amplio sobre la teoría constitucional de los nominados; un tratamiento de los precedentes judiciales que obligue a los intérpretes constitucionales (en el sentido amplio que definí más arriba) a comportarse como comunidad y no como si cada uno fuera el primero y el último encargado de asignar significado a la Constitución; una educación jurídica que forme abogados, jueces, legisladores y periodistas especializados para que puedan entender la lógica de esta deliberación constitucional y que les brinde las herramientas necesarias para que puedan desempeñar sus roles y se reconozcan como participantes de esa deliberación; un derecho procesal generoso en reconocer como parte del diálogo que se da en los tribunales a actores que no sean necesariamente la demandante y la demandada pero que tienen algo que decir para enriquecer sus resultados; entre muchas otras posibles instituciones, son algunas de las estrategias por medio de las cuales podríamos acomodar nuestra deficitaria cultura civilista para enfrentar las demandas y necesidades de la tradición constitucionalista. Si la formación de los abogados, jueces y legisladores se construye sobre el presupuesto de que los jueces sólo aplican la ley (una ley unívoca) y si la Constitución no es percibida como límite fuerte a la voluntad política de las mayorías aplicado en última instancia por jueces conscientes de su pertenencia a una amplia comunidad de intérpretes, esperar que el significado constitucional se construya y asiente paulatinamente, fortaleciendo al mismo tiempo su lugar en el sistema jurídico, es una esperanza vana. La Constitución no es sólo un texto, es una práctica social que incluye a todos los que nos sometemos a ella. Esa práctica requiere de un escenario que aún hay que diseñar y en poner en marcha.