

La función judicial

*Ricardo A. Guibourg**

Resumen

El ideal republicano es un poder judicial independiente, imparcial, honesto y capaz, que decida las causas de conformidad con el derecho y sirva de contrapeso a los otros dos poderes mediante el control de constitucionalidad. Pero realizar este ideal es difícil. Primero, por la constante presión política sobre la institución judicial, empezando por el modo de selección de los jueces. Segundo, porque el principialismo y el neoconstitucionalismo imponen a los magistrados, por vía de interpretación y de la garantía de los derechos, una función de tipo legislativo con alcance general, para la que la organización judicial no está diseñada. La raíz de este problema es filosófica: nuestra sociedad confiere a las valoraciones una categoría ontológica que supone un método para determinar la verdad de los enunciados de base subjetiva. Es posible, aunque difícil, salir de esta complicación, pero es preciso para eso impulsar en el derecho una revolución semejante a la copernicana.

Palabras clave: poder judicial, jueces, organización judicial, Corte Suprema, división de poderes.

* Ricardo Alberto Guibourg es argentino, doctor en Derecho y profesor emérito de Filosofía del Derecho en la Universidad de Buenos Aires, donde dirige la Maestría en Filosofía del Derecho. Nacido en 1938, ha sido juez de trabajo durante casi cuatro décadas. Ha presidido la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo, la de Filosofía del Derecho y la de Teoría General de Sistemas y Cibernética. Es vicepresidente de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social y ha publicado más de quince libros y de trescientos artículos sobre filosofía, lógica, ética, teoría del derecho, teoría de sistemas, organización judicial, enseñanza universitaria y derecho del trabajo. Dirige un grupo universitario de investigación sobre análisis de criterios judiciales; pachigui@gmail.com.

The legal function

Abstract

The idea of a Republic needs a judiciary independent, impartial, honest and able to solve the cases according to the law and to check and balance the other two branches by constitutional control. But this ideal is hard to put into practice. Firstly, there is a political pressure on the judiciary, especially on the way to select its members. Secondly, principles and neo-constitutionalism expect from the judges, by way of interpretation, a legislation-like function, on a general scope, the judicial organization is not designed to fulfil. The root of this problem is philosophical: our society attributes to the act of evaluation an ontological nature which entails some method to determine the truth of subjective sentences. To escape from this complication is possible, though difficult; but to do so it is necessary to encourage within the law a revolution similar to the Copernican one.

Keywords: judicial system, judges, judicial organization, Supreme Court, separation of powers.

I - Introducción

“20) Que esta Corte Suprema ha dicho que el valor mayor de la Constitución no está en los textos escritos que adoptó y que antes de ella habían adoptado los ensayos constitucionales que se sucedieron en el país durante cuarenta años, sin lograr realidad, sino en la obra práctica, realista, que significó encontrar la fórmula que armonizaba intereses, tradiciones, pasiones contradictorias y belicosas. Su interpretación auténtica no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, ‘impregnada de realidad argentina’, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad que le impide envejecer con el cambio de ideas, crecimiento o redistribución de intereses, siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación.

También ha establecido que la realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu permanente de las instituciones de cada país o descubre

nuevos aspectos no contemplados con anterioridad, a cuya realidad no puede oponérsele, en un plano de abstracción, el concepto medio de un período de tiempo en que la sociedad actuaba de manera distinta ‘o no se enfrentaba a peligros de efectos catastróficos’. La Constitución Argentina, que por algo se ha conceptualizado como un instrumento político provisto de extrema flexibilidad para adaptarse a todos los tiempos y a todas las circunstancias futuras, no escapa a esta regla de ineludible hermenéutica constitucional, regla que no implica destruir las bases del orden interno preestablecido, sino por el contrario, defender la Constitución en el plano superior que abarca su perdurabilidad y la propia perdurabilidad del Estado argentino para cuyo pacífico gobierno ha sido instituida.

21) Que, de resultas de todo lo expuesto, puede concluirse que la Constitución por la previsión de sus autores, fue elaborada para ser guía del progreso nacional. La Constitución debe ser interpretada de manera de no hacer impotente e inoperante y sí preservar y hacer efectiva la voluntad soberana de la Nación.”

Estos argumentos fueron usados por la Corte Suprema en su fallo “Peralta”, de 1990,¹ para explicar por qué una restricción de un derecho constitucional (el de usar y disponer libremente de la propiedad, afectado por la retención de los depósitos de plazo fijo) no sólo era lícita dentro del sistema jurídico de la Nación sino que, además, podía ser dispuesta por un decreto del Poder Ejecutivo. Allí el tribunal, mediante un recurso retórico, menospreciaba la división de poderes al compararla con las instituciones de “ensayos constitucionales que se sucedieron en el país durante cuarenta años, sin lograr realidad”, a la vez que daba por sentado que la Constitución es tan flexible que puede ser contradicha y que la “voluntad soberana de la Nación” se identifica con la del Presidente.

En tiempos de crisis institucional, la independencia de los poderes y la función del Poder Judicial en el control constitucional se vuelven temas de fundamental importancia, ya que los habituales avances del poder administrador sobre los otros dos han de ser enfrentados por aquel que, como suele decirse, no cuenta con la espada ni con la bolsa. Pero un examen crítico de la función de los jueces abarca también otras cuestiones a las que la política,

1. CSJN, sentencia del 27 de diciembre de 1990, *Peralta, Luis A. y otro c/ Estado nacional (Ministerio de Economía - BCRA) s/ amparo*.

siempre acuciada por la visión del corto plazo, suele prestar poca o ninguna atención. Trataré en este trabajo de proporcionar un panorama general, abierto hacia el futuro.²

Es preciso recordar, ante todo, que la sociedad humana es un sistema en movimiento y, como tal, requiere para perdurar lo que los sistemistas llaman equilibrio dinámico: esto es la permanencia de las funciones durante el movimiento y gracias al movimiento. Para usar una metáfora útil, se trata de la situación de un ciclista que se mantiene en equilibrio sobre las ruedas gracias a que, mientras pedalea, corrige en cada instante el rumbo de su vehículo. Esta función de corrección constante para mantener el equilibrio corresponde, en cualquier sistema, a un subsistema llamado regulador. El subsistema regulador de la sociedad está compuesto por varios mecanismos, pero uno de ellos, absolutamente vital, es el derecho con las estructuras que lo hacen funcionar: los organismos del estado.

El estado debe hacer frente a varios niveles de equilibrio dinámico. Uno de ellos es el del sistema frente al entorno, y consiste en advertir las cambiantes circunstancias y enfrentarlas de la manera que se considere más eficaz: esa es la función del Poder Legislativo, en los lineamientos más generales, y del Ejecutivo en su manejo cotidiano. Otro es el micro-equilibrio, que ajuste la vida de los ciudadanos y de sus asociaciones de conformidad con las leyes: esta es la misión tradicional y diaria de los jueces. Y otro más consiste en mantener el equilibrio interno del propio subsistema regulador, para que mantenga sus funciones en los carriles previstos y siga actuando eficazmente en los otros niveles: la responsabilidad de este equilibrio está repartido entre todos los poderes, pero en última instancia reposa sobre los hombros de los magistrados.

2. En este texto he tratado de sintetizar y sistematizar una cantidad de reflexiones acerca de la tarea de los jueces, parcialmente expresadas en varios trabajos anteriores y debidamente actualizadas.

II - La Justicia como poder del Estado

A - La división de poderes

El examen del equilibrio mencionado en tercer lugar obliga a recordar una y otra vez ciertas nociones que todos hemos estudiado pero se olvidan a veces frente a circunstancias concretas. La Constitución establece tres poderes de cuya independencia (o, mejor dicho, de cuya muy moderada interdependencia) resulta la eficacia del sistema de frenos y contrapesos que asegura a todos los habitantes del país un régimen de leyes y de derechos y no uno de caudillos y caprichos. Pretende fundar un estado donde nadie tenga la suma del poder público, institución fulminada elocuentemente por su artículo 29; y, para eso, el parlamento está encargado de hacer las leyes, el ejecutivo tiene prohibido hacerlas³ y está obligado a ponerlas en funcionamiento, y el judicial, sin influencia de los otros dos, examina su constitucionalidad, determina cuándo ellas han sido infringidas, aplica condenas y previene (sí, mediante medidas cautelares) daños inminentes. Los poderes legislativo y ejecutivo están para cumplir la voluntad del pueblo, tal como se la expresa en cada elección. El judicial, en cambio, está para custodiar el cumplimiento de la Constitución y para garantizar los derechos de cada uno, incluso si, para hacerlo, debe afrontar la ira de las multitudes. Por eso su mandato proviene de una expresión a más largo plazo de la misma voluntad popular, tal como se la expresa en las convenciones constituyentes, y por eso los jueces no se nombran por elección directa, sino por concursos técnicos en los que deberían tenerse en cuenta las condiciones personales y jurídicas de cada candidato muy por encima de sus contactos políticos coyunturales.

Por este motivo, todo intento de repolitizar (aún más) la administración de justicia, toda propuesta de incrementar la influencia del ejecutivo o del legislativo en su selección y en su remoción, toda declaración tendiente a atemorizar a quienes por su función están obligados a ser valientes, es un paso hacia atrás en la senda republicana y un verdadero peligro para el futuro.

3. En esto, nuestro derecho no es consecuente: los artículos 76 y 99 inciso 3 de la Constitución argentina facilitan la legislación ejecutiva, aunque la presentan bajo la forma de excepciones.

B - El control legal y constitucional

¿Hay medidas de gobierno exentas por completo del control judicial? No, porque cualquier medida puede ser impugnada ante los tribunales. Lo que sí hay es amplios campos de discrecionalidad de los poderes legislativo y ejecutivo, tales que las medidas que se encuadren en ellos, aunque sean impugnadas por alguien, no serán privadas de efecto por los jueces (estas son las que, a mi juicio engañosamente, suelen llamarse “cuestiones no justiciables”).

Los magistrados están para aplicar las leyes, incluso las que no les gusten. Pero ante todo están para aplicar la Constitución, incluso si no les gusta. Así, todo es cuestión de límites. La Constitución los pone y, mientras los poderes se queden dentro de ellos, pueden hacer lo que les parezca mejor, por correcto o incorrecto que sea ese parecer. Si se salen de ese marco, en cambio, los jueces no tienen la facultad de declarar la inconstitucionalidad de la medida: están obligados a hacerlo. Y su juicio en un sentido o en otro jamás debe ser político, en el sentido de coincidir o disentir con un gobierno o guardar lealtad a una persona, a una administración o a un partido: por eso los jueces tienen prohibido afiliarse a un partido, no pueden participar de actos políticos y permanecen en sus cargos indefinidamente: porque son guardianes de la Constitución y de las leyes, con independencia de los gobiernos.

C - Una dificultad: la crisis de la representatividad parlamentaria

Las consideraciones precedentes siguen siendo válidas, pero se ven conmovidas en la práctica por un hecho político que, luego de muchos años de incubación, represión y transgresión, se muestra ahora con menor disimulo: la limitación del parlamento para ejercer plenamente la función que las constituciones le encomiendan.

Uno de los factores que inciden en este fenómeno –tal vez el menor entre ellos– es probablemente la creciente complejidad de las funciones gubernamentales. El número de variables que es preciso tener en cuenta y la interdependencia entre ellas exceden de hecho las posibilidades del gobernante más experimentado y seguramente exceden también las previsiones emergentes de un grupo numeroso que, cualquiera sea la idoneidad de sus individuos, se ve obligado a negociar y acordar trabajosamente sólo las acciones que

por algún motivo acceden a la superficie de su atención inmediata. A esto se agrega que muchas de las medidas más trascendentes requieren respuesta rápida y algunas de ellas, por añadidura, son menos eficaces si no se preparan en secreto.

Mayor gravedad puede atribuirse al paulatino desprestigio que la institución parlamentaria ha sufrido en muchos países, sobre todo en aquellos con mayor tradición caudillista. En efecto, el parlamento es el representante directo del pueblo, el órgano encargado de detectar las necesidades de la nación y proyectar su remedio según las orientaciones predominantes en el electorado. Pero es un hecho que los electores tienen escasa información acerca de la personalidad y de la orientación de las personas que eligen como legisladores: las orientaciones (ya sean reales o imaginarias) son representadas ante la opinión pública por los grandes referentes; y en muchos casos no se tienen en cuenta tanto las ideas políticas declaradas como el encanto personal del líder que representa una opción. Ese líder, es innecesario decirlo, ejerce el poder ejecutivo o se postula para ejercerlo: los cargos legislativos, numerosos y por lo tanto más oscuros, se reservan para las segundas o terceras líneas. El carisma del candidato principal se constituye en un polo de atracción para otras figuras, no siempre de historia personal afín con la posición representada por el líder, y estas figuras, de mayor o menor renombre (no necesariamente político) y a menudo completamente desconocidas por el gran público, son electas por elevación como miembros del parlamento: el ciudadano prefiere a un caudillo y en función de esa preferencia vota a los candidatos que el líder apoya o propone.⁴

El resultado es que, en la percepción política predominante, el gobierno se identifica con el ejecutivo. Y esa percepción, que no podría calificarse de ilusoria, es ampliamente compartida. Quien en cada momento ejerce el poder ejecutivo y quienes con él colaboran, sin que importe aquí con cuánta eficacia u honestidad lo hagan, sienten que el gobierno del país está en sus manos y que las consecuencias de cualquier naturaleza que de esa acción deriven caerán sobre sus cabezas como premios o castigos personales. Los ciudadanos comparten pacíficamente esa expectativa, que además es habitualmente confirmada por la propaganda política: la construcción de un barrio,

4. Cfr. Mendonca, D., y Guibourg, R. A., *La odisea constitucional - constitución, teoría y método*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 99.

el desenfreno de la inflación o los costos de contenerla, el desempleo, las fallas de la educación pública, el auge del crimen y hasta la inundación o la sequía son proclamados, desde el poder o desde sus alternativas, como virtudes o responsabilidades de una administración dotada de nombre y apellido.

No sucede lo mismo con los diputados y los senadores. Aunque algunos son conocidos por la opinión pública y objeto de juicios aprobatorios o desaprobativos desde distintos sectores de la población, la mayoría de los representantes son prácticamente anónimos. En una sociedad caudillista no suele haber más de un caudillo; en otra de mayor tradición cívica, dos o tres si se cuentan los principales líderes de oposición. El resto de los dirigentes no cuenta, en la práctica, sino en función de su adhesión a un referente, por lo que los ciudadanos –acaso equivocadamente– tienden a considerarlos más o menos fungibles.

En estas condiciones, los proyectos de ley presentados por los legisladores y los debates que sobre ellos se entablan quedan relativamente oscurecidos: el centro de la atención es reclamado por las políticas emprendidas por el ejecutivo y por la mayor o menor resistencia que a ellas se oponga en el legislativo. Cuando no se ofrece ninguna, la acción parlamentaria queda inadvertida como un mero trámite formal, que suele describirse como la aprobación de las “herramientas necesarias” para la acción del caudillo. En suma, el parlamento abandona su función rectora para constituirse en cauce, dique o rémora para el flujo de las acciones del verdadero gobierno.

Así, pues, la división y la independencia de los poderes enfrentan una mayor desigualdad en la fuerza y en la dedicación que cada uno de ellos aporta al gobierno del estado: el ejecutivo gobierna, el legislativo se encierra en apoyar al ejecutivo o en oponerse a él (cuando no a cobrarle peaje) y el judicial queda solo, armado con el coraje que tenga y con el presupuesto que los otros le concedan, para ejercer un control arduo y, a veces, riesgoso.

D - Sobre las virtudes judiciales

El oficio de juez ha sido reiteradamente calificado como augusto, o sagrado, por varios motivos: a) porque consiste en juzgar a sus semejantes, función que a veces se ha considerado poco menos que divina; b) porque su juicio tiene mucho de subjetivo y, por lo tanto, de impredecible como el de

un oráculo; c) porque, en esas condiciones, la garantía judicial depende de las virtudes de quienes la toman a su cargo.

¿Cuáles son esas virtudes? Más allá de algunas divergencias periféricas, parece haber un centro de acuerdo bastante general y tradicional acerca de ellas. Pero esto no implica que esta coincidencia alcance definiciones precisas ni detalles de aplicación.

La primera es la imparcialidad. Un juez puede cumplir su función mejor o peor, pero si no actúa con imparcialidad no puede cumplirla en absoluto. Algunos llaman a esto neutralidad, y observan que nadie es realmente neutral, puesto que tiene preferencias morales y políticas. Es verdad: la neutralidad absoluta sólo se encuentra en los cementerios, y eso siempre que no leamos las lápidas. Pero a ningún juez se exige que esté muerto a las emociones, sino que sepa sobreponerse a ellas hasta cierto punto y, desde luego, que carezca de preferencias personales acerca de las partes individualmente.

Esto es serio, porque la neutralidad o, si se prefiere, la imparcialidad, es la mejor y a veces casi la única garantía que los jueces pueden ofrecer. Hay magistrados expertos, pero ¿quién lo es hasta tal punto que conozca todos los temas que puedan dar lugar a un conflicto? Hay jueces prudentes, pero ¿cómo podríamos estar seguros de que su prudencia se aplica del mismo modo que la nuestra, o que su juicio de relevancia acerca de las condiciones de cada pleito coincide con el que nosotros sostendríamos? Hay juzgadores de corazón noble; sin embargo, ¿los llevará acaso su nobleza de corazón a entender y decidir las causas del modo como nosotros quisiéramos que lo hicieran? Es relativamente fácil advertir, en materia ética, la peligrosa ficción de objetividad que se esconde bajo las blandas y complacientes palabras morales, de modo que, si no nos dejamos llevar por la magia emotiva del lenguaje, veremos que las valoraciones, constantes y necesarias para todos, no reposan sino en los impulsos internos del observador, modelados por la historia personal del individuo, que incluye su educación pero no garantiza uniformidad. Eso sí, un juez que falla la causa de sus amigos, o que acepta dádivas para decidir en un sentido determinado, es rechazado por todos y despreciado incluso por quien lo corrompe. En esto no hay dudas: nadie osa defender la conducta de tal magistrado, salvo negándola. ¿De dónde procede tanta unanimidad en los valores procesales, cuando convivimos con tantas divergencias en lo sustancial?

Puede intentarse una respuesta simple. La figura del juez ha sido ideada para reemplazar la guerra privada, en la que cada uno es parte, juez y verdugo. Si el magistrado ha de cumplir su función, es fundamental que sea ajeno a los intereses que se contraponen en el conflicto a decidir. Que decida bien o mal, rápidamente o con demora, de acuerdo con la ley o en forma arbitraria es algo de gran importancia, especialmente en el llamado estado de derecho. Pero aun el más arbitrario e ignorante de los magistrados es capaz de alguna virtud si puede dictar su fallo con prescindencia de la identidad de las personas a quienes haya de afectar.

Para hablar de neutralidad, pues, es preciso referir el concepto a un conflicto determinado, del mismo modo como nadie puede ser tío si no tiene un sobrino. Así como no se puede ser neutral sino en relación con un conflicto, tampoco es posible la neutralidad generalizada, frente a todos los conflictos, porque la vida es, en sí misma, una sucesión de conflictos.

Esta virtud de la imparcialidad suele discutirse acaloradamente bajo el nombre de independencia. La independencia de los jueces es un principio obvio de la división constitucional de los poderes, pero el uso que suele hacerse de esta expresión, a menudo teñida de política, no contribuye a la claridad del discurso y, lo que es peor, genera divergencias innecesarias.

A nadie se le ocurriría que los jueces deban ser independientes de las leyes y de la Constitución que ellos juran hacer cumplir. En la medida en que las reglas del derecho sean aplicadas consecuentemente en sede judicial, los derechos de los ciudadanos estarán mejor garantizados que si quedan sujetos a interpretaciones imprevisibles.

En la discusión cotidiana –y como consecuencia de las condiciones descritas en el apartado precedente– se sostiene que los jueces deben actuar con independencia de las opiniones, intereses o presiones del poder ejecutivo. Desde el otro lado, se invoca que deben serlo de los intereses económicos y de los reclamos opositores. Las dos opiniones son correctas: lo incorrecto es suponer que esas independencias puedan ser contradictorias entre sí. También se destaca que cada juez, como cualquier ciudadano, tiene una ideología. Ciertamente, pero no es un buen juez quien pone esa ideología (genérica o, lo que es peor, partidaria) por encima de la ley para decidir las causas a su cargo. Los jueces, se sabe, crean derecho; pero su función no es semejante a la que se atribuye a los legisladores, sino circunscripta al marco de las normas generales y, en principio, aplicada a casos particulares.

Los límites de la discrecionalidad judicial, por eso, constituyen un tema crucial, sobre el que convendría a los ciudadanos reflexionar al ejercer su soberanía.

Más adelante volveré sobre este tema, pero conviene por ahora recordar que en el siglo XIX predominaba la idea de que el juez es la “boca de la ley”, la voz que aplica el derecho preexistente, sin margen para sus propios sentimientos. Esto era un mito, ya que aplicar la ley implica interpretarla; pero ese mito influía ideológicamente para sofrenar las iniciativas judiciales y subordinarlas a la legislación.

Desde entonces, mucho ha cambiado. La postulación de los derechos humanos, incorporada a la práctica del control constitucional, ha ampliado crecientemente la discreción que se reconoce a los jueces para encauzar, modificar o incluso desestimar los contenidos fijados por la autoridad legislativa. Muchos ven este fenómeno con satisfacción, porque esperan de él una mayor justicia.

Es preciso, pues, pensar con cuidado la extensión que convenga asignar a la discrecionalidad de los jueces. Reducirla mediante amenazas personales, instrucciones particulares o lealtades partidarias es sencillamente nefasto. Permitir que se corrompa por medio de dádivas o compromisos de amistad o de grupo es igualmente suicida. Restringir su capacidad de ejercer el control constitucional es por demás peligroso para las instituciones republicanas. Es menester preservar su independencia, respetar su indispensable valentía y procurar acuerdos en la cultura jurídica, tales que el activismo judicial no consista en procurar una revolución desde la iniciativa individual, que la legislación respete la Constitución y merezca el respeto (aunque no la aprobación) de todos y que cada ciudadano conozca lo que vale, lo que puede y lo que se le debe, como quería Mariano Moreno.

Otra virtud obvia que se exige a los jueces, implicada por la imparcialidad, es la honestidad. La mayoría de la gente traduce esto como no pedir ni recibir sobornos, pero esta es sólo la primera y más visible capa de la honestidad. La segunda consiste en resistir halagos, amenazas y presiones, no sólo de las partes sino también de los poderes públicos y privados, de los medios de comunicación y hasta de la opinión pública, si su conciencia jurídica se lo indica. Pero hay una tercera capa, que a menudo es inadvertida: la de la selección y el manejo del personal. Es extremadamente común que funcionarios y empleados judiciales sean nombrados o ascendidos en atención a su parentesco o amistad con magistrados antes que por su mayor idoneidad

comparativa. Este fenómeno tiene otras variantes, fuera del nepotismo puro y duro. A lo largo de mi desempeño judicial he peleado siempre (y digo bien, peleado) por la adopción y uso leal del sistema de concursos para todas las categorías de funcionarios y empleados. Siempre encontraba los mismos argumentos y propuestas a modo de obstáculos. El más común, que los cargos son de confianza del juez. Pero el juez que se hace cargo de un juzgado no puede prescindir del personal existente para poner el propio. De aquí se desprende que el agente no debe tener la confianza del juez, sino merecer la confianza del Poder Judicial, lo que es diferente.

E - Sobre la composición del Poder Judicial

En una democracia, el pueblo gobierna por medio de sus representantes. Los funcionarios, como operadores del estado y en última instancia en nombre del pueblo, ejercen funciones en distintos niveles de autoridad y delegación. Los legisladores han de representar directamente las preferencias populares. Cuando se trata de magistrados, de acuerdo con lo ya expresado, lo fundamental es que sean honrados, imparciales, expertos en derecho y hábiles en la aplicación de las leyes. Por esto, el componente político de su selección, aunque nunca se halla ausente, ha de reducirse sensiblemente para asegurar una administración de justicia segura y permanente.

Aquel criterio fue burlado en ocasiones hasta el ridículo. El hijo de una tarotista presidencial fue designado fiscal y luego propuesto como juez federal, cuando no contaba con título de abogado; una juez, incapaz de hacer su trabajo, tercerizaba la redacción de sus sentencias. Abusos tales provocaron una reacción, que terminó en la inclusión del Consejo de la Magistratura en la Constitución de 1994. En la composición de dicho consejo, encargado de la selección de los jueces mediante concursos de oposición y antecedentes, debía procurarse el “equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal”, cláusula con la que los constituyentes esperaban reducir la influencia exclusivamente política. Pero la ley sancionada por el Congreso multiplicó esta clase de representación distinguiendo entre diputados y senadores y, además, agregó un representante del Poder Ejecutivo, con lo que aquel equilibrio nunca se cumplió cabalmente.

Apesardetodo, en los primeros tiempos las cosas no anduvieron tan mal. No todas las designaciones eran buenas, pero al menos los concursos eran

bastante serios y los abusos anteriores ya no podían repetirse. Sin embargo, el tiempo fue corrompiendo las prácticas y una nueva ley empeoró el desequilibrio de la anterior. Desde entonces, el procedimiento de designaciones judiciales ha caído en el descrédito. Los concursos se hacen, pero los jurados se sortean entre un pequeño número de candidatos y ha habido denuncias, nunca investigadas hasta el fin, sobre irregularidades y trampas en los exámenes. Cuando, a pesar de esto, los resultados no son enteramente del agrado de los poderes políticos, el trámite se demora indefinidamente. Por lo menos en un caso se llegó al extremo de designar una “comisión revisora” de los resultados de un concurso, cuyo dictamen también fue puesto en larga espera por no contener los nombres apetecidos en los lugares principales. Pero, más tarde, los resultados del concurso ya no fueron determinantes: el Consejo convoca a los candidatos para interrogarlos y, con pretexto de esa entrevista, decide por su cuenta variar el orden de méritos y anteponer unos candidatos muchos puestos por encima de otros. Estas decisiones, que no encuentran justificación objetiva en las pruebas de oposición, son a veces impuestas por cálculos políticos a cargo de consejeros también políticos.

Cuando finalmente se confecciona la terna y se la remite al Poder Ejecutivo, llega el tiempo de las impugnaciones. El procedimiento es excelente, porque da a cualquier ciudadano la oportunidad de elogiar o criticar fundamentalmente a cada uno de los candidatos y, de ese modo, ilustrar la decisión de la máxima autoridad política. Pero ese trámite también acabó por viciarse. Es tan pública la influencia de la política en las designaciones judiciales, que los propios candidatos se someten (a veces entusiastamente) a la humillación de pedir avales a quienes los conocen en vez de quedar a la espera del juicio espontáneo de sus conciudadanos. El resultado es una competencia para juntar firmas en la que los más audaces aventajan a los más austeros. Y el final depende, al parecer, no tanto de cuántas firmas haya reunido cada uno sino especialmente de cuán cerca del poder se hallen las personas que den su apoyo.

En definitiva, el mal que se quería corregir ha vuelto a enseñorearse del sistema de designación de magistrados, ahora con la pátina de legitimidad que proporcionan unos concursos cuyo resultado se vuelve previsible de antemano gracias al recurso discrecional de las entrevistas con los candidatos. El papel del Senado, que debería limitar y corregir estos abusos, sigue siendo el tradicional, normalmente fundado en el toma y daca.

Estas reflexiones podrían considerarse a su vez políticas, si no fuera porque la función judicial excede largamente ese ámbito para constituir una base indispensable de la organización institucional de la República. Los legisladores y los presidentes vienen y van, pero los jueces permanecen con la garantía última de la legalidad y del aseguramiento imparcial de los derechos de todos. Si el acceso a la magistratura se convierte en premio a la militancia o en soborno por algún apoyo circunstancial, y si la permanencia en ella empieza a depender de amistades y lealtades antes que de la corrección de su comportamiento, los efectos nocivos de estas prácticas, aunque ellas cesen, están destinados a perpetuarse por generaciones.

III - La Justicia como órgano aplicador del derecho

Cuando el vasto movimiento de la codificación, a principios del siglo XIX, se maravillaba identificando el derecho con la razón y –por lo tanto– la justicia con el derecho, se elaboró un esquema tan claro y atractivo que su influencia persistió mucho después que acabara por advertirse su carácter ficticio. Según ese esquema, la dirección principal del gobierno es ejercida por el legislador. Él hace las leyes en representación del pueblo y las hace saber al ejecutivo, también representante popular,⁵ para que las ponga en ejecución en cuanto dependa del aparato del estado. A los jueces, funcionarios técnicos, está reservado el papel de boca de la ley: frente a un conflicto concreto, ellos deben averiguar los hechos, encuadrarlos en las leyes vigentes y aplicar la solución que ellas dispongan. Les está vedado tomar en cuenta sus propias opiniones y hasta es delito para ellos juzgar contra el mandato legislativo.⁶

La primera grieta en aquella hermosa ficción fue el reconocimiento de la interpretación. Es claro que la interpretación judicial es la que prevalece, pero en cada proceso es fácil que ella deba imponerse a otra interpretación alternativa propuesta por un abogado al que sería demasiado duro descalificar

5. Hubo una etapa de transición en la que el poder ejecutivo era reservado al rey, pero este vestigio del poder absoluto no pudo resistir la presión igualitaria y democrática.

6. El artículo 269 del código penal argentino reprime como delito de prevaricato la acción del “juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por él mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas”.

por haber perdido. Se acordó, de alguna manera, que varias interpretaciones eran posibles de buena fe, pero que los jueces –acaso por ser más sabios, o por su experiencia, o por su ecuanimidad– estaban mejor capacitados que nadie para hallar la interpretación correcta. Un resabio de esta idea es, tal vez, la costumbre de calificar alguna tesis como “la buena doctrina”.

Ese esquema, también ficticio, no pudo mantenerse por mucho tiempo, ya que algunas de las interpretaciones judiciales prevalecientes no podían defenderse seriamente como el sentido llano de la ley o el contenido evidente de la intención del legislador. Apareció entonces el juez como una suerte de gerente de la ley: ella es (casi) el único instrumento del que dispone, pero está en sus manos moldearla con cierta libertad y adaptarla a las necesidades del momento, tales como el propio juez las estime y como las instancias superiores le permitan satisfacerlas. El cambio no sucedió en los hechos, que se mantenían: se operó en la conciencia de los juristas, que ya no veían con desaprobación las modificaciones de la ley dispuestas por vía jurisprudencial siempre que ellas fueran justificadas y mantuvieran el culto verbal de las ficciones. A este estado de la evolución puede atribuirse la aparición de la teoría de las “dos bibliotecas”.

Con el tiempo y sus vicisitudes, también ese culto verbal empezó a resquebrajarse. El respeto a la ley fue volviéndose más y más formal: no era bien visto negarse expresamente a aplicarla (salvo con apoyo en la Constitución, como ocurría cada vez más a menudo), pero ya estaba en claro que el juez consideraba que su primera obligación era la de obedecer a su propia conciencia.

Y así hemos llegado a la etapa de hoy, en la que cada vez más los jueces rinden culto a la Justicia, de la que se consideran esforzados intérpretes, y reservan a las leyes un papel secundario y subordinado. Esto no es algo que los jueces hayan decidido por su cuenta: les es impuesto por un cambio operado en la técnica legislativa, que crecientemente abandona la práctica de legislar por obligaciones para legislar por derechos.

Esta forma de legislar, desde luego, no es un método novedoso. Desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en adelante, las constituciones han incorporado, al lado de las reglas para el ejercicio de las funciones gubernamentales, normas de contenido sustantivo que se hallan destinadas a limitar los poderes constituidos para proporcionar a los ciudadanos lo que Dworkin llamara “cartas de triunfo” en el juego

del derecho.⁷ Estas cartas se llamaron garantías constitucionales, porque indicaban negativamente los contenidos que las leyes no podían incluir, so pena de inconstitucionalidad.

Desde la segunda mitad del siglo XX, sin embargo, se ha acelerado la incorporación de derechos positivos, cuyo cumplimiento no puede ser garantizado con la anulación o la inaplicabilidad de una norma inconstitucional: ellos requieren acciones políticas concretas y colectivas típicas del poder legislativo. Esta tendencia, que en las últimas décadas ha sido denominada neoconstitucionalismo, se ve claramente representada por la Constitución argentina de 1994: ella, aparte de introducir varias cláusulas de esta naturaleza,⁸ incorpora al nivel constitucional interno diversas convenciones internacionales.⁹ La tendencia neoconstitucionalista, inspirada en el saludable deseo de garantizar, desde el máximo nivel jurídico, beneficios y tratos humanitarios y equitativos largamente negados por nefastas prácticas políticas, lanza sobre todo el sistema legal un manto de valores y principios e incrementa sensiblemente la dependencia de la interpretación respecto de las valoraciones morales.

7. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993.

8. El artículo 37 ordena garantizar mediante acciones positivas la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. El artículo 41 declara el derecho a “un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”. El 42 dispone que los consumidores y usuarios tienen derecho “a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos” y “a condiciones de trato equitativo y digno”. Además, prevé que la ley establezca “procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos... previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

9. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 75, inciso 22).

Esta suerte de judicialización formal de lo que otrora era programa político, junto con otros factores,¹⁰ ha conducido a incrementar la enunciación de derechos como método preferido para el debate jurídico. Cada vez menos se afirma que un homicida debe “pagar su crimen ante la sociedad” y cada vez más que la familia de la víctima “tiene derecho a exigir justicia para su ser querido”. Menos que los administradores públicos o privados deben contratar a cierta proporción de mujeres o de miembros de grupos desfavorecidos y más que todas estas personas tienen derecho a no ser discriminadas. Menos que es debido prevenir, evitar y corregir la contaminación y más que los vecinos y las generaciones futuras tienen derecho a vivir en un medio ambiente sano. Menos que es preciso destinar fondos a la construcción de viviendas o subvencionar a quienes no puedan pagarlas, y más que todos los seres humanos tienen derecho a una vivienda digna.

Se trata de dos maneras distintas de expresar una misma voluntad política, pero no hay garantías de que su contenido sea idéntico. Legislar por deberes implica identificar al obligado antes que al beneficiario y especificar el contenido, el lugar y el tiempo de la obligación que se impone. Legislar por derechos (o invocar principios) es algo mucho más vago: es genérico en cuanto a sus beneficiarios y al contenido, brumoso acerca del obligado e impreciso por demás acerca del modo y el tiempo en los que deben asegurarse los derechos o ponerse en ejecución los principios. Y, además, sujeta los derechos a la impredecible condición de su contraposición a otros derechos o principios que, por sí mismos o de acuerdo con las circunstancias del caso, puedan “derrotarlos”.¹¹

Con la técnica legislativa que nuestro tiempo ha adoptado con entusiasmo –y con total independencia de la mayor o menor justicia que se alcance con ella– se crea un peligro para el conocimiento del derecho y para la

10. Enunciar derechos no es tan efectivo como establecer las correspondientes obligaciones, pero es un método atractivo para la clase política, ya que provoca el apoyo de los beneficiarios y confina a un impreciso futuro la oposición de los eventuales obligados (Cfr. Guibourg, R. A., “Derechos en serio y cuentas claras”, en LL del 8/2/2006).

11. La utilidad del concepto de principios derrotables para la descripción del derecho ha sido objeto de sólidas críticas. Una de las más precisas puede hallarse en Rodríguez, Jorge L., y Sucar, Germán, “Las trampas de la derrotabilidad”, en *Análisis e Diritto 1998*, Génova, pp. 277 a 305. He dado apoyo a esas críticas en “El espejismo de los principios”, *Provocaciones en torno del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2002, p. 61.

seguridad jurídica (que no es otra cosa que la capacidad de los ciudadanos para ajustar su conducta a las normas), toda vez que se convierten en normas obligatorias principios cuya definición depende de apreciaciones subjetivas. Como esta práctica proviene de los más altos niveles del sistema jurídico, se obliga a los jueces a juzgar según sus propios criterios morales o políticos la constitucionalidad de las leyes y la legalidad de las conductas.

Otro tironeo que sufren los jueces es su función de resolver los conflictos de acuerdo con la ley. Un juez rara vez resuelve un conflicto: lo que hace es zanjarlo, acallararlo de un plumazo, pero el conflicto sobrevive en el ánimo de los litigantes hasta que el tiempo, el olvido o tal vez la muerte lo disuelvan poco a poco. Esto es muy visible en los casos penales graves, como el de homicidio: los deudos de la víctima reclaman públicamente “justicia para su ser querido” y siguen reclamándolo después de la condena, que suelen considerar insuficiente; pero nadie puede hacer justicia para los muertos, sino para los sobrevivientes, ya sean victimario a castigar o allegados de la víctima a contener e indemnizar. Aquel reclamo –por mucho que lo compartamos– podría traducirse mejor como “venganza para nosotros”.

Por otro lado, las reglas procesales y las garantías penales, que encauzan las investigaciones y las decisiones, no siempre permiten encontrar y castigar a los culpables. Para peor, las reglas de la excarcelación, fundadas en la presunción de inocencia, no son comprendidas ni apoyadas por los ciudadanos en general. Y ni hablar si el sospechoso liberado comete otro crimen: los observadores quieren linchar al juez, considerado responsable de esa conducta porque, al parecer, habría debido llevarse al imputado a su casa y encerrarlo allí, para que no matara, robara ni violara a alguien más. Esto proviene de la errónea pretensión de que los jueces busquen reducir la inseguridad. Esa función preventiva corresponde a la policía (y, para prevenir con seriedad, sería preciso reducir la pavorosa desigualdad social y cultural que reina en nuestro medio): los jueces están para aplicar la ley y –si pueden, sin invadir las garantías que la ley ha establecido para todos nosotros– decidir las penas que hayan de cumplir quienes cometen algún delito. Un error más consiste en no advertir que todo ese discurso se refiere a los jueces *penales*. Buena parte de la opinión pública parece dar por sentado que los únicos jueces que importan son los encargados de aplicar penas. Y, para peor, concibe esa actividad judicial como ficticiamente se la muestran las series norteamericanas: casi siempre se apresura al culpable (el espectador sabe quién es), se lo juzga en un periquete (con jurado, claro) y, si sale libre,

será porque el juez no hizo lo suyo o el acusado abusó de sus garantías. Sin embargo, administrar justicia es mucho más que aplicar penas: en la mayoría de los casos es dar la razón, en todo o en parte, a un litigante frente a otro para garantizar el cumplimiento de las obligaciones (que es la única manera de asegurar el goce de los derechos).

Este es otro tema vital. Se pide a los jueces que cumplan la ley, hagan justicia y busquen las soluciones en su conciencia. Estos pedidos son imprecisos y hasta contradictorios. Cada persona o grupo tiene su idea acerca de qué es lo justo en un caso determinado: para zanjar los desacuerdos están las leyes, que se imponen sobre los ciudadanos, pero por eso mismo muchos consideran injusto el cumplimiento de la ley. Por su parte, la conciencia del juez no es más que la conciencia de un individuo. Puede haber buenas leyes, puede haber buenos jueces; pero ninguna magia retórica puede hacer que lo que es bueno para uno sea también bueno para todos los demás.

Por último, ¿en qué medida pedimos que los jueces cumplan la ley? Los jueces, es cierto, resuelven (zanjan, como dije antes) los conflictos, pero una considerable tendencia supone que esta es la principal y casi única función de la administración judicial. La relativa ineficiencia del sistema ha llevado al desarrollo de la propuesta de métodos alternativos para la solución de conflictos: mediación, negociación, transacción, arbitraje. Nada hay que decir en contra de estos medios, sobre todo en la medida en la que tiendan a satisfacer mejor la expectativa de las partes. Pero cabe formular tres observaciones.

La primera, que aunque se tienda a una solución que no implique un juego “suma cero”, sino otra en la que todos ganen, esta ganancia suele ser relativa, en la medida en la que cada parte se ve presionada por la incertidumbre de la solución final, la demora probable en alcanzarla y los costos (medidos en tiempo, disgustos, gastos y lucro cesante) implicados en el planteo de un proceso judicial.

La segunda, en cierto punto dependiente de la primera, es que los medios no adversativos actúan en la práctica (no, por cierto, en la intención de sus sostenedores) como parásitos de la ineficiencia judicial: si los procesos fueran muy rápidos, el acceso a la justicia fuera gratuito y las soluciones pudieran preverse con probabilidad cercana a la seguridad a partir de la claridad y precisión de las leyes, el interés de los eventuales litigantes por los medios alternativos descendería verticalmente.

La tercera observación es que la reconocida misión de los jueces, terminar con el conflicto de acuerdo con la ley, tiene dos partes, de las cuales la segunda tiende a olvidarse a medida que los hechos expuestos en las dos observaciones anteriores hacen urgente el cumplimiento de la primera. Desde este punto de vista, lo que importa es que el conflicto deje de existir, cualquiera sea el sacrificio que las partes deban hacer de sus respectivos derechos. Esto equivale a ver la justicia como un negocio bilateral privado: una vez firmado el acuerdo, todo queda concluido. Sin embargo, las leyes no sólo sirven de base a la solución de los conflictos, sino también de guía a las conductas de la comunidad en pos de su convivencia pacífica y previsible. Hay un interés social en que, ante todo, las personas se comporten de acuerdo con el derecho; y que sólo cuando esta regla se vea incumplida haya que recurrir a los jueces para que restablezcan los derechos conculcados. Si este interés se olvidara por completo, la sociedad se vería librada a una ley de la selva: el fuerte hace lo que le conviene y, si el débil protesta, es fácil para él conducirlo a un acuerdo desigual en el que terminen dándose la mano. Es claro que esta visión es exagerada: no nos hallamos, de hecho, en esa situación. Pero vale la pena imaginarla para advertir que el equilibrio entre resolver conflictos y cumplir las leyes no debería inclinarse demasiado hacia el primero de esos polos.

IV - Las sentencias como fuente de derecho

He mencionado antes la vieja ficción que se fundaba en un gran respeto por la letra de la ley (lo que Ross llamara en su momento conciencia jurídica formal).¹² Este respeto se hallaba apoyado históricamente en que la ley se apegaba a la ideología políticamente dominante (la conciencia jurídica material). Luego de un largo período en el que la conciencia jurídica material se modificó –a veces paulatinamente y otras como consecuencia de catástrofes humanitarias– mientras los textos legales se mantenían en su tradición conservadora y a menudo autoritaria, la conciencia jurídica formal acabó por debilitarse y la material tomó la voz cantante. Pero, para que esa voz alcanzara una unidad tonal que la hiciese práctica, sería preciso apoyar la nueva ficción en una ideología capaz de mantener su consenso más allá del culto de

12. Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, p. 110.

las palabras. Esto no sucede en los hechos. El ideal de los derechos humanos se muestra tan loable en el campo de lo abstracto como vago y poco práctico para regir los casos individuales, ya que los derechos y los principios suelen entrar en conflicto entre sí.¹³

La proliferación de los llamados “casos difíciles” no es sino una ilustración de esta dificultad. Una menor que no ha alcanzado la edad requerida por la ley es autorizada para donar un riñón a su hermano;¹⁴ un individuo culpable de un delito grave con implicaciones políticas se ve afectado por una ley más severa dictada después de que se cometiera el hecho;¹⁵ una joven violada a quien la ley acuerda el derecho de abortar se ve impedida de hacerlo con invocación del principio constitucional de protección de la vida;¹⁶ los guardianes del nefasto Muro de Berlín son sancionados por delitos que, en el momento y en el lugar donde se cometieron, eran obligaciones legales;¹⁷ una corte íntima al poder administrador a ejecutar el saneamiento de un río contaminado¹⁸ y a elevar colectivamente los haberes jubilatorios.¹⁹ No pretendo

13. Cfr. Guibourg, R. A., *La construcción del pensamiento* (cit.), pp. 122, 142 y ss.

14. CSJN, sentencia del 11 de octubre de 2001, *Saguir y Dib, Claudia Graciela s/ autorización*, LL 2002-A, 70.

15. CSJN, sentencia del 24 de agosto de 2004, *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros*.

16. Una juez de menores prohibió el aborto de una joven discapacitada mental que había sido violada por consideración al derecho a la vida establecido en la Constitución argentina. La decisión fue revocada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (Causa AC. 98.830, R., L.M., *NN persona por nacer. Protección. Denuncia*), pero la demora provocada por el trámite judicial impidió de todos modos que el aborto se llevase a cabo en un hospital público (cfr. www.misionesonline.net/pagina/noticiaPrint, edición 2573 del 2/08/2006).

17. El Tribunal Constitucional alemán y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en 1996 y en 2001, respectivamente, rechazaron la defensa de obediencia debida opuesta por los procesados para eximirse de responsabilidad por la muerte de quienes intentaban escapar de la hoy extinta República Democrática Alemana.

18. La CSJN, por decisión del 20 de junio de 2006, intimó al ejecutivo nacional, a dos gobiernos locales y a 44 empresas a emprender el saneamiento del Riachuelo (M. 1569. XL. *Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)*).

19. La CSJN intimó al poder legislativo a adoptar, en un plazo razonable, medidas que conduzcan a la movilidad de los haberes previsionales. (CSJN, sentencias del 8 de agosto

con esta enumeración criticar el contenido de aquellas decisiones: sólo señalo que cada una de ellas está sujeta a controversia y es el fruto de un trabajoso esfuerzo generado por la inadecuación entre los principios, tales como los entiende el tribunal, y las leyes, las garantías y las competencias como parecen resultar de los textos escritos.

Cualquiera sea el juicio que abriguemos acerca de la corrección de las decisiones individuales, el resultado de este sistema es claramente insatisfactorio desde el punto de vista colectivo. Las sentencias judiciales amparan a quien las pide: sólo en contados casos tienen un alcance general. Y, por otra parte, no hay garantías de que todo ciudadano que acuda a la justicia obtenga el mismo amparo: la unificación de criterios queda, en este aspecto, librada a los métodos procesales tradicionales previstos para proporcionar una relativa inteligibilidad a los criterios interpretativos que se emplean en casos concretos y, en última instancia, depende de decisiones de un tribunal supremo que sólo se expide en casos excepcionales y a menudo tardíamente.

Si la tendencia apuntada continúa y se extiende, es posible prever su resultado: distintos grupos de opinión o de interés atribuirán diversos contenidos a los derechos y principios que presiden el sistema jurídico y los jueces darán la razón a unos o a otros según su propio criterio hasta que –en el mejor de los casos– una instancia suprema establezca alguna pauta más o menos obligatoria. Es claro que esto es lo que viene ocurriendo en el derecho desde hace siglos, pero si se imagina ese panorama extendido a la mayoría de las situaciones y en especial a las que generan mayor controversia social, es fácil advertir el peligro en el que quedarían la igualdad ante la ley y la sujeción a normas generales, habitualmente consideradas como columnas del estado de derecho.

En la situación actual, en la que los principios, que requieren una asignación de significados específicos tan minuciosa como imprevisibles son los resultados de su ponderación, se encuentran en el vértice de la jerarquía del derecho, se vuelve más acuciante una pregunta que siempre ha desvelado a los juristas: ¿debe el juez reconocer algún límite en su función de suavizar las aristas de la ley, como suele decirse de la equidad? Si una ley es claramente

de 2006 y del 26 de noviembre de 2007, *Badaro, Adolfo Valentín* (Fallos 329:3089 y 330:4866).

injusta, o si la propia Constitución lo es, ¿por qué no limar hasta la raíz las normas que desaprobamos? ¿Podría el juez, acaso, ser neutral entre la justicia y la injusticia? ¿No estaría el bien –encarnado en los principios– por encima de la ley? Y, en ese caso, ¿qué alcance daríamos a la ley, aparte del de decidir si se ha de circular por la derecha o por la izquierda y otras cuestiones moralmente indiferentes?

Si estos interrogantes no abarcan hoy la totalidad de nuestros debates jurídicos, no es tanto ni tan sólo porque el sistema legal cuente con poder coactivo irresistible, sino también porque la premisa de la que habíamos partido es utópica: de hecho, no existe aquel acuerdo moral generalizado. Palabras como “injustificadamente”, “inocentes” o “equitativo” reciben contenidos parcialmente distintos asignados por personas o grupos diversos. La ley arbitra entre tales pareceres (normalmente impone uno de ellos, sin garantía de consenso) y ofrece definiciones más (no completamente) precisas, con la pretensión de uniformar los criterios prácticos. El sistema judicial es, desde luego, un instrumento de este mecanismo, y encuentra dificultades a la hora de inyectar a las palabras jurídicas el grado de precisión requerido por cada caso particular.

Al hacer esto, el magistrado pone en juego sus propios y personales criterios. Pero las demás personas también conservan los suyos y, como están habituadas a atribuir verdad absoluta a sus juicios de valor y falsedad objetiva a los que los contradicen, no quedan satisfechos con el resultado judicial sino cuando, a grandes rasgos, se ajusta a sus propios parámetros. Así, un mismo juez puede ser elogiado como ecuánime por algunos, censurado como peligroso subversivo por otros y execrado por otros más como sirviente de la opresión: cada uno clasifica los criterios desde su propia posición y, a menudo, asigna mayor relevancia a la diferencia entre esos criterios y los otros que a la distinción de los otros criterios entre sí.

Parece claro que este tipo de conflicto de actitudes no depende tan sólo del previsible desacuerdo entre las opiniones, sino, además, de la confusión de las distintas funciones estatales propia de las épocas de crisis. Cuando la gente no confía en los legisladores, exige a los jueces que ejerzan la potestad legislativa para un caso, para varios o para todos. Pero, cuando deja de confiar en los jueces, reclama que alguien los remueva y sustituya, a menudo en un marco poco republicano. Y, de este modo, el drama vuelve a empezar. En cualquiera de esos supuestos, se trata de graves desequilibrios cuya solución no puede exigirse por separado a alguno de los poderes del Estado: ha de ser

encarada por la opinión pública y expresarse operativamente por las vías de la democracia constitucional.

Esta reflexión, por cierto, sólo adquiere sentido en su conjunto si se acepta consecuentemente el principio de que no hay verdades morales que todos puedan o deban reconocer y que, a pesar de eso, conviene establecer reglas de convivencia, sujetas a crítica pero no a desconocimiento por parte de los ciudadanos. Si, como es común, se parte del supuesto contrario, el derecho pierde toda relevancia frente a la moral, la moral se distribuye en segmentos de la población rivales entre sí y, desde cada uno de estos segmentos, la imparcialidad judicial se describe como una ficción malintencionada.

En resumidas cuentas, la administración judicial fue creada hace muchos siglos para resolver conflictos concretos entre ciudadanos o para castigar los delitos; no ha sido instituida ni se halla organizada para dar respuesta a inquietudes públicas como evitar la extinción de las ballenas, introducir el divorcio vincular o garantizar el saneamiento de los ríos. Pero, a diferencia de los integrantes de los poderes ejecutivo y legislativo, los jueces están legalmente obligados a dar respuesta fundada a cualquier petición que se presente.²⁰ Esta circunstancia, unida a la necesaria independencia del poder judicial respecto de los vaivenes de la política y al factor aleatorio representado por la pluralidad de los jueces y la relativa impredecibilidad de sus criterios futuros, convierte a los magistrados, destinatarios privilegiados de muchas inquietudes colectivas, en verdaderos legisladores a quienes tal función se les impone aun a su pesar y a su propio riesgo, como al médico de la comedia de Molière.²¹ Vale la pena analizar esta situación con detenimiento.

20. El artículo 15 del código civil disponía: “Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”. El 3º del nuevo Código Civil y Comercial establece: “El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.

21. Cfr. Molière, *Le médecin malgré lui* (numerosas ediciones).

V - La situación actual

Al parecer, la ideología de la codificación se ha tornado de hecho impracticable, porque se fundaba en fingir un acuerdo entre la “voluntad general” y la estructura escasamente igualitaria de la sociedad.

Mantener como ahora el manejo de los derechos laxamente dependiente de la aplicación de principios generales tampoco es viable. Aun a despecho de posiciones autoritarias cuyo largo abuso dio lugar a la reacción actual, gran parte de la humanidad tiene hoy gran estima por ciertas formulaciones de derechos y principios, en especial por aquellas que han sido consagradas en declaraciones y convenciones internacionales. Pero, como he señalado antes, esas formulaciones son susceptibles de interpretación con un grado de vaguedad aún mayor que el que se observa en la mayoría de las leyes. Especialmente cuando el significado de las palabras incluye una variable valorativa, lo que es extremadamente frecuente, aquellas formulaciones equivalen a una delegación (ojalá que parcial) al intérprete para determinar su contenido, con lo que adquieren cierta función pronominal, sutilmente referida a la primera persona gramatical. Esa función permite explicar la amplia aceptación de aquellos textos y, a la vez, no sorprenderse cuando se observa que la aplicación de un mismo texto suscita tan graves controversias.²² Hay consenso acerca de las palabras, pero el contenido que cada uno les atribuye frente a un caso concreto se halla sujeto a las más intrincadas discusiones y, a menudo, conduce a conclusiones incompatibles. Este último fenómeno no sucede sistemáticamente, pues una misma cultura tiende a armonizar las valoraciones de sus individuos; pero esa armonía está lejos de ser segura, no es completa y, por cierto, rara vez es tan minuciosa como para garantizar razonablemente la solución de un caso.

De hecho, pues, como señalé antes, una parte notable del poder político está pasando a manos de los jueces. Es claro que puede haber buenos jueces como puede haber buenos legisladores, ya sea por el cuidado que se adopte en su selección o elección, ya sea por casualidad. El problema más grave es que

22. Un ejemplo paradigmático de este fenómeno es el concepto de justicia propuesto por Ulpiano y largamente repetido: vivir honestamente (según lo que se entienda por honestidad), no dañar a otro (o, mejor dicho no hacerlo injustamente, lo que da a la cláusula un contenido autorreferente) y dar a cada uno lo suyo (a condición de que se determine qué es lo suyo de cada uno).

los jueces –los mejores jueces– no están preparados para resolver prioridades colectivas, sino para decidir controversias individuales en las que las prioridades a debatir han sido fijadas por las partes. Y consideran cumplida su función cuando, en ese caso individual, han llegado a una decisión que satisface las normas vigentes y su propia conciencia, elementos estos observados desde dentro de los límites de la controversia. Una vez hecho esto, cada juez queda listo para resolver otro conflicto, parecido o diferente, en el que otra vez ha de enfrentar los hechos y los derechos en el marco de lo invocado por las partes. Las leyes y su conciencia permanecen; de lo demás, “lo que no está en autos no está en el mundo”.

Resulta de aquí una enorme diferencia entre el punto de vista del juez y el del legislador, diferencia enteramente justificada por la teoría de la división de poderes pero insostenible a medida que avanza la actual tendencia evolutiva. El legislador debe tener una información general acerca del estado de la sociedad, conocer los recursos disponibles, tener noticia de los problemas y fijar las prioridades con las que los recursos se aplicarán a las acciones que, según él crea, conducirán a las soluciones. El juez tiene acceso a un panorama informativo más reducido, ahonda críticamente en los datos que las partes les ofrecen y rara vez toma en cuenta prioridades que las propias partes no hayan invocado. De este modo, cuando el juez asegura cierto derecho a quien lo pide, deja sin esa protección a quien no lo haya pedido, o a quien lo haya pedido ante otro magistrado menos comprensivo. Y aun si su decisión tiene efectos colectivos, como los que se esperan de la legislación, de todos modos tiene por límite la definición del problema propuesta en la misma causa y dedica a resolver ese problema recursos públicos o privados que pueden hacer falta para atender problemas completamente distintos, no planteados en esa controversia particular.

Este camino hacia el “gobierno de los jueces”,²³ pues, amenaza convertirse en un mosaico de situaciones en el que cada ciudadano goza de algunos de los derechos que ha reclamado, seleccionados en su caso individual, por comparación con los demás casos, por un procedimiento estadísticamente

23. Esta expresión fue acuñada para criticar el sistema de control constitucional difuso con motivo de la oposición generada en la Corte Suprema de los Estados Unidos hacia el *New Deal* que impulsaba el presidente Franklin D. Roosevelt (Lambert, É., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, París, Giard, 1921). La situación que hoy se avizora es muy distinta, pero más amplia y profunda.

parecido al azar. El resultado final, dada la insatisfacción general que esto podría producir, sería acaso una modificación estructural. O bien los poderes políticos (más verosímelmente el ejecutivo, si se atiende a la historia reciente) terminan con la independencia de los jueces para restablecer su propia preeminencia, o bien los propios jueces se ponen en el lugar epistémico propio del legislador y resuelven los casos a partir de criterios jurídicos previamente acordados y de una valoración global de los recursos disponibles y de las prioridades para su uso.

VI - ¿Es posible salir del atolladero?

Las dos alternativas que acabo de enunciar podrían implicar alguna clase de hibernación de la democracia y es difícil predecir si alguna de ellas ha de prevalecer. En todo caso, las fuerzas que pueden conducirnos en esa dirección están hoy fuera de control y cuentan con tanta fuerza ideológica que son capaces de destruir a quien pretenda interponerse en su camino. En medio de esta crisis que la humanidad, acunada por la magia del discurso, no parece advertir, los hombres de derecho tenemos la responsabilidad de buscar alguna idea que sirva mientras tanto para lograr una convivencia más confortable y, en el mejor de los casos, para minimizar los daños.

El sistema procesal, tal como ha sido concebido, está preparado para tratar cada caso como una unidad o, para decirlo gráficamente, como un pequeño cosmos aislado. Hay medios procesales para unificar jurisprudencia respecto de ciertas controversias tipo, pero esos medios son limitados en lo material (la elección del tema a considerar), en lo espacial (el conjunto de los tribunales sujetos a cada unificación) y en lo temporal (el medio es empleado cuando muchos casos semejantes ya fueron planteados y acaso resueltos con diversos criterios, con el consiguiente costo social). Las controversias tipo son teóricamente infinitas, pero en la práctica (las que de hecho se plantean) son conjuntos finitos con un número muy variable de elementos. Algunos tipos de controversias contienen muchos casos, en tanto los ejemplos de otros son esporádicos o raros. Sin embargo, todos los tipos de controversias se sujetan al mismo procedimiento artesanal, en el que el juez-artista procura hacer justicia en el caso individual según sus propios principios y, de ser posible, de acuerdo con la ley “debidamente interpretada”. Cuanto mayor es el número de casos de una controversia tipo, tanto más graves son los efectos de las dificultades que he tratado de mostrar.

Este problema no es nuevo, pero se ve potenciado en la medida en que la ley escrita pierde preponderancia o precisión como factor predecible de la decisión individual final.

Supóngase que los jueces llamados a intervenir en los casos de cierta controversia tipo muy poblada de casos (y por lo tanto con mayor incidencia en la vida social) se reúnen, fuera de todo proceso concreto, para investigar y, eventualmente, convenir –aun sin pretensión de obligatoriedad– los criterios a los que se ajustan para resolver aquellos casos. Tomarán en cuenta para eso los litigios en los que hayan intervenido y las variables que consideren esperables en controversias futuras de la misma clase. Estas circunstancias –contra lo que suele repetirse– están lejos de ser infinitas: lo difícil es atreverse a enumerarlas y asumir la responsabilidad de cambiarlas explícitamente cuando una nueva reflexión (tal vez suscitada por un nuevo caso) así lo aconseje.

En el supuesto que sugiero, ya no sería tan grave la circunstancia de que los jueces se apegasen a la letra de la ley o a los principios vagamente contenidos en el nivel jurídico constitucional o aun extraños a él, punto que sólo competiría a la responsabilidad profesional –y ciertamente política– de los magistrados. El conjunto de los criterios de decisión hecho público por quienes lo sostuvieran y sometido a la crítica general, así como a la vigilancia del Congreso, haría para los ciudadanos las veces de lo que en el derecho romano fueron la Ley de las Doce Tablas o los edictos del pretor. Implicaría una relativa liberación de la incertidumbre (y de su correspondiente opresión), puesto que reduciría (no eliminaría) el riesgo de que cada uno viese juzgada su conducta por pautas que no estuviese en condiciones de imaginar. No quiero decir con esto que los criterios hubiesen de cristalizarse: tal como sucede con la ley, con la jurisprudencia, con la costumbre y con la doctrina, ellos estarían sujetos a cambios por la misma vía que hubiera servido para trazarlos. Pero al menos se restringirían los perjuicios innecesarios y evitables, aquellos semejantes a los que los profesionales de la guerra denominan daños colaterales. Ya que los jueces han de participar en mayor medida en la determinación del marco jurídico que nos rige, valdría la pena que les reclamáramos comunicar sus criterios judiciales, así como los legislativos se expresan en las leyes.

Respecto de este procedimiento, dos cosas pueden afirmarse con seguridad. Una, que es difícil. Otra, que es posible llevarlo a cabo. Ese es el resultado de varias investigaciones en las que participé en la Universidad

de Buenos Aires. Un grupo de jueces y funcionarios se reunió para analizar los criterios que usaban al aplicar una disposición legal de uso cotidiano. La investigación tardó tres años, durante los cuales los jueces advirtieron la insuficiencia de sus propios criterios, ensayaron y desecharon diversas formulaciones, aprendieron a considerar ciertos temas que no solían plantearse explícitamente en las controversias y finalmente se pusieron de acuerdo, si bien ese no era uno de los objetivos del estudio.²⁴ Luego se hicieron otros análisis, con resultados positivos aunque no siempre completos, en relación con el cálculo del tiempo de condena para el homicidio simple²⁵ y el del cálculo del daño moral en la responsabilidad civil.²⁶ Es claro que se trató de experimentos limitados, pero su buen éxito experimental muestra su factibilidad.

También es cierto que el procedimiento es difícil. Lo es desde dos puntos de vista. Uno, interno, consiste en la dificultad, para cada jurista, de bucear en las profundidades de su mente profesional para sacar a la luz criterios a menudo ocultos a la conciencia y a veces incómodos al ser identificados. Otro, externo, obedece a una actitud muy extendida que da por sentado que tal análisis no puede hacerse y que, si fuera posible, no debería llevarse a cabo, pues supuestamente empobrece el pensamiento jurídico, limita la libertad de los intérpretes y tiende a robotizar la conciencia de quienes en él acepten participar. El primer obstáculo puede vencerse con empeño; el segundo requiere una intensa prédica a favor de

24. Cfr. Cerdio Herrán, J., Guibourg, R. A. (dir.), Maza, M. A., Rodríguez Fernández, L., Silva, S. N., Solvés, M. C., y Zoppi, M. T., *Análisis de criterios de decisión judicial - el artículo 30 de la LCT*, Buenos Aires, Grupo de Análisis de Criterios, 2004.

25. Cfr. Cárcamo, E. R., Cerdio Herrán, J., Guibourg, R. A. (dir.), Magariños, H. M., Rodríguez Fernández, L., Tolnay de Hagymassy, I., Vázquez Acuña, M. E., y Yungano, M., *Análisis de criterios de decisión judicial - La graduación de la pena*, Buenos Aires, Grupo de Análisis de Criterios, 2008.

26. Cfr. Cerdio Herrán, J., Christello, M. A., Domínguez, C. A., Guarinoni, R. V. (subdir.), Guibourg, R. A. (dir.), Molina Portela, C. J., Rodríguez Fernández, L., y Tolnay de Hagymassi, I., "Análisis de criterios de decisión judicial: el daño moral. Resultados de una investigación", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* N°12, 2010, Buenos Aires, La Ley, p. 243.

la razón por encima de las concepciones mágicas y su resultado es mucho más aleatorio.

VII - Una revolución pendiente

El pensamiento humano se muestra en todo su esplendor desde la Antigüedad, pero su logro colectivo más útil, la ciencia, ha tenido distintos tiempos de evolución. Las matemáticas, la geometría y la lógica se mostraron muy desarrolladas en Pitágoras, Euclides y Aristóteles, pero las ciencias empíricas, que hoy dependen exclusivamente de la observación de la realidad y de su extensión por medios inductivos, se vio durante muchos siglos más presa del prejuicio humano y del afán de convertir preferencias en verdades (en rigor, confundir unas con otras). El despegue de estas ciencias es el fruto de lo que se conoce como la Revolución Copernicana, que desterró las preferencias, reducidas ahora a motor de la tecnología, y depositó la confianza del hombre en la verificación objetiva.

Si el siglo XVIII inauguró el predominio de la razón y el XIX dejó definitivamente establecida la primacía de la verificación empírica, el siglo XX ha tenido la virtud de analizar, depurar y reformular las herramientas intelectuales con las que aprehendemos nuestro mundo, lo describimos y buscamos modificarlo.

Ninguno de esos avances se llevó ni se lleva a cabo sin resistencias y reacciones. Y ninguna de esas resistencias ha sido hasta ahora tan sólida y persistente como la que se observa en el campo del derecho. En un tiempo en el que cualquier adelanto científico es adoptado de inmediato por la técnica y transferido a la producción de bienes y servicios, los abogados y juristas, que tienen a su cargo la producción de conocimientos y su aplicación a la vida real, estudian y sistematizan cuidadosamente las normas y la jurisprudencia pero rechazan mayoritariamente, en la práctica, casi todos los adelantos que la teoría general del derecho y la filosofía del derecho ponen a su disposición, para encerrarse en el sistema que ocupa las primeras páginas de cualquier tratado de derecho civil (parte general): esto es lo que aproximadamente puede identificarse con el histórico nombre de dogmática.

Todo esto sucede con la bendición de la moral, que se propugna evidente para todos, salvo para ciegos o daltónicos de los valores. En nombre de ella, el intérprete se considera autorizado para introducir lagunas axio-

lógicas y llenarlas según su preferencia, mientras sostiene que cada controversia individual sólo puede juzgarse adecuadamente si se atiende a las infinitas e imprevisibles circunstancias del caso.

Sin embargo, los juristas están lejos de ser tontos o ignorantes: ¿por qué se conforman con herramientas tan imperfectas? Acaso la respuesta más explicativa provenga de la estructura misma de la práctica jurídica. La tarea profesional del hombre de derecho no es promover el avance de la ciencia, aunque a veces incurra en este crimen, a menudo en grado de tentativa. Tampoco la de describir fielmente el sistema de normas, si bien generalmente lo hace hasta cierto punto. Su trabajo cotidiano es la persuasión. El abogado necesita convencer a su adversario de que tiene la ley a su favor, al juez de que la posición de su cliente es la única razonable y a su cliente de que sus alegaciones fueron adecuadas, por lo que la pérdida del proceso ha sido obra de la fatalidad o de la mala fe de terceros. El asesor empresario o gubernamental quiere hacer creer a su empleador que sus intereses se hallan amparados por el derecho, pero al mismo tiempo ha de reformular y defender esos intereses de tal forma que el resultado no sea catastrófico. El juez se empeña en persuadir a sus superiores y colegas de la legalidad de sus decisiones, ya que sabe imposible convencer de su justicia al litigante derrotado. Y el legislador o funcionario ejecutivo juzga conveniente hacer notar a los ciudadanos electores que las normas aprobadas no pueden ser mejores de lo que son, habida cuenta de las limitaciones jurídicas y fácticas en las que es preciso desenvolver la acción de gobierno. ¿Qué teoría mejor puede encontrarse, entonces, que aquella que permite a cada uno hacer lo que mejor le parece proclamando, a la vez, que el derecho y la moral no le permitirían hacer algo diferente?

Existe, pues, una grave dificultad epistemológica subyacente a los problemas que hoy deben enfrentar los jueces, dificultad que no consiste meramente en divergencias de valoraciones. Su origen se encuentra en conceptos filosóficos profundos, los mismos que se menosprecian habitualmente en el discurso jurídico práctico y que, bien elaborados, podrían operar la revolución copernicana que todas las ciencias han aprovechado y el derecho sigue esperando. El razonamiento jurídico y su práctica se encuentran todavía en el mismo grado de evolución donde los dejó Justiniano en el siglo VI; es decir, como herederos de la teología especulativa y de la exégesis de los textos sagrados. Mil quinientos años después, es hora de incorporar una actitud más parecida a la de los ingenieros: examinar los hechos, proyectar un modo de encauzar-

los y aplicar en nuestra técnica el razonamiento fundado en observaciones empíricas antes que en conceptos vagos de contenido más o menos mágico. El derecho no es como la química, de modo que nuestra revolución sería algo diferente de la copernicana, pero presidida por las mismas actitudes. Cambiar nuestra manera de pensar, que es la que nos han enseñado en los cursos de derecho positivo y la que aplicamos en los debates judiciales, no es fácil; pero mantenerla es peligroso y una buena parte de la filosofía, acompañada por la lógica y las matemáticas, está disponible para ayudarnos.

Bibliografía

- Cerdio Herrán, J., Christello, M. A., Domínguez, C. A., Guarinoni, R.V. (subdir.), Guibourg, R. A. (dir.), Molina Portela, C. J., Rodríguez Fernández, L., y Tolnay de Hagymassi, I., “Análisis de criterios de decisión judicial: el daño moral. Resultados de una investigación”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* Nº12, 2010, Buenos Aires, La Ley.
- Cerdio Herrán, J., Guibourg, R. A. (dir.), Maza, M. A., Rodríguez Fernández, L., Silva, S. N., Solvés, M. C., y Zoppi, M. T., *Análisis de criterios de decisión judicial – el artículo 30 de la LCT*, Buenos Aires, Grupo de Análisis de Criterios, 2004.
- Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Planeta-Agostini, Barcelona, 1993.
- Guibourg, Ricardo A., “El espejismo de los principios”, *Provocaciones en torno del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2002.
- Lambert, É., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, París, Giard, 1921.
- Mendonca, D., y Guibourg, R. A., *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- Molière, *Le médecin malgré lui* (numerosas ediciones).
- Rodríguez, Jorge L., y Sucar, Germán, “Las trampas de la derrotabilidad”, en *Analisi e Diritto* 1998, Génova.
- Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963.
- CSJN, sentencia del 11 de octubre de 2001, *Saguir y Dib, Claudia Graciela s/ autorización*, LL 2002-A, 70.
- CSJN, sentencia del 24 de agosto de 2004, *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros*.

CSJN, sentencia del 27 de diciembre de 1990, *Peralta, Luis A. y otro c/ Estado nacional (Ministerio de Economía - BCRA) s/ amparo*.

CSJN, sentencias del 8 de agosto de 2006 y del 26 de noviembre de 2007, *Badaro, Adolfo Valentín* (Fallos 329:3089 y 330:4866).